

**RECURSOS DE REVISIÓN DEL
PROCEDIMIENTO ESPECIAL
SANCIONADOR**

EXPEDIENTES: SUP-REP-594/2018 y
ACUMULADOS

RECURRENTES: JORGE ALCOCER
VILLANUEVA Y OTROS

RESPONSABLE: SALA REGIONAL
ESPECIALIZADA DEL TRIBUNAL
ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA
FEDERACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: INDALFER
INFANTE GONZALES

SECRETARIAS: YESSICA ESQUIVEL
ALONSO, ANABEL GORDILLO ARGÜELLO
E ILIANA MERCADO AGUILAR

COLABORÓ: RAFAEL GERARDO RAMOS
CÓRDOVA

Ciudad de México, a veinticuatro de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS, para resolver los autos de los recursos indicados al rubro, interpuestos por Jorge Alcocer Villanueva, Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., Televisa, S.A. de C.V., Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V. y el partido político Encuentro Social, en contra de la sentencia de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, emitida en el procedimiento especial sancionador SRE-PSC-159/2018, en la cual, se **declararon existentes dos infracciones**, la primera, por la **contratación de tiempos en radio y televisión** para la difusión del *spot* “¿Y si los niños fueran candidatos?” y, la segunda, porque se puso en **riesgo el interés superior de la niñez**; por tanto, se impuso una **amonestación pública** a las personas morales involucradas.

R E S U L T A N D O

I. Antecedentes. De la narración de hechos que los recurrentes exponen en su escrito de demanda, así como de las constancias que obran en los expedientes, se advierte lo siguiente:

1. Denuncias. El veintisiete de abril de dos mil dieciocho, el partido político Encuentro Social, Jorge Alcocer Villanueva y Everardo Serafín Valencia Ramírez, denunciaron a Mexicanos Primero Visión 2030, A.C.; Televisa, S.A. de C.V.; Cinépolis de México, S.A. de C.V., y a quien resultara responsable, por la presunta contratación de tiempos en radio, televisión, cines y redes sociales, para difundir el promocional denominado “¿Y si los niños fueran candidatos?”.

Lo anterior, porque en su concepto, el promocional hace un llamado al voto a favor del candidato que apoya la “transformación educativa”, lo cual contraviene la prohibición constitucional de contratar tiempos en radio y televisión para difundir propaganda dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos (41 constitucional).

El veintiocho de abril, MORENA presentó queja contra los mismos hechos y en términos similares, así como por la presunta afectación al interés superior de la niña y los niños que aparecen en el promocional denunciado. Asimismo, solicitaron medidas cautelares.

2. Medidas cautelares (Acuerdo ACQyD-INE-72/2018). El treinta de abril, la Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral declaró improcedente la adopción de las medidas

cautelares, al determinar, bajo la apariencia del buen derecho, lo siguiente:

- *Contratación o adquisición de tiempos en radio y televisión:* no se advirtió que el promocional denunciado tuviera algún contenido que pudiera repercutir en las preferencias electorales a favor o en contra de algún partido político o candidatura, sino que se trataba de un tema genérico (educación), de interés general y dentro del debate público, por lo que no debía restringirse el derecho de libertad de expresión de la asociación denunciada.
- *Difusión del promocional denunciado en YouTube y la página web de Mexicanos Primero Visión 2030, A.C.:* versa sobre material alojado en redes sociales y en la página web de una asociación y no de propaganda pagada, por lo que existe un ámbito reforzado de la libertad de expresión.
- *Interés superior de la niñez:* corresponde a un material realizado y producido por una asociación civil y no así por un partido político o candidatura. El estudio de fondo compete a la Sala Regional Especializada.

3. Impugnación de las medidas cautelares (SUP-REP-131/2018 y acumulado). El cuatro de mayo, **la Sala Superior revocó** el acuerdo mencionado, al considerar, sustancialmente, que de un **análisis preliminar** del caso era posible advertir la contratación del *spot* “¿Y si los niños fueran candidatos?”, que suponía una posible contravención a la norma constitucional que prohíbe a las personas

morales, contratar propaganda en **radio y televisión** con el propósito de influir en las preferencias electorales de los ciudadanos.

4. Acto impugnado (SRE-PSC-159/2018). El veintiséis de junio, la Sala Regional Especializada tuvo por acreditadas las infracciones e **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.; TV 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**.

II. Recurso de revisión del procedimiento especial sancionador

1. Demanda. Inconformes con la resolución impugnada, Jorge Alcocer Villanueva y Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V.; Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V.; Televisa, S.A. de C.V.; Mexicanos Primero Visión 2030, A.C.; Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., y el partido político Encuentro Social, interpusieron los presentes recursos.

2. Turno. La Magistrada Presidenta acordó integrar los expedientes SUP-REP-594/2018, SUP-REP-600/2018, SUP-REP-603/2018, SUP-REP-604/2018, SUP-REP-608/2018, SUP-REP-609/2018 y SUP-REP-610/2018, respectivamente, y ordenó turnarlos a la ponencia del Magistrado Indalfer Infante Gonzales.

3. Radicación, admisión y cierre de instrucción. En su oportunidad, el Magistrado Instructor radicó, admitió a trámite las

demandas y, al no existir diligencias pendientes de practicar, declaró cerrada la instrucción.

C O N S I D E R A N D O

PRIMERO. Jurisdicción y competencia

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ejerce jurisdicción y la Sala Superior es competente para conocer de los presentes medios de impugnación, conforme a lo dispuesto en los artículos 41, párrafo segundo, Base VI, y 99, párrafo cuarto, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 186, fracción III, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y 109, párrafos 2 y 3, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Lo anterior, porque son recursos de revisión del procedimiento especial sancionador, a través de los cuales se combate una determinación que, por un lado, tuvo por acreditadas las infracciones de contratación de tiempos en radio y televisión atribuidas a diversas personas morales y porque su difusión puso en riesgo el interés superior de la niñez y, por otro, amonestó públicamente a los sujetos denunciados.

SEGUNDO. Acumulación

La Sala Superior decreta la acumulación de los recursos de revisión del procedimiento especial sancionador, porque existe conexidad en la causa de los medios de impugnación que se resuelven, de conformidad con lo previsto en los artículos 31, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y 79,

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

párrafo primero, del Reglamento Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Los recurrentes controvierten la resolución de la Sala Regional Especializada, emitida en el procedimiento especial sancionador **SRE-PSC-159/2018**, que declaró la existencia de dos infracciones y sancionó con amonestación pública a los sujetos involucrados.

En consecuencia, al existir identidad en el acto reclamado y en la autoridad responsable, lo procedente es **acumular** los expedientes **SUP-REP-600/2018**, **SUP-REP-603/2018**, **SUP-REP-604/2018**, **SUP-REP-608/2018**, **SUP-REP-609/2018** y **SUP-REP-610/2018** al **SUP-REP-594/2018**, por ser el primero que se recibió en este órgano jurisdiccional y, por tanto, se ordena glosar copia certificada de los puntos resolutive de esta sentencia a los expedientes acumulados.

TERCERO. Estudio de procedencia

Los presentes medios de impugnación reúnen los requisitos previstos en los artículos 8, 9, párrafo 1; 13, fracción III, inciso b); 45; 109 y 110, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en los términos siguientes:

a. Forma. Las demandas se presentaron por escrito ante la autoridad señalada como responsable, en las cuales consta el nombre y firma de los recurrentes. Asimismo, identifican el acto impugnado y mencionan los hechos y agravios que se formulan contra la resolución impugnada.

b. Oportunidad. Los recursos se interpusieron dentro del plazo legal de tres días, ya que la sentencia se notificó el veintisiete de junio de

dos mil dieciocho a Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., Televisa, S.A. de C.V., Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., y el partido político Encuentro Social; los cuales presentaron sus demandas el día treinta de junio del año en curso.

En tanto, Jorge Alcocer Villanueva y Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., fueron notificados el veintiocho de junio siguiente y presentaron sus demandas los días veintinueve y treinta de junio del año en curso, respectivamente; esto es, dentro del término que establece el artículo 109, párrafo 3, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

c. Personería. Se tiene acreditada la personería de los recurrentes en los presentes recursos, en términos del artículo 13, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, porque:

- El SUP-REP-600/2018 es presentado por Jorge Pablo Aguilar Albo, como apoderado legal de Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., lo cual acredita con copia certificada del Poder General para Pleitos y Cobranzas otorgados ante la fe de Francisco J. Corona Núñez, Notario Público 138, Morelia, Michoacán.

- El SUP-REP-603/2018 es presentado por Enrique Ángeles Mendoza, en su carácter de representante legal de Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., calidad que le fue reconocida por la Unida Técnica del Instituto Nacional Electoral durante la sustanciación del procedimiento¹.

¹ Véase página 732 del expediente principal del Procedimiento Especial Sancionador SRE-PSC-159/2018.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

- El SUP-REP-604/2018 es presentado por Jorge Rubén Vilchis Hernández, representante legal de Televisa, S.A. de C.V., lo cual acredita con copia certificada de la escritura pública número 73,477, del Libro 1,692, ante la fe de Rafael Oliveros Lara, Notario Público 45 de la Ciudad de México; además, está acreditada su personería en el procedimiento.

- El SUP-REP-608/2018 es presentado por David Eduardo Calderón Martín del Campo y Juan Alfonso Mejía López, en calidad de representantes legales de Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., lo cual acreditan con copia certificada de la escritura pública 109,598 del Libro 2,659, otorgada ante la fe del José Ángel Fernández Uría, Notario Público 217 de la Ciudad de México, además, está acreditada su personería en el procedimiento.

- El SUP-REP-609/2018 es presentado por Fernando Bernal Echeverría, en su carácter de apoderado general de Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., lo cual acredita con el testimonio 166,622, del Libro 4,067, otorgada ante la fe de Cecilio González Márquez, Notario Público 151 de la Ciudad México; además, de estar acreditada su personería en el procedimiento.

- El SUP-REP-610/2018 es presentado por Ernesto Guerra Mota, representante suplente del Partido Encuentro Social, registrado ante el Consejo General del Instituto Nacional Electoral, carácter que está reconocido por la Sala Especializada en la sentencia impugnada.

d. Interés jurídico. Los recurrentes tienen interés jurídico para controvertir la resolución impugnada, por tratarse de la parte denunciante y de las personas morales sancionadas con amonestación pública.

e. Definitividad. Se cumple este requisito, porque en la legislación aplicable no se contempla algún medio de impugnación que deba agotarse antes de acudir a esta instancia.

CUARTO. Prueba superveniente

En su escrito presentado ante la Sala Superior el cinco de julio del dos mil dieciocho, Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., ofreció la prueba superveniente consistente en copia simple del informe preliminar de la Organización de los Estados Americanos, respecto de la Misión de Visitantes Extranjeros para observar las elecciones federales y locales, en el cual aborda temas relativos al sistema electoral mexicano, entre ellos, de comunicación política.

A juicio de la Sala Superior **no ha lugar a admitir** el informe mencionado, toda vez que resulta inconducente, debido a que no tiene el carácter de medio de convicción tendente a acreditar algún hecho controvertido, sino que constituye un informe u opinión sobre el modelo de comunicación política previsto en la Constitución Federal, cuya interpretación no se encuentra sujeto a prueba.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15, párrafo 1, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, son objeto de prueba los **hechos controvertibles**, no lo será el **derecho**, los hechos notorios o imposibles, ni aquellos que hayan sido reconocidos.

Al respecto, la doctrina ha configurado el derecho a la prueba como de naturaleza subjetiva, pública y fundamental. Además tiene una característica de contradicción, ya que debe existir la aptitud legal de

realizar objeciones para controvertir las aportadas por alguna de las partes. Ello en aras de un adecuado equilibrio procesal, de ahí que debe encontrar su concreta extensión, requisitos y forma de hacerlo valer, en el ordenamiento atinente.

Entre los conceptos que limitan el ejercicio probatorio, se encuentra el de **pertinencia de la prueba, ya que condiciona o limita la admisión de los elementos que proponga el interesado, si no guardan relación con la materia, resultando por ello inútiles o inconducentes.**

En el caso, el informe aportado por la recurrente se refiere a observaciones generales en torno a las elecciones federales y locales en México, donde se abordan temas relativos al sistema electoral mexicano, entre ellos, el de comunicación política.

En tal virtud, no se trata de un medio de convicción, sino de un informe u opinión que no guarda relación con los **hechos** materia de la *litis* del presente medio de impugnación, a fin de determinar, sustancialmente, si el promocional “¿Y si los niños fueran candidatos?” constituyó propaganda electoral y, en su caso, la responsabilidad de los sujetos denunciados, la comisión de la infracción y la individualización de la sanción.

De ahí que, la Sala Superior determine no admitir como prueba el mencionado informe.

QUINTO. Hechos acreditados

En el presente asunto están acreditados y no son materia de controversia, los siguientes hechos:

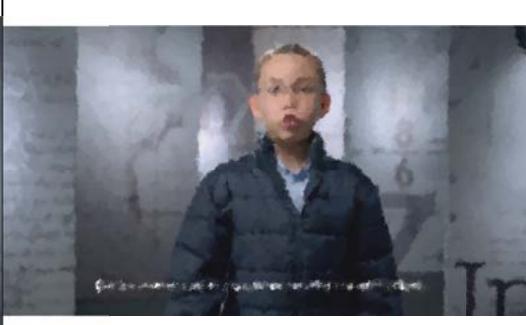
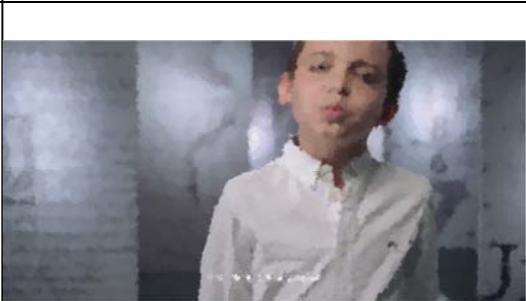
- Mexicanos Primero Visión 2030, es una asociación civil con objeto social de investigación y promoción de temas culturales y educativos.

- Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., es titular del promocional “¿Y si los niños fueran candidatos?” y responsable de su confección y difusión en todos los medios denunciados.

- La existencia y contenido del promocional es el siguiente:

<i>¿Y si los niños fueran candidatos?</i>	
	
Voz niño: Soy Ricardo, me gustaría una educación para lograr mis sueños, no los de los políticos.	Voz niño: Soy Pepe, y quiero que mis maestros sean un ejemplo para todos.
	
Voz niño: Soy Andrés, quiero que a mis maestros les hagan exámenes, como nos los hacen a nosotros.	Voz niño: Soy Jaime y quiero escuelas con tecnología y que me enseñen inglés.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

	
<p>Voz niña: Yo soy Margarita, y quiero que el cambio en mi escuela, no se detenga.</p>	<p>Voz niño: Que los maestros no se preparen, es <i>insulting and unacceptable</i>.</p>
<p>Voz niño: Quiero que mis maestros se</p>	<p>Voz niño: Y quiero que la transformación</p>
	
<p>preparen como <i>¡yo mero!</i></p>	<p>educativa avance.</p>
	
<p>Voz niño: Quiero una educación que no la tenga ni Obama. <i>La magia del poder</i>, es poder estudiar</p>	<p>Voz niño: Quiero aprender a aprender.</p>
	
<p>Voz niña: Y quiero que mis maestros se preparen mejor.</p>	<p>Voz niño: ¡No'mbre unos genios!</p>

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

	
Voz off: Piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa.	¡México!
	Voz off: Mexicanos Primero La educación de tus hijos no es negociable.

- La difusión del promocional denunciado en la página de internet y en la cuenta de YouTube de Mexicanos Primero Visión 2030, A.C.

- La **difusión del promocional en radio y televisión** se realizó del veintisiete de abril al ocho de mayo de dos mil dieciocho. En ese periodo se registró un total de **ocho mil diez impactos**, de los cuales, ciento noventa y siete corresponden a TV de Durango, S.A. de C.V.; Stereorey México, S.A.; Televisora XHBO, S.A. de C.V.; XEIX, S.A., Televisa, S.A. de C.V. y La Primerísima, S.A. de C.V.

- La difusión del promocional en Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V. y Operadora de Cinemas, S.A. de C.V., durante el periodo comprendido del veintisiete de abril al tres de mayo, en tres Estados de la República Mexicana.

- La contratación de Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., con Uno y Medio Publicidad, S. de R.L de C.V., para la difusión del promocional en Internet y redes sociales, bajo el título “Hablemos de educación”, por la cantidad de \$725,000.00 (setecientos veinticinco

mil pesos 00/100 M.N.), durante el periodo comprendido, al menos, del veintisiete de abril al tres de mayo, en Internet y en las redes sociales conocidas como Facebook, Impaktu, Youtube, Dynadmic y Cinemad.

- La difusión del promocional en Cinépolis durante el periodo comprendido del veintisiete de abril al trece de mayo.

- La **aparición de** cuatro niños y una niña, en el promocional denunciado.

SEXTO. Materia de la controversia

1. Denuncia

Jorge Alcocer Villanueva y Eduardo Serafín Valencia Ramírez, así como los partidos Encuentro Social y MORENA **denunciaron a Mexicanos Primero Visión 2030, A.C.** y diversas personas morales, por la difusión en radio y televisión, así como en Internet y dos cines nacionales (cineminutos), del **promocional “¿Y si los niños fueran candidatos?”** en el que aparecen cuatro niños y una niña hablando sobre la “transformación educativa”.

Los denunciantes plantearon, por un lado, que se transgredió el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; que prohíbe a personas morales **contratar 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 candidaturas a cargos de elección popular; y, por otro, que la aparición de niños en propaganda electoral **puso en riesgo el interés superior de la niñez.**

2. Resolución impugnada

En la **resolución impugnada**, la Sala Especializada determinó:

a. Existencia de la infracción atribuida 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., TV Durango, S.A. de C.V., y XEIX, S.A., por la **contratación de propaganda electoral de tiempos de radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos**, por la difusión del *spot* “¿Y si los niños fueran candidatos?”.

Por lo cual, la sala responsable consideró que la infracción debía calificarse como **leve e impuso como sanción la amonestación pública** a Mexicanos Primero Visión 2030, A.C. y Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., por la contratación del promocional denunciado y a las concesionarias Televisa, S.A. de C.V., TV Durango, S.A. de C.V., y XEIX, S.A, por su difusión en todo el territorio nacional, con excepción de Tlaxcala.

b. Existente la infracción atribuida a las anteriores personas morales, así como a Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., y Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., consistente en **la puesta en riesgo del interés superior de la niñez**, por la difusión del *spot* en distintos medios de comunicación, ya que no se otorgaron los consentimientos informados de la niña y los niños, como lo exige la jurisprudencia 5/2017 de la Sala Superior.

Por tanto, la Sala Especializada **determinó que la infracción debía calificarse como leve e impuso como sanción la amonestación**

pública a Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., y Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., por la contratación del promocional denunciado y a las concesionarias Televisa, S.A. de C.V., TV Durango, S.A. de C.V., y XEIX S.A., por la difusión en todo el territorio Nacional, con excepción de Tlaxcala; así como a Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., y Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., porque ordenaron la trasmisión o la difundieron.

3. Pretensión y agravios de los recurrentes

a. Por un lado, Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., las publicistas Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., la concesionaria Televisa, S.A. de C.V., y Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., pretenden que se **revoque** la sentencia impugnada, para que la Sala Superior **deje sin efectos las infracciones y sanciones**.

a.1 Respecto de la **contratación indebida de tiempos en radio y televisión** aducen, en esencia, que: **a)** no es propaganda electoral, **b)** la ilegalidad del *spot* surge por la interpretación del operador jurídico y **c)** no son responsables por los hechos denunciados.

Además, Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., hace valer lo siguiente: **a)** se omitió analizar la solicitud de inaplicación de la prohibición a terceros de contratar tiempos en radio y televisión para difundir propaganda electoral (artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución) y **b)** en su caso, que esa norma constitucional debió interpretarse para permitir a terceros la contratación señalada (este último agravio también es planteado por Televisa, S.A. de C.V.).

a.2 Por cuanto hace a que **se puso en riesgo el interés superior de la niña y los niños**, los recurrentes Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., las publicistas Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., la concesionaria Televisa, S.A. de C.V., y Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., esencialmente sostienen: **a)** que no está prevista legalmente alguna infracción por dejar de recabar los consentimientos informados de la niña y los niños; **b)** que no pusieron en riesgo el interés superior de la niñez; **c)** que sí existieron los consentimientos por la autorización otorgada por los padres o tutores y **d)** Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., también alega que, en todo caso, la prohibición constitucional es para la difusión en radio y televisión y no para cines.

b. Por otro lado, Jorge Alcocer Villanueva y el Partido Encuentro Social pretenden que se revoque la sentencia impugnada, a fin de que se reindividualice la sanción impuesta por la infracción al 41 constitucional, se califique la falta como grave y se imponga una multa por el doble del precio comercial a los sujetos responsables.

b.1 Respecto a la **calificación de la falta**, los recurrentes fundamentalmente señalan que la responsable: **a)** consideró la falta como leve, cuando el bien jurídico tutelado que se infringió fue el principio constitucional de equidad en la contienda, por lo que debió calificarla como grave conforme a lo previsto en los artículos 456, párrafo 1, inciso g) fracción IV, en relación con el 452, párrafo 1, inciso b), de la Ley General ; **b)** indebidamente valoró las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y no precisa de manera individual la totalidad de canales de televisión y las estaciones de

radio que difundieron el *spot* y **c)** el hecho de que el promocional aborde un tema educativo, no puede prevalecer sobre la prohibición del artículo 41 constitucional.

b.2 Respecto de la **imposición de la sanción**, los inconformes afirman sustancialmente, que: **a)** se sanciona por dos conductas infractoras, en tanto que la responsable, para efectos de imponer la sanción, aduce que sólo es una conducta; **b)** no justifica por qué impuso como sanción una amonestación pública a la asociación civil cuando conforme al artículo 456, 1, inciso e), fracción III, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electoral, debió ser una multa de hasta el doble del precio comercial del tiempo comprado en radio y televisión. Tampoco justifica por qué amonestó públicamente a las concesionarias cuando al ser grave la conducta conforme a los artículos 456, párrafo 1, incisos e) fracción III, y g) fracción IV, en relación con el 452, párrafo 1, inciso b), de la Ley General, debió multarlas; **c)** el hecho de que el infractor no persiga fines de lucro conforme a sus documentos constitutivos no es suficiente para establecer su capacidad económica para una sanción pecuniaria y **d)** la sanción impuesta no inhibe futuras infracciones.

4. Litis y Metodología

Por tanto, la **materia a resolver** consiste en determinar, a partir de los hechos no controvertidos, de contratar la difusión de un *spot* para transmitirse en televisión y cine, en concreto el denominado: “¿Y si los niños fueran candidatos?”

Se actualizan las dos infracciones impugnadas: **A.1** una consistente en **contratar tiempos en televisión, radio o cine para difundir**

propaganda electoral dirigida a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía, y **A.2** otra, relativa a la exposición de niñas y niños en un promocional de ámbito político, que **pone en riesgo el interés superior de la niñez** en spots con contenido electoral difundidos en medios de comunicación social. En consecuencia, determinar si **B.** ¿existe **responsabilidad de la asociación civil**, las intermediarias y las televisoras?; y **C.** si la **individualización de la sanción** es apegada a Derecho, o bien, debe ser objeto de una nueva reindividualización.

Para ello, el estudio se realizará conforme a los apartados siguientes: **A.1.** Prohibición constitucional de contratar tiempos en radio y televisión para difundir propaganda electoral; **A.2.** Interés superior de la niñez; **B.** Responsabilidad de las personas morales que contrataron o difundieron el promocional; y **C.** Reposición del procedimiento para reindividualizar la sanción.

Con la precisión de que no son objeto de cuestionamiento los hechos relacionados con la existencia, contenido, contratación y difusión del promocional. Así como la responsabilidad de las empresas TV Durango, S.A. de C.V. y XEIX, S.A., de ahí que, adquieran firmeza.

SÉPTIMO. Estudio de fondo

Apartado A.1: Prohibición constitucional de contratar tiempos en radio y televisión para difundir propaganda electoral

1. Materia a resolver

¿El spot denunciado está amparado en la libertad de expresión o es producto de una contratación indebida de tiempos en radio y televisión para difundir propaganda dirigida a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía?

2. Decisión

La Sala Superior tiene en cuenta, por un lado, el límite constitucional establecido en el modelo de comunicación política, el cual prohíbe la contratación de tiempos en radio y televisión para difundir propaganda electoral, y, por otro, el derecho humano a la libertad de expresión.

En la especie, del análisis del spot ¿Y si los niños fueran candidatos?, entre otros elementos, se destaca que las frases “**piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa**”, dentro del contexto del proceso electoral Presidencial, permiten advertir elementos que son tendentes a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía, para lograr que los ciudadanos voten o elijan una opción específica. Por tanto, es conforme a Derecho tener por actualizada la infracción, según se expondrá a continuación.

3. Marco normativo

a. Libertad de expresión

La libertad de expresión es considerada universalmente como un componente básico del régimen democrático.²

² Miguel Carbonell, La Libertad de Expresión en Materia Electoral. Temas selectos de Derecho Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México 2008, página 13.

En el ámbito internacional, la libertad de expresión se regula, entre otros instrumentos, en el artículo IV, de la Declaración Americana, que dispone “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

La importancia que reviste la libertad de expresión en la sociedad democrática también ha sido reconocida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Corte Europea de Derechos Humanos³, la Comisión y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁴. Así como en el artículo 4, de la Carta Democrática Interamericana que caracteriza la libertad de expresión y de prensa como “componentes fundamentales del ejercicio de la democracia”⁵.

En el mismo sentido, diversos tribunales, como la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 115 (1943), le atribuyen a la libertad de expresión una “posición preferente”, que no excluye que en un caso específico esa libertad pueda ceder frente a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

En el derecho convencional, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁶ y la Convención Americana de Derechos

³ TEDH. *Case of Castells v. Spain*. Judgment of 23 April, 1992, Series A. No. 236, párr. 42; *Case of Lingens v. Austria*. Judgment of 8 July, 1986, Series A No. 103, párr. 41; *Case of Barthold v. Germany*. Judgment of 25 March, 1985, Series A No. 90, párr. 58; *Case of The Sunday Times v. United Kingdom*. Judgment of 29 March, 1979, Series A No. 30, párr. 65; y *Case of Handyside v. United Kingdom*. Judgment of 7 December, 1976, Series A No. 24, párr. 49.

⁴ African Commission on Human and Peoples' Rights, *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, Communication Nos. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Decision of 31 October, 1998, párr. 54; *Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa*, 17 - 23 October, 2002; y African Court on Human Rights and Peoples' Rights. In the Matter of *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*. Application No. 004/2013. Judgment December 5, 2014.

⁵ Art. 4 de la Carta Democrática Interamericana.

⁶ Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya

Humanos⁷, establecen, en esencia, que la libertad de expresión goza también de una importante protección, la cual puede ejercerse por cualquier medio e involucrar opiniones concernientes a todo tópico, porque no existen temas susceptibles de una censura previa, sino más bien sujetos a responsabilidades ulteriores.

En ese sentido, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2000 recuerda que “la libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental, inalienable e inherente a todas las personas. Además, es un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”. Por las mismas razones se ha afirmado que los Estados deben promover y no inhibir, una deliberación vigorosa, plural y desinhibida sobre todos los asuntos públicos.

Así, los órganos del sistema interamericano han reconocido que este derecho constituye un elemento fundamental para la existencia de

sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

⁷ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

las sociedades democráticas, debido a su indispensable relación estructural con la democracia⁸.

En esa perspectiva, tal derecho se concibe como uno de los mecanismos fundamentales con que cuenta la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público.

Así, los artículos **6 y 7, constitucionales** disponen que toda persona tiene derecho a la libre expresión y al acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, por cualquier medio de expresión.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que la libertad de expresión tiene una doble dimensión: **individual y colectiva**.

En su dimensión **individual**, esa libertad asegura a las personas espacios esenciales para su desarrollo y se erige como una condición para ejercer plenamente otros derechos fundamentales, como el de asociación, votar y ser votado, entre otros.

En su dimensión **colectiva**, el derecho de expresión corresponde a una vertiente pública, la cual rebasa la idea personal, para contribuir de manera esencial a la formación y mantenimiento de una opinión pública, libre, bien informada y, por tanto, para la toma de decisiones

⁸ Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 116; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 86; CIDH, Informe No. 20/99, Fondo, Caso 11.317, Rodolfo Robles Espinoza e Hijos, Perú, párr. 148; Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000; y CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión, 2009, párr. 8.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

de interés público, más allá del interés individual, lo que es imprescindible en una democracia representativa.

Con base en esa doble dimensión, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de informaciones e ideas entre las personas y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Ello implica, por una parte, el derecho a comunicar a otros el propio punto de vista y las informaciones u opiniones que se quieran; y por otra, el derecho de todos a recibir y conocer tales puntos de vista, informaciones, opiniones, relatos y noticias, libremente y sin interferencias que las distorsionen u obstaculicen⁹.

De ahí que, un determinado acto de expresión involucre simultáneamente un impacto en las dos dimensiones. Así, por ejemplo, en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*, la Corte Interamericana explicó que cuando las autoridades de la justicia penal militar chilena impidieron (mediante prohibiciones e incautaciones materiales) que el peticionario publicara un libro ya escrito, que se encontraba en proceso de edición y distribución, se generó una violación de la libertad de expresión en sus dos dimensiones. En primer lugar, se afectó el ejercicio de esta libertad por parte de Palamara, a través de la escritura y publicación del libro, y en segundo lugar, se transgredió el derecho del público chileno a recibir la información, ideas y opiniones plasmados en tal texto.

Por ello, la protección de la libertad de expresión se construye en el respeto a la diversidad de opiniones, consecuentemente, es un derecho fundamental para la consolidación de un Estado de

⁹ Corte I.D.H., Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 66; Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 32.

Derecho, en el que se garantice la información y mantenimiento de una opinión pública, libre e informada.

b. Libertad de expresión en materia política en el contexto del debate público

En materia electoral, la libertad de expresión es relevante en el sistema de partidos en México, por la forma en que se hace política en nuestro país y, en definitiva, por el devenir de la democracia.

Ello, porque permite que las posturas políticas que en algún momento son minoritarias puedan convertirse en mayoritarias a través del libre ejercicio de la libertad de expresión política. Esto es, da lugar a la alternancia en el gobierno en la renovación de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, rasgo que es consustancial a la práctica del Estado democrático.

Los partidos que son minoría pueden expresar su crítica al gobierno y ofrecer a los ciudadanos las propuestas alternativas que consideren más adecuadas. Los ciudadanos podrán valorar esas propuestas y darle a ese partido su respaldo a través del sufragio.

En ese sentido, la **libertad de expresión en materia política** tiene, en principio, una finalidad objetiva o material que **debe privilegiar que la información de las cuestiones públicas se difunda sin mayores restricciones.**

En ese contexto, la difusión de ideas tiene una finalidad de interés público, que incide en la conformación de una opinión pública informada, que permita la toma de decisiones de carácter objetivo y racional.

Por ello, es importante promover en una democracia constitucional un debate “desinhibido, vigoroso y completamente abierto sobre los asuntos públicos, y que puede incluir expresiones vehementes, cáusticas y algunas veces ataques severos hacia el gobierno y funcionarios públicos”. Esta es una de las premisas centrales de la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el Caso *New York Times Co. v. Sullivan* U. S. 254 (1964) y que ha orientado la jurisprudencia de otros tribunales tanto nacionales como supraestatales (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) sobre el tema.

En semejantes términos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha procurado que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el **debate político**, que precede a las elecciones de las autoridades que gobernarán un Estado.

En esta línea argumentativa, el **debate político** es un discurso protegido por la libertad de expresión, en el cual las personas con responsabilidades públicas tienen un umbral distinto de protección, que los expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público. Ello, se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio colectivo más exigente y su posición les da una gran capacidad de reaccionar a la información y las opiniones que se vierten al respecto.

Asimismo, en el debate político se amplía el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en torno a temas de interés público.

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, criterio sustentado en la Jurisprudencia 11/2008 de la Sala Superior, de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO”.

No obstante, debe tenerse en cuenta que existen ciertas fronteras constitucionales y convencionales que deben ser atendidas para garantizar un auténtico debate político que privilegie un voto informado.

c. Libertad de expresión en el modelo de comunicación política

El Constituyente Permanente en la reforma del artículo 41, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció las bases de un modelo de comunicación social en radio y televisión, el cual tiene como postulado central una nueva relación entre los partidos políticos, la sociedad y medios de comunicación, a fin de salvaguardar el principio de equidad.

El modelo de comunicación¹⁰ tiene como ejes rectores, por un lado, el derecho constitucional de los partidos políticos al uso de manera permanente a los medios de comunicación social y, por otro, el carácter que se otorga al Instituto Nacional Electoral, como autoridad

¹⁰ Artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Federal.

única, para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión.

El objetivo de la reforma constitucional es evitar que los intereses de los concesionarios de estaciones de radio y canales de televisión, o de otros grupos con poder económico se erijan en factores determinantes de las campañas electorales, sus resultados o de la vida política nacional, para impedir que influya en las preferencias electorales a través de la contratación o adquisición de espacios en aquellos medios para difundir propaganda.

En este sentido, la Sala Superior ha reconocido¹¹ que el modelo otorga a las distintas fuerzas políticas el derecho de acceso a los medios de comunicación social **de manera equitativa y exclusivamente a través de los tiempos en radio y televisión que asigna** el Instituto Nacional Electoral, a fin de generar un equilibrio entre los distintos partidos políticos, para que ninguno tenga una exposición desmedida frente al electorado¹².

Para alcanzar ese propósito, los partidos y sus candidatos cuentan con el derecho legítimo de difundir propaganda genérica en los indicados medios de comunicación social, para transmitir información de carácter ideológico, con el objeto de crear, transformar o confirmar opiniones a favor de ideas y postulados, con el propósito de estimular determinadas conductas políticas. Asimismo, pueden difundir durante las campañas propaganda electoral para colocarse en la preferencia de los votantes.

¹¹ Sentencia del recurso de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-57/2015 y acumulados.

¹² En el mismo sentido, en el artículo 160, de la LEGIPE se establece que el INE es la autoridad única para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión destinado a los fines propios del Instituto y a los de otras autoridades electorales, así como al ejercicio de las prerrogativas y derechos que la Carta Magna y la Ley otorgan a los partidos y candidatos independientes.

No obstante, el referido derecho no es ilimitado, dado que todos los sujetos involucrados en el proceso electoral deben regir su conducta por los principios del Estado constitucional democrático, a fin de desarrollar una contienda justa, en la que los participantes actúen en igualdad de circunstancias, según su propia fuerza electoral, sin la intervención de entes externos, para con ello obtener resultados que reflejen con mayor exactitud la voluntad ciudadana.

d. Prohibición constitucional para contratar tiempos en radio y televisión para difundir propaganda electoral

El artículo 41, Base III, Apartado A, párrafo tercero, de la Constitución General¹³, establece que *“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 partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular”*.

De lo anterior, es posible advertir que el modelo de comunicación política contempla una restricción a los partidos, dirigentes partidistas, candidatos, personas físicas y morales para que, a título propio o por terceros, contraten o adquieran propaganda en radio y televisión, que esté dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, a favor o en contra de alguna fuerza política contendiente¹⁴.

La Sala Superior ha sostenido de manera reiterada que las conductas prohibidas por el precepto constitucional son:

¹³ Norma que se reitera en el artículo 159, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales

¹⁴ Véase el SUP-REP-131/2018.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

- **Contratar** tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión, por sí o por terceras personas y,
- **Adquirir** tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión, por sí o por terceras personas.

La limitación va encaminada a evitar que **a través de tiempos ajenos a los que la autoridad administrativa asigna a los partidos políticos, se pueda acceder a radio y televisión para difundir propaganda electoral.**

Tal prohibición se encuentra regulada como infracción en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, en los artículos 447, párrafo 1, incisos b) y e), y 452, párrafo 1, incisos b) y e).

Al respecto, la Sala Superior ha considerado¹⁵ que esa prohibición obliga a las autoridades electorales a analizar el contenido de los mensajes e imágenes de los promocionales en radio y televisión, el contexto espacial y temporal en el que se emiten, así como las modalidades de difusión, a efecto de determinar si constituyen propaganda política o electoral tendente a influir en la preferencia electoral de la ciudadanía, sin que sea jurídicamente relevante o determinante la modalidad, forma o título que se emplee para su difusión.

De esta forma, la prohibición e infracción se actualiza con la transmisión de propaganda política o electoral con las características apuntadas, con independencia de si existen pronunciamientos explícitos a favor o en contra de alguna fuerza política. Así, basta

¹⁵ Véase SUP-REP-165/2017 y acumulados.

que se adviertan elementos que permitan establecer la existencia de una posible influencia en las preferencias electorales, para tener por configurada la proscripción constitucional.

e. Armonización del modelo de comunicación política con la libertad de expresión

La Sala Superior considera que debe armonizarse el derecho humano a la libertad de expresión con los límites constitucionalmente establecidos en el modelo de comunicación política, por las razones siguientes:

En primer lugar, porque conforme al marco convencional, es válido que los Estados establezcan ciertas restricciones en sus leyes, siempre que se encuentren apegadas a los derechos humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los artículos 30 y 32.2, disponen que las restricciones convencionalmente permitidas son aquéllas que por motivos de interés general se dicten en las leyes domésticas, con el propósito para el cual han sido establecidas, además de resultar inexcusables cuando se trate de cuestiones de seguridad y por las exigencias del bien común.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional¹⁶, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; de manera que son inoperantes aquellos agravios en los cuales se pretenda desconocer el texto de la Ley Fundamental cuando se esté en presencia de una

¹⁶ Véase la contradicción de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (T203/2011).

disposición que contenga una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional.

Asimismo, ha señalado que las restricciones constitucionales encuentran sustento en el propio texto del instrumento internacional en cita, ya que se trata de una manifestación soberana del Constituyente Originario o del Poder Revisor de la Norma Fundamental, en el que se incorporan expresamente este tipo de finalidades en la Constitución General¹⁷.

En segundo lugar, porque constituye una limitación establecida directamente por el propio Poder Constituyente Permanente y es acorde a lo dispuesto en el artículo 1º, de la Constitución Federal que prevé que el principio *pro persona* obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona¹⁸.

Sin embargo, también señala que todas las personas gozarán de los derechos humanos, *cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece*.

Al respecto, la Sala Superior ha considerado que para determinar los alcances de ese derecho humano, se debe atender a la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

¹⁷ Tal criterio está contenido en la Tesis CXXVIII/2015 (10a.), de la 2ª Sala, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. ADICIONALMENTE A QUE SE TRATEN DE UNA MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL CONSTITUYENTE MEXICANO QUE IMPIDE SU ULTERIOR PONDERACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, TAMBIÉN SE ENCUENTRAN JUSTIFICADAS EN EL TEXTO DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”.

¹⁸ Véase la jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.) "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA". Décima Época: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Página: 204.

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”, al señalar entre otras cuestiones, la supremacía de la constitución en el orden jurídico mexicano.

En tercer lugar, porque el Constituyente previó que el derecho de libertad de expresión en materia electoral debe interpretarse y entenderse a la luz de la restricción prevista en el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la norma fundamental, que prohíbe contratar o adquirir tiempos en radio y televisión para difundir propaganda electoral.

En ese sentido, la Sala Superior ha sustentado en la Jurisprudencia 30/2009, de rubro: “RADIO Y TELEVISIÓN. LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR PROPAGANDA ELECTORAL NO TRANSGREDE LAS LIBERTADES CONSTITUCIONALES DE LOS CONCESIONARIOS”, que la restricción para contratar propaganda política-electoral en radio y televisión, dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, no implica la transgresión a las libertades constitucionales de expresión, información y comercial de los concesionarios, toda vez que es una prohibición prevista por el propio Constituyente Permanente.

Asimismo, la Sala Superior¹⁹ ha destacado que no es dable flexibilizar la prohibición a personas físicas o morales, a fin de hacerla compatible con el ejercicio de la libertad de expresión, debido a que es una prohibición constitucional.

¹⁹ SUP-REP-131/2018, SUP-REP-55/2015, y SUP-RAP-27/2013.

Por lo anterior, este órgano jurisdiccional considera que la restricción contenida en el artículo 41, Base III, Apartado A, párrafo tercero, de la Constitución Federal, es acorde y proporcional con el modelo de comunicación política vigente.

De manera que, cuando se alega que un spot difundido en radio y televisión puede constituir propaganda electoral o política, que supuestamente está al margen de la distribución de los tiempos que realiza el Instituto Nacional Electoral, coexisten tres derechos fundamentales: la libertad de expresión, la equidad en la contienda electoral y el derecho de la ciudadanía a estar informado.

Entonces, para determinar si el ejercicio de esas prerrogativas respeta los límites constitucionales y legales en materia electoral, sin trastocar el disfrute de cierto derecho que corresponde a otro sujeto (como sería la libertad de expresión en los medios de comunicación), es necesario efectuar una ponderación de los bienes y valores democráticos que en cada caso están en juego y atender a sus propiedades relevantes.

4. Análisis del caso concreto

a. ¿Es viable solicitar la inaplicación del artículo 41 Constitucional?

Planteamiento

Comercializadora Publicitaria TIK, S.A de C.V., aduce que la Sala Regional Especializada **dejó de analizar el alegato** en el que pidió una interpretación extensiva de la **prohibición** prevista por el

artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 159, párrafo 5, de Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, frente a la libertad de expresión, para permitir a terceros contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, o bien, que se **inaplicaran** tales preceptos, porque censurar los discursos políticos que provienen de organizaciones de la sociedad civil.

Decisión

La Sala Superior considera que el planteamiento es **inoperante** en cuanto a la **inaplicación** solicitada.

Al margen de que la prohibición en cuestión no puede ser objeto de control constitucional ni convencional, atendiendo al principio de supremacía constitucional, ya que se encuentra expresamente prevista en la propia Carta Magna²⁰, finalmente, la sala responsable

²⁰ Tesis: 2a. CXXVIII/2015 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Registro 2010428; Segunda Sala. Libro 24, noviembre de 2015, tomo II. Pag. 1299 Tesis Aislada (Común, Constitucional), de rubro: RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. ADICIONALMENTE A QUE SE TRATEN DE UNA MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL CONSTITUYENTE MEXICANO QUE IMPIDE SU ULTERIOR PONDERACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, TAMBIÉN SE ENCUENTRAN JUSTIFICADAS EN EL TEXTO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 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; razonamiento que generó, a su vez, que esta Segunda Sala emitiera el criterio jurisprudencial número 2a./J. 119/2014 (10a.) (**), relativo a que son inoperantes aquellos agravios en los cuales se pretenda desconocer el texto de la Ley Fundamental cuando se esté en presencia de una disposición que contenga una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional. Ahora bien, adicional a ello, de lo previsto en los numerales 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se desprende que los Estados Parte han dispuesto que las restricciones convencionalmente permitidas, son aquellas que por razones de interés general se dictaren en las leyes domésticas, con el propósito para el cual han sido establecidas, además de resultar ineludibles por razones de seguridad y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. En este sentido, las restricciones constitucionales encuentran sustento también en el propio texto del instrumento internacional en cita, pues se tratan de una manifestación soberana del Constituyente Originario o del Poder Revisor

no aplicó el precepto constitucional ni legal en cita a la Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., de lo que deriva la inoperancia apuntada.

En efecto, sobre el particular la sala responsable consideró que la **prohibición** establecida en el artículo 41, Base III, apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —la cual se reproduce en el artículo 159, párrafo 5, de la Ley General de Instituciones y procedimientos electorales— se refiere exclusivamente a propaganda difundida en **radio y televisión**, por lo que no incluye aquélla que sea contratada y/o difundida en otros medios de comunicación, tales como redes sociales, páginas electrónicas y **cineminutos**.

De lo anterior, la sala responsable concluyó que no existe **prohibición constitucional** para que las personas morales o físicas contraten propaganda electoral en medios diversos a radio o televisión²¹, como son, entre otros, cineminutos, siempre que se respeten los límites legales atinentes (determinación que no está controvertida y, por tanto, adquiere firmeza).

Así, la responsable declaró inexistente la infracción atribuida a la Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., por la difusión del spot en las salas de Cinépolis (aspecto no controvertido).

Por tanto, la Sala Regional Especializada no aplicó a la recurrente la prohibición establecida en los artículos 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 159, párrafo 5, de Ley General de Instituciones y

de la Norma Fundamental, en el que se incorporan expresamente este tipo de finalidades en la Constitución General”.

²¹ Esta conclusión fue sostenida por la Sala Especializada en el procedimiento con número de identificación SRE-PSC-114/2018.

Procedimientos Electorales, de ahí que resulte inviable la inaplicación que hace valer.

Tampoco asiste la razón a Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., al señalar que la responsable le aplicó la aludida disposición constitucional, ya que aun cuando al establecer la existencia de la infracción en su contra — la puesta en riesgo del interés superior de la niña y los niños— aludió a lo que determinó en el apartado relativo a la contratación de tiempo en radio y televisión y citó aquél precepto, se advierte que exclusivamente tomó en cuenta el estudio efectuado en ese apartado para determinar que el *spot* constituía propaganda política electoral.

De modo que, del análisis de la sentencia controvertida, no se advierte que a la recurrente se le hubiese aplicado la mencionada prohibición constitucional. Máxime si se tiene en cuenta que la Sala Especializada sólo la sancionada por la infracción consistente en “la puesta en riesgo del interés superior de la niñez”.

b. ¿Se puede realizar una interpretación *conforme* para permitir la contratación o adquisición de tiempos en radio y televisión para difundir propaganda electoral?

Planteamiento

Televisa, S.A. de C.V, pide que se realice una interpretación *pro persona* y *progresiva* de la prohibición constitucional prevista en el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Federal para permitir a terceros la difusión de promocionales para privilegiar la libertad de expresión en el debate político.

Decisión

El planteamiento es **infundado**, toda vez que la Sala Superior ha sostenido reiteradamente²² que no es dable flexibilizar la prohibición a personas físicas o morales para contratar propaganda en radio y televisión, dirigida a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía, a fin de hacerla compatible con el ejercicio de la libertad de expresión, debido a que es una restricción constitucional.

Lo anterior, por las razones siguientes:

- En el contexto histórico mexicano la restricción constitucional se incorporó para hacer frente a una problemática que afectaba el desarrollo de los procesos electorales, como fue el “uso y abuso de la televisión y la radio en las contiendas electorales”²³.
- Buscó terminar con el sistema de competencia electoral basado en la preponderancia económica²⁴.
- Supuso una tutela a la igualdad desde la óptica de la libertad de expresión. Tratándose del acceso a radio y televisión, al advertir que no todas las personas podían expresarse con igual fuerza. En ese sentido, la prohibición buscó tutelar la igualdad de las personas en el acceso a medios de

²² Véase el SUP-REP-131/2018, SUP-REP-55/2015 y SUP-RAP-27/2013

²³ DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES, Y DE GOBERNACIÓN, CON PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA LOS ARTÍCULOS 6, 41, 85, 99, 108, 116 Y 122; ADICIONA EL ARTÍCULO 134; Y SE DEROGA UN PÁRRAFO AL ARTÍCULO 97 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, mismo que fue publicado en la Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2341-I, viernes 14 de septiembre de 2007

²⁴ Ídem.

comunicación masiva cuyas posibilidades de contratación no estaba al alcance de todos.

- Fue un incentivo para inhibir la corrupción, al impedir a los candidatos que accedieran al poder se vieran comprometidos por el apoyo que recibieron por las personas o agrupaciones que financiaron mensajes, a su favor o en contra de su oponente.
- Por lo tanto, se considera una prohibición que persigue fines legítimos. En efecto, al pronunciarse sobre las normas legales que reproducen las reglas en estudio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aludido a su constitucionalidad a partir de la racionalidad de los objetivos de la norma²⁵.

En tal sentido, este Tribunal no observa que existan elementos normativos por los que pueda flexibilizarse la regla constitucional apuntada. Esto es, que para actualizar la **prohibición de contratar propaganda en radio y televisión** dirigida a **influir en las preferencias electorales** de la ciudadanía, **se exija que contenga un mensaje explícito o implícito a favor o en contra** de partidos políticos o de candidaturas a cargos de elección popular.

Para subsumir el supuesto constitucional, la Sala Superior ha considerado²⁶ que basta que la propaganda esté dirigida a influir en las preferencias electorales, existiendo la posibilidad de producir algún efecto en el destinatario, lo que se logra con la emisión de mensajes que constituyan propaganda política o electoral, sin que sea necesaria una expresión manifiesta de apoyo o rechazo respecto de un partido o una candidatura.

²⁵ Véase las acciones de inconstitucionalidad 56/2008 y 61/2008 y sus acumuladas

²⁶ Véase SUP-REP-131/2018.

La restricción constitucional no depende del contenido de la propaganda política-electoral en radio y televisión que se llegara a contratar.

De esa manera, es suficiente con que la propaganda contratada tenga naturaleza política-electoral, esto es, se dirija a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía, para que se actualice la prohibición constitucional, sin que se requiera que sea a favor o en contra de alguna candidatura o fuerza política en específico, porque es una limitación que se armoniza con los derechos humanos contemplados en la Carta Magna.

Por otra parte, Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., aduce que la Sala Especializada debió realizar una interpretación conforme del precepto constitucional y legal, e incluso pide a la Sala Superior realizar una interpretación extensiva de la restricción contenida en el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución, a la luz de la libertad de expresión.

El planteamiento **es inoperante**, toda vez que, al margen de lo ineficaz que resulta por las razones apuntadas, como se indicó, la Sala Especializada no aplicó ni interpretó tal precepto constitucional para establecer la sanción que impuso a la parte recurrente, ya que, se reitera, lo único que le reprochó fue que al difundir el promocional, sin contar con el consentimiento informado de la niña y los niños, se pusiera en riesgo su interés superior.

c. ¿El contenido del spot constituye propaganda electoral o está amparado en la libertad de expresión en materia política?

Planteamiento

La asociación civil Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., las publicistas Comercializadora Publicitaria TIK, S. A. de C.V., y Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., la concesionaria Televisa, S.A. de C.V., y Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., sustancialmente, refieren que el contenido del *spot* **está amparado en el derecho de libertad de expresión**, por tratarse de un mensaje neutro con fines educativos dentro del contexto del debate público, que no constituye propaganda electoral al no influir en las preferencias electorales, llamar al voto, favorecer a alguna fuerza política, incluir emblemas de partidos o coaliciones ni identifican candidaturas; por tanto, señalan que **no se actualiza la infracción al artículo 41**, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución.

Decisión

La Sala Superior considera que el planteamiento es **infundado**, porque del análisis del contexto y elementos objetivos del contenido del *spot* denunciado, se advierte el uso de frases tendentes a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía y, por tanto, se actualiza la infracción de contratación indebida de tiempos en radio y televisión, como se razona a continuación:

- El **promocional se intitula “¿Y si los niños fueran candidatos?”**. Esta distinción está vinculada directamente con el **contenido** central del promocional en torno al proceso electoral, al hacer alusión a *candidaturas* que son las formas de participación existentes en el marco de las campañas electorales. Además, el

mensaje hace reflexionar a la ciudadanía sobre qué sucedería si la niña y los niños participaran en las candidaturas de los procesos electorales.

- En el *spot* aparecen **una niña y cuatro niños**, que se presentan con los **nombres de Margarita, Ricardo, Pepe, Andrés y Jaime**, utilizan ropa semejante a la que los entonces candidatos y candidata vistieron en diversos eventos públicos, también realizan ademanes, gestos y el acento que son característicos (al identificarse como Jaime y Andrés tienen la intención de evocar la forma de hablar de Jaime Rodríguez Calderón y Andrés Manuel López Obrador).

- La niña y los niños dicen **frases que son fácilmente identificables con los entonces candidatos**, como: “Soy Ricardo, me gustaría una educación para lograr mis sueños, no los de los políticos”; Jaime, apunta: “Y quiero que la transformación educativa avance”. Así como la frase en inglés “*insulting and unacceptable*” (insultante e inaceptable, en español), dicha por el niño llamado Ricardo, la cual fue pronunciada públicamente por Ricardo Anaya Cortés²⁷. El niño que se llama Andrés pronuncia: “la magia del poder”, la cual es identificable con la denuncia pública que ha hecho Andrés Manuel López Obrador, en diversos medios de comunicación social, en relación con la supuesta existencia de una “mafia del poder” en la política mexicana²⁸.

- El niño “Pepe” utiliza las frases “*Yo Mero*” y “*No’mbre unos genios*” las cuales se encuentran relacionadas directamente con la campaña del candidato de la coalición “Todos por México”, José Antonio

²⁷ Esa frase ha formado parte de los spots que corresponden a su pauta en radio y televisión, como señaló la Sala Superior en la sentencia SUP-REP-131/2018

²⁸ Estos elementos en particular, sumados al acento con el que algunos de los niños hablan, permiten sostener razonablemente que, en la versión de radio del spot, también se les puede identificar con los candidatos.

Meade Kuribreña; y el niño “Andrés” utiliza las frases “*que no la tenga ni Obama*” y “*la magia del poder*”, las cuales son muy similares a las utilizó el entonces candidato de la coalición “Juntos Haremos Historia”, Andrés Manuel López Obrador, en su estrategia propagandística y que lo identifican, ya sea por ser expresiones empleadas en promocionales anteriores del partido político que lo postuló o alusiones a frases como “*la mafia del poder*”, que en el promocional que se analiza cambia la segunda palabra a “*magia*”.

- La temática del *spot* se centra en la reforma educativa, al expresar frases como: voz en *off* de un niño, señala “**piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa**”; voz en *off* que dice: “Mexicanos Primero”; también aparece el logo de la asociación y la leyenda: “**la educación de tus hijos no es negociable**”.

Por lo anterior, se considera que **no les asiste la razón a los recurrentes al señalar que el promocional es de carácter neutro y está amparado por la libertad de expresión.**

Ello, dado que el promocional en cuestión tiene la finalidad de presentar a cuatro niños y una niña que pueden ser identificados fácilmente con cada uno de los entonces candidatos y candidata a la Presidencia de la República y abordan la temática de la educación que estuvo en el debate político de los contendientes en el proceso electoral. Además, como lo sostuvo la responsable, este tópico formó parte de sus plataformas electorales²⁹, de ahí que el *spot* tenga contenido de carácter electoral.

De igual forma, las expresiones “*piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa*” y “*la educación de tus hijos no es*

²⁹ La Sala Superior sostuvo que esto resulta un hecho público y notorio en la sentencia SUP-REP-131/2018.

negociable”, para este Tribunal, implican una referencia al pasado proceso electoral y un llamado explícito a la ciudadanía para votar por las candidaturas que apoyen la transformación educativa.

La niña y los niños manifiestan o expresan deseos, peticiones o planteamientos, que están relacionados con la temática de la educación:

- “Ricardo”, señala que le gustaría una educación para lograr sus sueños, no los de los políticos y manifiesta que el hecho de que los maestros no se preparen es insultante e inaceptable.
- “Pepe”, manifiesta que quiere que sus maestros sean un ejemplo para todos y que se preparen como él.
- “Andrés”, refiere que quiere que a sus maestros les hagan exámenes, como se los hacen a ellos y manifiesta que quiere una educación que no la tenga ni Obama, agrega que *“la magia del poder es poder estudiar”*.
- “Jaime”, aduce que quiere escuelas con tecnología, que le enseñen inglés y que la transformación educativa avance, además de que quiere aprender a aprender.
- *“Margarita”*, expresa que quiere que el cambio en su escuela no se detenga y que sus maestros se preparen mejor.

Así, aun cuando las expresiones enunciadas que se utilizan en el *spot* se refieren al tema de la educación que comunican la existencia de una “transformación educativa” que debe seguir avanzando; este

tema central se construye empleando las expresiones que utilizaron los entonces candidatos en las campañas electorales y que fueron objeto de debate y críticas.

En efecto, el promocional refiere expresamente la petición de una niña (Margarita) que desea que el cambio en su escuela no se detenga; otro de los niños manifiesta que desea que la transformación educativa avance, lo que supone que ya existe un cambio en ese ámbito que debe continuar y progresar.

Adicionalmente, entre las peticiones de los niños, se advierten expresamente las siguientes: **a)** maestros mejor preparados; **b)** enseñanza del idioma inglés; **c)** escuelas con tecnología y **d)** exámenes a los maestros.

Para la **Sala Superior** es un hecho notorio³⁰, tal como lo determinó la Sala Especializada, que en las plataformas electorales y en las propuestas de las candidaturas presidenciales, la educación fue un aspecto que se abordó en la discusión política del proceso electoral, lo que robustece la consideración en la que se aduce que el promocional refiere temas del debate político entre las entonces candidaturas a la Presidencia de la República.

En ese contexto, se debe destacar que el contenido del promocional que alude a la educación, *per se*, no constituiría propaganda política que esté en la prohibición mencionada del artículo 41 constitucional. Sin embargo, en el caso, dadas las características, frases y contexto, al haberse transmitido en época electoral, aludiendo a los

³⁰ De conformidad con el artículo 15, párrafo 1, de la Ley de Medios, en relación con la jurisprudencia 74/2006, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro "HECHOS NOTORIOS. CONCEPTOS GENERAL Y JURÍDICO", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXIII, junio de 2006, página 963, registro IUS: 1000477.

nombres de los entonces candidatos, haciendo uso de las frases que utilizaron, gestos y acentos al hablar, aunado a la expresión: “*piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa*”, la Sala Superior considera que el promocional sí tiene contenido político-electoral.

Las razones expuestas conducen a desestimar lo aducido por las recurrentes al señalar que el promocional no influye a favor o en contra de una opción política, porque la circunstancia de que **no contenga manifestaciones expresas a favor o en contra de determinado partido político** o candidato, lo cierto es que el contenido tiende a incidir en las preferencias electorales de los ciudadanos, supuesto que está prohibido expresamente por la norma constitucional.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la **expresión del promocional** denunciado, “*piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa*”, pudo incidir en el proceso electoral, primero, porque se emplea la palabra “elige”, término de uso común en un proceso comicial, tal locución va unida a la frase “al candidato, que especifica a un determinado proyecto”, seguido de la expresión “que apoye la transformación educativa”, es decir, al candidato que esté de acuerdo con ese suceso, de ahí que existan **elementos objetivos** para advertir la finalidad de influir en las preferencias electorales, más aún si del análisis del contexto, resulta un hecho público y notorio que sólo uno de los entonces candidatos hizo pública la inconformidad con la reforma educativa implementada por el actual gobierno.

De esa forma, se presentan mensajes explícitos para promover el voto por quienes apoyen el proceso de “transformación educativa”

que se debe continuar, que la niña y los niños manifiestan que no se detenga, la cual, de acuerdo con el contenido del promocional, consiste en que se apliquen exámenes a los maestros, el uso de tecnología en las escuelas, maestros mejor preparados y la enseñanza del idioma inglés.

Adicionalmente, la última frase **“la educación de tus hijos NO ES NEGOCIABLE”**, también alude al proceso electoral, debido a que una lectura plausible sería la de rechazo a cualquiera de las candidaturas que no esté de acuerdo con las ideas de la transformación educativa que se enuncian en el promocional, o bien, que pretenda o proponga negociar los términos de esa transformación.

En estas circunstancias, con independencia de si alguna de las entonces candidaturas se hubiera visto beneficiada o perjudicada con el promocional, el mensaje que se transmitió contiene elementos explícitos encaminados a lograr que los ciudadanos votaran o eligieran una opción específica, a saber: la que apoye la transformación educativa que propone el promocional y que se encontraba en marcha.

Por tanto, el promocional estaba dirigido a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía del pasado proceso electoral.

d. Otros agravios

d.1 ¿El promocional se identifica con la naturaleza de la asociación civil?

Planteamiento

Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., y Televisa, S.A. de C.V, aducen fundamentalmente que no se actualiza la infracción al artículo 41 constitucional, porque la temática del *spot* es la educación, la cual es de interés general y se identifica con la naturaleza de la asociación civil, por lo que no pretendía influir en las preferencias electorales.

Decisión

Deben desestimarse los agravios, porque con independencia de que las recurrentes señalen que el spot tiene fines educativos y que se identifica con la naturaleza de asociación civil, también contiene frases de naturaleza directa y abiertamente electoral, lo cual es suficiente para vulnerar la prohibición constitucional consistente en que personas morales contraten tiempos en radio y televisión para difundir propaganda tendente a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos³¹, lo que en modo alguno atenta contra la libertad de expresión e información.

Aunado a que, como se indicó, la aparición de la niña y los niños con los nombres de los entonces candidata y candidatos, la utilización de las expresiones que dijeron en sus campañas, la evocación de sus personalidades y la expresión que invita a elegir a la opción que apoye la “transformación educativa”, dan al promocional el carácter de propaganda tendente a incidir en la voluntad de los ciudadanos y no exclusivamente respecto de una temática propiamente educativa.

d.2 ¿Es aplicable el criterio que se adoptó al revisar el spot denominado “Niños Incómodos”?

³¹ Criterio que es congruente con el dictado de las medidas cautelares en el SUP-REP-131/2018.

Planteamiento

Mexicanos Primero Visión 2030, A.C. y Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V. aducen que la Sala Especializada dejó de tomar en cuenta el criterio del Instituto Nacional Electoral al resolver las medidas cautelares del *spot* denunciado, mientras que Televisa, S.A. de C.V., señala que debió seguirse el criterio del Instituto mencionado al resolver sobre el *spot* de 2012, denominado “Niños Incómodos”.

Decisión

Los planteamientos son **inoperantes**, en primer lugar, porque la Sala Superior es la máxima autoridad en la materia electoral que tiene, entre otras, la atribución de revisar que los criterios adoptados por el Instituto Nacional Electoral se apeguen a la ley y a la Constitución. Incluso, la Sala Superior³² revisó el acuerdo de medidas cautelares y lo revocó, al considerar, bajo la apariencia del buen derecho, que debía suspenderse la difusión del *spot* denunciado. De ahí que se estime que los recurrentes parten de una premisa inexacta.

En segundo lugar, en el caso del *spot* denominado “Niños Incómodos”, aparecieron niñas y niños que escenificaron diversos problemas de nuestro país, por ejemplo: corrupción, crimen organizado, contaminación, impunidad, grupos de choques, secuestros, tráfico de personas, entre otros. Asimismo, en el referido promocional se hacía un reclamo social señalándose *“si este es el futuro que me espera, no lo quiero. Basta de trabajar por sus*

³² SUP-REP-131/2018

partidos y no por nosotros. Basta de arreglar el país por encimita. Doña Josefina, don Andrés Manuel, don Enrique, don Gabriel: se acabó el tiempo, México ya tocó fondo ¿sólo van a ir por la silla o van a cambiar el futuro de nuestro país?”.

Al respecto, el Instituto Nacional Electoral precisó que del análisis del *spot* no se apreciaba que fuera tendente a influir en las preferencias electorales.

A diferencia del caso que nos ocupa, el promocional “¿Y si los niños fueran candidatos?” sí tiene elementos objetivos y suficientes para ser considerado propaganda electoral tendente a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos. Específicamente, se hace referencia a que apoyen a la opción política que se decanta por la transformación educativa que está en marcha.

d.3 ¿Se puede calificar de ilegal una conducta a partir de la interpretación del operador jurídico?

Planteamiento

Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., aduce que no se le puede reprochar la conducta cuando la ilegalidad del *spot* surge por la interpretación que realizó el operador jurídico.

Decisión

No asiste razón a la recurrente, toda vez que el operador jurídico está autorizado para interpretar el contenido del *spot* a fin de determinar si del análisis objetivo y contextual se advierten

elementos que le otorgan el carácter de propaganda política electoral, tendente a influir en las preferencias de la ciudadanía para el sufragio, a fin de observar la Constitución y la Ley.

De manera que, para el análisis del spot se tomó en cuenta el contexto de su emisión, esto es, que en las plataformas electorales y propuestas de las candidaturas presidenciales, la educación fue un aspecto que se abordó en la discusión política del pasado proceso electoral.

El promocional se difundió durante el periodo de campaña, se hizo alusión a los nombres de los entonces candidatos, se replicaron sus frases, gestos y acentos al hablar y, fundamentalmente, se utilizó la expresión: **“piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa”**, por lo cual, se advierte de manera objetiva que el promocional sí tiene contenido político-electoral, porque se pidió a los espectadores reflexionaran sobre una propuesta de educación, para que eligieran una candidatura a la Presidencia de la República que la impulsara.

De ahí que, la calificación del *spot* de índole electoral surge como resultado de examinar los **elementos objetivos y contextuales** que arroja su contenido, lo que permite llegar a la convicción que se dirigió a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía y, por tanto, que se vulneró la referida porción normativa del artículo 41 constitucional.

d.4 ¿Debe atenderse la buena fe y presunción de inocencia?

Planteamiento

Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., afirma que actuó de *buena fe* y que debió aplicarse a su favor el principio de *presunción de inocencia*, como una excluyente de responsabilidad.

Decisión

No asiste razón a la recurrente, porque en la especie la intencionalidad con que se hubiera realizado el spot —buena fe— no la deslinda de la responsabilidad por haber infringido lo previsto en el artículo 41 constitucional. Además, tampoco aplica el principio de presunción de inocencia, debido a que a través de medios de prueba se tuvo por acreditada la contratación y difusión del *spot* con contenido electoral.

La *buena fe* es la presunción de que una persona actúa conforme a derecho, esto es, que su conducta es honesta, diligente y correcta, que excluye toda intención maliciosa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la buena fe es importante para resolver problemas jurídicos, sin embargo, es inadmisibles cuando la postura se fundamente invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones³³.

En la especie, aun cuando la recurrente hubiera actuado de *buena fe* al participar en la contratación y difusión del promocional denunciado, ello no la exime de haber cuidado su contenido, a fin de evitar que pudiera repercutir en las preferencias electorales.

³³ Resulta orientador la Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (extinta Tercera Sala), publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXXII, visible en la página 353, que establece: "BUENA FE, PRINCIPIO DE. Siendo la buena fe base inspiradora de nuestro derecho, debe serlo, por tanto, del comportamiento de las partes en todas sus relaciones jurídicas y en todos los actos del proceso en que intervengan."

Por tanto, aun cuando la sala responsable dejó de pronunciarse expresamente sobre la *buena fe*, ello no libera a los sujetos involucrados de la infracción cometida en contravención a lo que previene el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Federal, ya que se demostró que la asociación civil participó en la operación de contratación (compraventa) de tiempos en radio y televisión para transmitir un spot de contenido político electoral.

Ahora, respecto a la ***presunción de inocencia***, consagrado en el artículo 20, de la Constitución Federal, así como en los artículos 14, Apartado 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, Apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona acusada de la comisión de un ilícito tiene derecho a ser considerada y tratada como inocente, en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad.

Este derecho es aplicable y debe observarse en los procedimientos sancionadores en materia electoral, tal y como ha sostenido este Tribunal Electoral en la Jurisprudencia 21/2013, de rubro: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DEBE OBSERVARSE EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES ELECTORALES.³⁴

Además, ese principio, exige a las autoridades comprobar plenamente la comisión de una conducta prohibida para ejercer su facultad punitiva,³⁵ ya que están jurídicamente imposibilitadas para imponer sanciones cuando no exista prueba que demuestre plenamente su responsabilidad.

³⁴Consultable en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 6, Número 13, 2013, páginas 59 y 60.

³⁵ Resulta aplicable al caso la Jurisprudencia de rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA". Consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, página 478.

Bajo esa lógica, el principio de *in dubio pro reo* es una manifestación de la presunción de inocencia, que obliga a absolver de duda sobre la culpabilidad o responsabilidad del denunciado.

En la especie, de la resolución controvertida se desprende que la responsable tuvo por acreditada la existencia, contenido, contratación y difusión en televisión de un spot con elementos político-electorales, de acuerdo con el acta circunstanciada de la autoridad instructora, sobre los vínculos proporcionados por la Dirección de Prerrogativas (en los que constan los testigos de grabación del material denunciado).

Además, con los contratos relativos a la operación de contratación (compraventa) celebrada por Mexicanos Primero Visión 2030 con Televisa, a través de Uno y Medios Publicidad México, para la difusión en televisión del spot de contenido político electoral, se actualiza la infracción prevista en el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Federal.

Por tanto, en el caso no es aplicable el principio de **presunción de inocencia**, ya que con las constancias que obran en autos sí se demostraron los hechos denunciados.

d.5 ¿La prohibición de terceros para contratar propaganda electoral contempla a los cines?

Planteamiento

Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., aduce que la prohibición prevista en el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la

Constitución Federal, de contratar tiempos es exclusiva de propaganda difundida en radio y televisión, no en cines.

Decisión

Es **inoperante** el agravio, tomando en cuenta que la Sala Especializada únicamente sancionó a Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., por poner en riesgo el interés superior de la niñez, al exponer la imagen de una niña y cuatro niños en la difusión de un *spot* con fines electorales, sin contar con su consentimiento informado, y no por la transgresión a la disposición constitucional invocada.

En efecto, la sala responsable razonó que no existe prohibición constitucional para que las personas morales contraten propaganda electoral en medios diversos a radio o televisión, como en el caso, los *cineminutos*, ya que tal norma no incluye a los cines, por lo que no se actualiza la infracción para Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., (aspecto que no está controvertido y, por tanto, queda firme).

En ese sentido, la recurrente **parte de la premisa inexacta** de que indebidamente se le sanciona por vulnerar el interés superior de la niñez, al no demostrarse que el promocional es de contenido electoral, porque, como se precisó, sí tiene elementos que inciden en las preferencias electorales.

d.6 ¿Existió dilación en la sustanciación de la queja?

Planteamiento

La recurrente Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., afirma que la Unidad Técnica dilató excesivamente la sustanciación de la queja

(53 días), cuando al ser un procedimiento especial debió ser expedita.

Decisión

El planteamiento es **inoperante**, porque no se advierte de qué manera esa dilación trasciende a las consideraciones de la sentencia recurrida. Ello, porque con independencia del retraso en que pudo haber incurrido la Unidad Técnica del Instituto Nacional Electoral, no puede estimarse que tenga un impacto en la forma que pretende la recurrente.

El principio de tutela judicial efectiva implica que el Estado imparta justicia de manera pronta, expedita y suficiente, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 17, de la Constitución General y en los artículos 8, apartado 1 y 25, apartados 1 y 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, aun cuando la autoridad debe actuar con la mayor celeridad posible en la investigación y sustanciación del procedimiento especial, no se aprecia que con motivo de la dilación imputada se hubiera materializado algún perjuicio a la recurrente.

Además, la inconforme se limita a manifestar en forma genérica que la Unidad Técnica se excedió en la sustanciación del procedimiento, sin considerar que se agotó una cadena impugnativa contra las medidas cautelares, se desahogaron diligencias, se ordenó el emplazamiento a las partes, se celebraron las audiencias de pruebas y alegatos y se remitió el expediente a la Sala Especializada para su resolución.

d.7 ¿La sentencia es exhaustiva?

Planteamiento

Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., afirma que la Sala Especializada dejó de estudiar sus alegatos y las constancias que obran en el expediente.

Decisión

El agravio es **inoperante**, porque la recurrente omite precisar cuál alegato, argumento o constancia no tomó en consideración la responsable al emitir la resolución controvertida, que pudiera implicar un cambio en su decisión o trascender en el estudio de la controversia planteada, dado que los agravios deben ser de tal entidad que ameriten un pronunciamiento específico en virtud de encontrarse estrechamente vinculados con la *litis*, lo que no ocurre en la especie.

Apartado A.2 Riesgo al interés superior de la niñez

1. Materia a resolver

¿Se debe reprochar a las personas morales la falta de recabar el consentimiento informado de la niña y los niños que aparecen en el promocional?

2. Planteamiento

Las recurrentes afirman, sustancialmente, que es inexistente la infracción consistente en poner en riesgo el interés superior de la

niñez, porque consideran que la niña y los niños que aparecen en el promocional denunciado otorgaron el consentimiento informado.

3. Decisión

La Sala Superior considera que en el caso de propaganda pagada 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. Además, del análisis contextual y de los elementos que obran en autos se presume el consentimiento informado, tal como se explica a continuación.

4. Marco normativo

a. Interés superior de la niñez

El artículo 1, párrafo 3, de la Constitución Federal, contempla la obligación de **todas las autoridades en el ámbito de su competencia** de promover, respetar, proteger y garantizar la protección más amplia de los derechos humanos, entre los que se encuentran los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

El artículo 4º, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la obligación del Estado mexicano de velar por el interés superior de la niñez; para lo cual, deberá garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, como alimentación, salud, educación y el sano esparcimiento para su desarrollo integral. Asimismo, tienen derecho a buscar, recibir y difundir información, participar y expresar su opinión libremente, así como exigir el respeto a su imagen, honor, intimidad y datos personales, entre otros.

Por su parte, el artículo 19, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que todo niño y niña tienen derecho a las medidas de protección que, por su condición requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

El citado precepto ha sido interpretado por la Corte³⁶ y la Comisión³⁷, ambas Interamericanas de Derechos Humanos, en el sentido de otorgar una protección especial para personas que la necesitan por su desarrollo físico y emocional, lo cual implica conciliar dos realidades de la niñez: **a)** el reconocimiento de su capacidad racional y de su autonomía progresiva y **b)** el reconocimiento de su vulnerabilidad, atendiendo a la imposibilidad material de satisfacer, por sí mismo, sus necesidades básicas.

En similar sentido, el artículo 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece la obligación para las autoridades de los Estados partes de dar una consideración primordial al interés superior en las medidas concernientes a la niñez. Para ello, se tomarán en cuenta los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables ante la Ley y, con ese fin, se adoptarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Estas directrices deberán guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez, a fin de asegurar su pleno desarrollo, tomando en cuenta su edad y madurez.

³⁶ Criterio sostenido en la Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

³⁷ Criterio visible en Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas OEA/ser.L/V/II. 13 de julio de 2011.

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General 5, en las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁸, interpretó el artículo 3, en el sentido de que todos los órganos o instituciones legislativas, administrativas y judiciales atenderán el principio del interés superior la niñez, para lo cual estudiaran cómo se afectan los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la toma de las decisiones y las medidas adoptadas.

De acuerdo con el Comité de Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, **la evaluación del interés superior de la niñez es una actividad singular que debe realizarse en cada caso**, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del niño o niña, esto es, la edad, sexo, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, entre otras.

Conforme a esa normativa internacional, no deben apreciarse como una limitación, sino como una obligación para los Estados evaluar la capacidad del niño o de la niña de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible, lo que significa que no pueden partir de la premisa de que sean incapaces de expresar sus propias opiniones. Al contrario, deben partir de que cuentan con capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer su derecho a expresarlas; de ahí que de ningún modo corresponda cuestionarlo.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁹ determinó que el principio de interés superior de la niñez implica la protección de los derechos a través de medidas reforzadas o agravadas **en todos los ámbitos que estén relacionados directa o**

³⁸ CDN. Observación General No. 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003.

³⁹ Criterio sostenido al resolver la acción de inconstitucionalidad 8/2014, cuyas consideraciones dieron origen a la jurisprudencia P/7/2016 intitulada "INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES". Consultable en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2012/2012592.pdf>.

indirectamente con ellos, ya que sus intereses deben salvaguardarse con una mayor intensidad, por lo que los juzgadores deben realizar un escrutinio más estricto en la aplicación de normas que puedan incidir en sus derechos.

La Primera Sala del Alto Tribunal ha señalado que el interés superior de la niñez es un criterio rector para la elaboración de normas y su aplicación en los casos sometidos a estudio de los órganos jurisdiccionales⁴⁰.

En semejantes términos, la Sala Superior ha establecido que “el interés superior de la niñez es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño o a una niña en algún caso concreto o que pueda afectar los intereses de aquéllos, lo cual demanda de **los órganos jurisdiccionales y administrativos la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida relativa ante situaciones de riesgo**”⁴¹.

b. Interés superior de la niñez en materia electoral

Los principios de progresividad y del *interés superior de la niñez*, contenidos en los artículos 1º y 4º, de la Constitución Política Federal, hacen factible que las autoridades puedan adoptar reglas o medidas específicas orientadas a la protección de los derechos e intereses de la niñez.

⁴⁰ Criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario judicial de la Federación, cuyo registro es 159897.

⁴¹ Criterio sostenido al resolver el expediente SUP-REP-38/2017, SUP-REP-60/2016 y SUP-REP-36/2018.

De manera que, cuando se trata de niñas, niños y adolescentes, el Estado debe velar por el respeto al derecho a su imagen y, para tal fin, cuando se utilice para publicidad debe estar sujeta a ciertos requisitos en beneficio a su derecho a la dignidad e intimidad, debido al interés superior.

En México, se expidió la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para proteger el interés superior de la niñez, que en su artículo 78⁴², dispone, en lo que interesa, que cualquier medio de comunicación que difunda *entrevistas* a niñas, niños y adolescentes, deberá recabar el consentimiento por escrito o por cualquier otro medio, de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, así como la opinión de las niñas y los niños, incluyendo aquella que tenga carácter informativo a la opinión pública o de noticia que permita identificarlos y que atenten contra su honra, imagen o reputación.

La Sala Superior⁴³, como máxima autoridad en la materia electoral, ha interpretado los artículos 1º, 4º y 41, de la Constitución Federal con el citado 78, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, con los atributos de la personalidad precisados en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido de que **si**

⁴² 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

[...]

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.

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”.

⁴³Véase el SUP-REP-60/2016.

en los medios de comunicación se recurre a imágenes de niñas, niños y/o adolescentes como recurso propagandístico y parte de la inclusión democrática, deben resguardarse ciertas garantías, como la existencia del consentimiento por escrito o cualquier otro medio, de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, así como la opinión de aquéllos.

Lo anterior, a fin de resguardar el derecho a la dignidad, intimidad y honor, en virtud de que no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, imagen, familia, domicilio o correspondencia; tampoco de divulgaciones o difusiones ilícitas de sus datos personales, que permita identificarlos y que atenten contra su honra, imagen o reputación.

De manera que, se consideró que cuando en promocionales que inciden en el debate político o en procesos deliberativos de decisión política participen niños, niñas y/o adolescentes, las autoridades electorales deben garantizar el pleno respeto y protección de sus derechos.

Asimismo, se ha considerado que no resulta necesario probar que el acto o conducta esté generando un daño a los derechos de las niñas, niños y/o adolescentes, basta que el derecho que se debe tutelar se coloque en una situación de riesgo⁴⁴.

Para ese efecto, la Sala Superior ha sustentado en la Jurisprudencia 5/2017, de rubro: “PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CUMPLIRSE CUANDO SE

⁴⁴ Resulta orientador el criterio contenido en la tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “DERECHOS DE LOS NIÑOS. BASTA QUE SE COLOQUEN EN UNA SITUACIÓN DE RIESGO PARA QUE SE VEAN AFECTADOS”, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, marzo de 2014, Tomo I, página 538.

DIFUNDAN IMÁGENES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”, que el derecho a la imagen de esas personas está vinculado con el derecho a la intimidad y al honor, que pueden resultar eventualmente lesionados a partir de su difusión en los medios de comunicación social, por lo que al usarse su imagen como recurso propagandístico y parte de la inclusión democrática, deben cumplirse ciertos requisitos mínimos para garantizar sus derechos, como 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 en función de la edad y su madurez.**

Esto es, como requisito para la aparición de su imagen en propaganda política electoral es que medien: (i) el permiso de los padres y (ii) el consentimiento informado de la niña, niño y/o adolescente, según se trate.

c. Interés superior de la niñez: consentimiento por cualquier medio

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 citada 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.

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.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

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 imagen, y no se utilice o lucre con ella sin haber opinado al respecto, pudiendo ser que no coincidan con lo que sus padres o tutores deseen.

En segundo lugar, a efecto de que conozcan las consecuencias de que su imagen se difunda masivamente en medios como la radio o la televisión 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 básicas⁴⁵.

⁴⁵ Véase CIDH. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.LV/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*

5. Análisis del caso concreto

En el caso, la Sala Superior considera que, de acuerdo con los medios de prueba que obran en el expediente y del contexto del asunto, existen elementos que permiten presumir que los niños y la niña que aparecen en el promocional contaron con información para aceptar su participación en el spot denunciado.

Lo anterior, considerando que su intervención implicó una caracterización de una persona pública, que ostenta una candidatura en pleno proceso electoral; que en la dramatización se representan actitudes de tales personajes 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; y que, por tanto, fueron válidamente informados de quiénes eran tales personajes y cuáles era sus rasgos más característicos.

Ello, aunado a la existencia del consentimiento de los padres, del formato en video en el que se difundió el promocional —grabación editada— y que no se aprecia reclamación o queja por parte de los padres, tutores o de los propios niños participantes, lo que permite presumir que existió su consentimiento informado.

Además de que no se trata del uso arbitrario de su imagen o voz para efectos proselitistas, o de alguna otra conducta que permita generar la convicción de que no existió dicho consentimiento.

del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Argentina. CRC/C/15/Add. 187, 9 de octubre de 2002, párrafos 15, 40 y 6.

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.

En cuanto a los Lineamientos Generales para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes en Materia de Propaganda y Mensajes Electorales emitidos por el Instituto Nacional Electoral, cabe señalar que no imponen obligaciones a personas físicas o morales distintas a los partidos políticos, candidatos, coaliciones o autoridades electorales federales y locales, en lo concerniente al respeto de los derechos de la infancia.

Por 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 acreditarlo⁴⁶.

En este sentido, la Ley General 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 78, es decir, el consentimiento por escrito o cualquier otro medio, de

⁴⁶ 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.”*

quienes ejerzan la patria potestad o tutela de los niños y la niña, **así como la opinión** de éstos últimos⁴⁷.

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 su aplicación, en el ámbito de sus competencias, para garantizar la protección del interés superior de la niñez respecto del contenido de promocionales pautados por sujetos que, en principio, no entran en el ámbito de las autoridades electorales administrativas o jurisdiccionales.

En este sentido, a partir del contenido de un promocional 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 Instituto Nacional Electoral que establecen un formato para acreditar el consentimiento— se deben aplicar de la misma forma a todas las personas —físicas o morales— 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 citados Lineamientos, estimó que “no se advierte en los autos que

⁴⁷ 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 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.**”

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

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 la niña y 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 acreditarlo, ni la Jurisprudencia 5/2017 para este tipo de casos —distintos a los pautados por la autoridad electoral—.

Así, 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, por lo que para el cumplimiento de obtener la opinión informada de la niña y los niños no es procedente exigirla por escrito, sino que basta que la opinión se advierta de indicios que resulten de los medios de prueba que obren en el expediente, ya que exigir a un sujeto no regulado por la normativa electoral, el cumplimiento de directivas específicas no previstas para reglamentar su ámbito ordinario de acción, resultaría injustificada.

En ese sentido, como se adelantó, se considera **fundado** el agravio relativo a que la Sala Regional no debió exigir la opinión por escrito o a través de un documento de la niña y los niños que participaron en el promocional, toda vez que existe la presunción de que fueron informados de su intervención en el promocional.

Por tanto, contrario a lo que arribó la Sala Especializada, es inexistente la infracción, porque no se advierte que se hubiera puesto en riesgo el interés superior de la niñez.

Resulta innecesario el estudio del resto de los agravios hechos valer sobre el particular, por haber alcanzado las recurrentes su pretensión.

Apartado B. Responsabilidad por infringir el artículo 41 constitucional

a. ¿La asociación civil es responsable por contratación indebida de tiempos en radio y televisión?

Planteamiento

Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., aduce que no se le puede atribuir responsabilidad por la difusión de un promocional que no constituye propaganda electoral, porque el *spot* “¿Y si los niños fueran candidatos? es de corte educativo y está amparado por la libertad de expresión.

Decisión

Es **infundado** el agravio, porque quedó acreditado que infringió la prohibición constitucional de contratar espacios en radio y televisión, para difundir propaganda dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos fuera de los tiempos otorgados por el Instituto Nacional Electoral y, en el caso, de las constancias de autos se observa que la asociación civil participó en la operación de

contratación de espacios en uno de esos medios de comunicación para difundir el spot materia de análisis.

Demostración

En efecto, la Constitución General, en su artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, que se replica en el artículo 159 de la Ley General, contiene la **prohibición de contratar** o adquirir tiempos o propaganda en radio o televisión: a) a los partidos políticos y a los candidatos, por sí o a través de terceros; y b) **a cualquier persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, y les prohíbe contratar propaganda.**

Según se evidenció a través del marco jurídico detallado en la presente ejecutoria, la Sala Superior ha considerado⁴⁸ que los concesionarios de radio y televisión se encuentran impedidos para difundir imágenes o audios en los promocionales comerciales que, en su caso, tengan elementos tendentes a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, mediante la divulgación de alguna propuesta o ideología, fuera de los tiempos pautados por la autoridad electoral administrativa.

Lo anterior, porque este tipo de propaganda deviene ilícita, ya que se realiza al margen de la facultad conferida en el texto constitucional al Instituto Nacional Electoral, de fungir como la autoridad única para la administración del tiempo que corresponde al Estado, destinado para sus propios fines y al ejercicio del derecho de los partidos políticos, circunstancia que de actualizarse puede poner en riesgo los principios constitucionales y legales que rigen la materia electoral.

⁴⁸ Véase SUP-REP-426/2015

Para fincar responsabilidad a la recurrente por la indebida contratación de tiempos de radio y televisión, basta que se demuestre la participación en la operación de contratación (compraventa) de propaganda con contenido político o electoral, que se difunda en radio y televisión fuera de los tiempos del Estado administrados por el Instituto Nacional Electoral.

En la especie, de las constancias de autos está acreditada esa circunstancia.

Cabe precisar que no es materia de controversia por las partes:

- La existencia y contenido del promocional cuestionado.
- Que Mexicanos Primero Visión 2030, A.C, es la titular del promocional denunciado y responsable de su confección y difusión en medios de comunicación.
- Que el promocional se difundió, entre otros, en radio y televisión, por parte de TV Durango, S.A. de C.V., Stereorey México y Televisora XHBO, S.A. de C.V., WEIW, S. A., Televisa, S.A. de C.V. y La Purísima, S.A. de C.V.

De manera que, como lo determinó la Sala Especializada, está acreditado que la asociación civil Mexicanos Primero Visión 2030, es la titular del promocional al haber participado en la operación de contratación del espacio de radio y televisión para difundir el spot.

Ello, aun cuando la operación la hubiera celebrado con la empresa intermediaria Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V.,

porque esa circunstancia no la exime de responsabilidad, pues bien pudo deberse a una estrategia diseñada para evadir la prohibición constitucional.

Así, es conforme a Derecho que la Sala Especializada determinara que la asociación civil Mexicanos Primero Visión 2030, es **responsable** de infringir la disposición constitucional, ya que participó en la operación de contratación (compraventa) de espacios en radio y televisión para difundir el promocional con contenido político electoral.

En ese sentido, **tampoco le asiste la razón** a la recurrente cuando aduce que el *spot* está amparado en la libertad de expresión, porque, como se explicó, el contenido del promocional tiene elementos tendentes a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía y, por tanto, se ubica en la restricción constitucional.

b. ¿Las intermediarias son responsables de infringir el 41 constitucional?

Planteamiento

Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., afirma que no se le puede atribuir responsabilidad respecto del contenido ni de los impactos que tuvo el *spot* en los medios de radio y televisión, ya que únicamente **fungió como intermediaria** entre Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., y las concesionarias. Aunado a que su relación contractual con la asociación civil está amparada en su derecho de libertad comercial.

Decisión

La Sala Superior considera que **no le asiste la razón** a la recurrente, porque con independencia de su forma de participación en la conducta sancionada —desarrolladores, editores, intermediarios, etcétera—, la normativa electoral es aplicable a todos aquellos que difundan propaganda política o electoral fuera de los tiempos del Estado que administra el Instituto Nacional Electoral y, en el caso, está acreditado que aquélla participó en la operación de contratación (compra-venta) de los espacios de televisión para difundir un spot con contenido electoral.

Demostración

Como se señaló, la Sala Superior ha considerado que la radio y la televisión son actividades de orden público y que las personas morales, los concesionarios o permisionarios tienen que respetar el marco jurídico electoral relacionado con la propaganda ilícita, para evitar que se les responsabilice, sin que esto implique que se constituyan en censores de la libertad de expresión⁴⁹.

Al respecto, este Tribunal considera que el mandato constitucional no está referido única y exclusivamente para las televisoras y radiodifusoras, sino a toda persona física o moral, por sí o a través de **terceros**, que contrate o adquiera tiempos en radio y televisión con la finalidad de influir en las preferencias electorales.

En ese sentido, no solo las personas que produzcan el promocional, sino también quienes funjan como intermediarios, esto es, aquellos que participan en la operación de compraventa de tiempos en radio y televisión para difundir promocionales con contenido político

⁴⁹ SUP-RAP-24/2011, SUP-RAP-26/2011, SUP-RAP-27/2011 y SUP-RAP-32/2011 acumulados.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

electoral, resultan responsables y deben observar la prohibición constitucional.

En la especie, consta en autos el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre Mexicanos Primero Visión 2030, A.C. con Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., respecto de la pauta publicitaria en Televisión, concretamente con Televisa, del spot “Hablemos de Educación” o también conocido como “¿Y si los niños fueran candidatos?”⁵⁰.

De lo anterior, se observa que Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V, participó en la operación de compraventa de espacios en radio y televisión para difundir en televisión un spot con contenido político electoral.

Por tanto, la recurrente al haber sido intermediaria en la contratación de tiempos en radio y televisión **también es sujeto obligado** a observar el marco constitucional y legal en materia electoral, por lo que la forma en que intervino en la contratación de tiempos en radio y televisión fuera de los pautados por la autoridad electoral no es una excluyente de responsabilidad, ya que implicaría consentir una violación al orden constitucional.

Por otra parte, Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., sostiene que la Sala Especializada acreditó que la única responsable de la confección y difusión del promocional en todos los medios denunciados fue Mexicanos Primero Visión 2030, A.C, por lo que resulta excesivo pretender que, en su calidad de intermediaria, audite el contenido del material que proyecta para decidir si es

⁵⁰ Contrato celebrado el 23 de abril de 2018, para una pauta del 27 de abril al 13 de mayo, con un total de 201 spots y 557.17 Trp's, por una contraprestación de \$12'729,247.00. Contrato visible en el folio 508 del expediente principal SRE-PSC-159/2018.

discriminatorio, políticamente correcto, moralmente adecuado, etc., lo cual, además, constituiría censura previa.

El planteamiento es **inoperante**, porque parte de la premisa inexacta al considerar que se infringió la porción normativa del citado artículo 41 constitucional, cuando, se insiste, la Sala Especializada únicamente la sanciona porque puso en riesgo el interés superior de la niñez, al difundir en las salas de cine el promocional con contenido electoral sin contar con el consentimiento informado de la niña y los niños.

c. ¿Se vulnera la libertad de comercio de la intermediaria?

Planteamiento

Uno y Medio Publicidad México, S. de R. L. de C.V., sostiene que el hecho de que la autoridad responsable lo hubiere sancionado inhibe su **libertad de comercio** prevista en el artículo 5 constitucional, toda vez que su participación en las conductas denunciadas, únicamente se limitó a la de fungir como intermediaria para la difusión del *spot* denunciado, lo cual es una actividad comercial acorde a su objeto social.

Asimismo, plantea que su relación contractual con la asociación civil Mexicanos Primero Visión 2030, es conforme a Derecho porque el objeto del acuerdo de voluntades es lícito y no contraviene el artículo 41, de la Constitución General, debido a que el contenido del *spot* es de carácter neutral, por lo que no constituye propaganda electoral.

Decisión

La Sala Superior considera que **no asiste razón a la recurrente**, ya que, como se ha sostenido en la presente ejecutoria, todas las personas físicas y/o morales son sujetos obligados a respetar la prohibición constitucional prevista en el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución, sin que ello implique una transgresión a la libertad de comercio, porque constituye una restricción válida.

El artículo 5 constitucional, señala que a ninguna persona se le puede impedir que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, salvo que se hubiere vedado por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

Sirve de apoyo a lo anterior la tesis P. XXIX/2009, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "RADIO Y TELEVISIÓN EN MATERIA ELECTORAL. EL ARTÍCULO 49, PÁRRAFO 3, DEL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES EN CUANTO REGULA LA CONTRATACIÓN O ADQUISICIÓN DE TIEMPOS EN ESOS MEDIOS NO TRANSGREDE LAS LIBERTADES DE COMERCIO, EXPRESIÓN E IMPRENTA".

En ese sentido, la **Sala Superior considera que la infracción** atribuida a Uno y Medio Publicidad México, S. de R.L. de C.V., **no se encuentra amparada por el ejercicio del derecho de libertad comercio**, ya que la Constitución Federal establece una prohibición a terceros para contratar y difundir propaganda electoral, la cual protege el principio de equidad en la contienda.

Más, cuando se demostró que el promocional constituye propaganda político-electoral, al tener elementos relacionados con el proceso electoral 2017-2018, tendentes a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía, así como por haberse acreditado la existencia de una relación contractual entre la aquí recurrente y Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., con el objeto de fungir como intermediaria para la difusión del *spot*.

d. ¿La televisora es responsable de la contratación indebida?

Planteamiento

Televisa, S.A. de C.V., afirma que no es responsable de infringir el artículo 41, constitucional, porque el promocional que difundió es de contenido neutral al no apoyarse o refutar propuestas de campaña, no tener elementos explícitos para el llamado al voto, ni se advierte emblema de un partido político o nombre de un candidato, sino que busca posicionar el derecho que tienen los niños a la educación, por lo cual, exigirle que previo a la transmisión del mensaje determine si constituye propaganda política electoral es censura.

Decisión

No le asiste la razón a la recurrente, toda vez que su conducta contraviene lo que establece el artículo 41 constitucional, porque conforme a la normativa aplicable y a los criterios de la Sala Superior, las concesionarias de televisión son responsables de vender espacios para difundir propaganda político electoral, fuera de los tiempos ordenados por el Instituto Nacional Electoral.

En el caso, está acreditado que la empresa televisora participó en la operación de contratación (compraventa) de tiempos para difundir el promocional con contenido político electoral.

Demostración

Como se explicó, la interpretación de los artículos 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo y Apartado B, de la Constitución Federal y 159, párrafo 5, de la Ley General, prohíbe a personas físicas o morales, por sí o a través de terceros, contratar o adquirir tiempos en radio y televisión para difundir propaganda tendente a influir en las preferencias electorales de la ciudadanía, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular, fuera de los tiempos administrados por el Instituto Nacional Electoral.

Al respecto, es conveniente insistir en que la reforma constitucional en materia político electoral de noviembre de 2007, buscó: a) Disminuir en forma significativa el gasto de campañas electorales; b) Diseñar un nuevo modelo de comunicación entre la sociedad y los partidos; c) Reducir tiempos de campañas electorales y regular las precampañas y **d) Prohibir que actores ajenos al proceso electoral incidan en las campañas electorales y sus resultados.**

Por ello, una de las medidas más importantes se instituyó mediante la prohibición total tanto a los partidos políticos **como a terceros (personas físicas y morales)** para contratar o adquirir, en cualquier modalidad, propaganda política o electoral en radio y televisión.

Esto, con motivo de que, durante la elección Presidencial de 2006, diversos actores ajenos al proceso intervinieron en la contratación y

difusión de diversos promocionales en radio y televisión para beneficiar a un partido político durante la contienda⁵¹.

En consecuencia, el Constituyente, a fin de privilegiar el principio de equidad en la contienda electoral, autorizó a los partidos políticos acceder a radio y televisión a través del tiempo del Estado que administra el Instituto Nacional Electoral y prohibió que personas ajenas al proceso intervengan.

Ello, para que los partidos políticos tengan las mismas oportunidades de difundir su propuesta política en los medios de comunicación, en aras de garantizar una contienda equitativa, cuyo objetivo principal fue permitir que compitan en condiciones de igualdad, procurando evitar actos con los que pudieran obtener una ventaja indebida frente al resto de los participantes en la contienda electoral, como pudiera ser la difusión de propaganda emitida por terceros ajenos a los contendientes, a través de la cual se pretenda influir en las preferencias de la ciudadanía o se beneficie o perjudique a alguna de las fuerzas políticas.

En ese sentido, las concesionarias, personas físicas y morales, se encuentran obligadas a respetar la norma constitucional, atendiendo al principio de equidad en la contienda, siempre y ante cualquier circunstancia; en caso contrario, serán sancionados por la violación a esa obligación de respeto a la ley.

De esa manera, no solo los partidos políticos se encuentran constreñidos a garantizar el correcto desempeño de su función y la de sus militantes, sino **también las concesionarias o permisionarios de las estaciones de radio y televisión que**

⁵¹ Véase por ejemplo el SUP-RAP-5/2007, SUP-RAP-186/2008.

participan en la difusión del promocional con contenido electoral.

Para ello, el artículo 168, párrafo 5, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales establece que **los concesionarios de radio y televisión se abstendrán de comercializar el tiempo no asignado por el Instituto.**

Asimismo, el artículo 442, párrafo 1, inciso i), de la Ley General señala que los **concesionarios de radio o televisión son sujetos de responsabilidad** por infracciones cometidas a las disposiciones electorales.

A su vez, el artículo 452, incisos a) y b) de la Ley General, dispone que constituyen infracciones de los concesionarios de radio y televisión, entre otros: a) La venta de tiempo de transmisión, en cualquier modalidad de programación, a los partidos políticos, aspirantes, precandidatos o candidatos a cargos de elección popular; y b) La **difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Instituto.**

En ese sentido, **este Tribunal ha sostenido⁵² que para configurar la infracción constitucional cometida por una empresa televisora o concesionaria de televisión**, es irrelevante la identificación del sujeto que contrató u ordenó la difusión de la propaganda electoral, dado que lo fundamental consiste en acreditar que la difusión: **a) efectivamente ocurrió y b) no la ordenó el Instituto Nacional Electoral.**

Por lo que **la infracción a la norma constitucional, por parte de los concesionarios o permisionarios de radio y televisión, se**

⁵² Criterio sustentado, entre otros, en el SUP-REP-426/2015.

surte desde el momento en que lo difundido constituye propaganda constitucionalmente prohibida.

Lo anterior, conduce a estimar que se comete una infracción cuando la propaganda política o electoral (que pretenda influir en las preferencias electorales de la ciudadanía o que favorezca a una opción político), no haya sido ordenada o autorizada por la autoridad administrativa electoral, **con independencia de si el concesionario o permisionario del canal de televisión: a)** Recibió un pago por ello o procedió de manera gratuita, o **b)** Fue instruido por un sujeto distinto al Instituto Nacional Electoral o lo hizo *motu proprio*, es decir, por propia iniciativa.

En el caso, quedó demostrado que Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., participó en la operación de contratación (compraventa) de tiempos con Televisa, S.A. de C.V., a través de la intermediaria Uno y Medios Publicidad México, S. de R.L. de C.V., para difundir el promocional denunciado en televisión.

En ese sentido, tal y como lo razonó la sala responsable, está acreditado y no se controvierte por las partes que **la difusión en televisión** del promocional se llevó a cabo del **veintisiete de abril al ocho de mayo**.

De lo anterior se sigue que la concesionaria trasgredió la prohibición constitucional al transmitir el material con fines electorales, tal como lo consideró la responsable.

Así, de la sentencia impugnada se aprecia que se analizó el contenido de los contratos celebrados, así como del spot que se difundió, para concluir que se actualiza la prohibición constitucional.

Asimismo, la Sala Especializada consideró que, si un concesionario se abstiene de transmitir propaganda electoral, como parte de su obligación constitucional, tal conducta no constituye censura previa que afecte el contenido del mensaje comercial o programa de que se trate, ni la libertad de comercio o derechos de libertad de expresión, información e imprenta, conforme al Jurisprudencia de la Sala Superior 4/2010, de rubro: “PROPAGANDA POLÍTICA ELECTORAL. SU EXCLUSIÓN DE LOS MENSAJES COMERCIALES O PROGRAMAS TRANSMITIDOS EN RADIO Y TELEVISIÓN NO CONSTITUYE CENSURA”.

Por ello, determinó que la concesionara de televisión es responsable, toda vez que se acreditó que el promocional con propaganda político electoral se difundió en televisión, sin ser ordenado por el Instituto Nacional Electoral.

De ese modo, la Sala Superior considera que resultan apegadas a Derecho las consideraciones de la Sala Regional Especializada para tener por acreditada la conducta típica imputada a la quejosa, consistente en la contratación de tiempos de televisión fuera de los pautados por la autoridad electoral administrativa.

Apartado C. Reposición del procedimiento para que se reindividualice la sanción.

Una vez que ha sido **analizado** el asunto en los apartados: A.1 y A.2, respecto a las infracciones y B, en cuanto a la responsabilidad de las personas denunciadas —morales y concesionarias— en su comisión; corresponde en este Apartado C, determinar si el procedimiento de individualización de sanción respecto de la

infracción acreditada es apegado a Derecho y, en su caso, si la sanción impuesta fue correcta.

Ello, partiendo de la premisa que el análisis se realizará únicamente respecto de la infracción al artículo 41 constitucional y la responsabilidad de las denunciadas identificadas por la Sala Especializada.

1. Materia y orden del análisis en el tema de la individualización de las sanciones

a. Resolución impugnada

La Sala Especializada, en la resolución recurrida, concluyó que debían imponerse las sanciones de: **i) 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., TV Durango, S.A. de C.V. y XEIX S.A., por su responsabilidad en la comisión de la infracción de **contratación de un promocional de televisión con contenido electoral** —falta y responsabilidades que han sido confirmadas en esta ejecutoria—, y **ii) 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., TV Durango, S.A. de C.V., XEIX, S.A., Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., y Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., **por la infracción consistente en poner riesgo el interés superior de la niñez**, por la participación de una niña y cuatro niños en promocionales electorales, sin contar con su consentimiento informado.

b. Planteamientos contra la imposición de sanciones

De las demandas relativas, se advierte que los recurrentes Jorge Alcocer Villanueva y el partido político Encuentro Social **cuestionan que la responsable impuso la sanción de amonestación pública por la comisión de la infracción de contratación de tiempo en televisión**, en lugar de imponer una multa.

En concreto, los promoventes se quejan de un análisis deficiente al momento de llevarse a cabo la individualización, pretendiendo la imposición de una multa.

Lo anterior, porque estiman que la sala responsable: **i)** no justificó por qué impuso una amonestación pública en lugar de la sanción económica, esto es, una multa de hasta el doble del precio comercial del tiempo comprado en radio y televisión, y **ii)** dejó de analizar las circunstancias particulares que rodean la infracción al artículo 41, Base III, Apartado A, párrafo tercero, constitucional, específicamente, la vulneración de los principios rectores en materia electoral, por lo que, refieren, debió concluir que la falta es grave y no leve.

c. Delimitación del tema y orden del análisis

Conforme con lo expuesto, el análisis se centra en determinar, exclusivamente, si la Sala Especializada realizó conforme a Derecho la individualización de la sanción correspondiente **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., TV Durango, S.A. de C.V. y XEIX, S.A.**, por su responsabilidad en la comisión de la infracción de **contratación de un promocional de televisión con contenido electoral** —cuya falta y responsabilidad han sido confirmadas previamente en esta ejecutoria—, a partir de los planteamientos expuestos por los inconformes.

2. Decisión

La Sala Superior considera que el planteamiento es **sustancialmente fundado**, porque la Sala Especializada al individualizar la sanción omitió exponer las razones por las cuales decidió imponer la amonestación pública, dejando de atender lo relativo a la aplicación de las disposiciones referidas por los inconformes, como posibles sanciones para la infracción relativa a la contratación de tiempos en radio y televisión con contenido político electoral.

3. Demostración

Marco y elementos normativos mínimos para individualizar la sanción a imponer por la contratación de promocionales televisivos con contenido electoral o político.

Ponderación de la descripción típica sancionadora como punto de partida para una individualización apegada a los principios de estricta legalidad y proporcionalidad de sanciones.

La Constitución Federal establece en los artículos 14, 16 y 22, el deber de toda autoridad facultada para imponer sanciones. La consecuencia de que un ilícito de cualquier naturaleza se apegue a los principios de estricta legalidad y proporcionalidad de la sanción impuesta.

El primero de ellos —**estricta legalidad sancionadora**—, incide de manera **determinante al momento de definir en la ley** las infracciones administrativas y **las sanciones que se deben aplicar**, así como al decidir sobre la responsabilidad del autor del hecho y la condena.

En tanto que el de proporcionalidad o prohibición de exceso, limita la arbitrariedad e irracionalidad de la actividad sancionadora, al confeccionar un marco básico de **graduación de las sanciones**, que cobra aplicación tanto para la creación de las normas, como en su aplicación.

Para ello, la Sala Superior considera que el ejercicio de la potestad sancionadora que derive de la acreditación de una infracción no es irrestricto ni arbitrario, sino que, como se ha sostenido en diversas ejecutorias⁵³, está condicionado por la ponderación de determinados **parámetros objetivos de la tipificación y del hecho ilícito**, así como circunstancias subjetivas de la conducta irregular y las particulares del infractor.

En ese sentido, una vez acreditada la infracción y la responsabilidad directa o indirecta de una persona, para individualizar una sanción con apego a los principios de legalidad y proporcionalidad, la autoridad debe tomar en cuenta:

Las sanciones previstas en la ley y, por tanto, el deber considerar los preceptos legales generales y especiales que sirven de parámetros de las posibles sanciones para cada infracción.

Sólo una vez consideradas tales previsiones, el órgano con atribuciones para imponer sanciones, a partir de lo dispuesto por el artículo 458, párrafo 5, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales⁵⁴, debe continuar con la calificación de la

⁵³ Véase el SUP-JDC-319/2018, SUP-RAP-106/2018 y SUP-REP-602/2018.

⁵⁴ Artículo 458.

5. Para la individualización de las sanciones a que se refiere este Libro, una vez acreditada la existencia de una infracción y su imputación, la autoridad electoral deberá tomar en cuenta las circunstancias que rodean la contravención de la norma administrativa, entre otras, las siguientes:

falta, así como con el análisis de las circunstancias objetivas y subjetivas de comisión y del infractor.

Ello, porque la identificación, consideración y ponderación de los referentes de sanción, a partir de una valoración general y de un análisis específico en relación con la infracción concreta, constituye un presupuesto necesario para considerar que la individualización se realizó con apego a los principios de estricta legalidad y de proporcionalidad y, en consecuencia, de su constitucionalidad.

Todo ello, a fin de que el órgano facultado para imponer una sanción esté en condiciones de elegir, **en caso de tener opciones**, un tipo de sanción y su grado concreto.

De manera que la sanción cumpla con su función última de prevención general y especial, para que no constituya una afectación insignificante para el infractor o cualquier otra persona que tenga la intención de violentar la norma, en relación con el beneficio que podría generarse con su transgresión, o bien, por el contrario, resulte excesiva.

El legislador determinó en el artículo 452, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales lo siguiente:

“Artículo 452.

-
- a) La gravedad de la responsabilidad en que se incurra y la conveniencia de suprimir prácticas que infrinjan, en cualquier forma, las disposiciones de esta Ley, en atención al bien jurídico tutelado, o las que se dicten con base en él;
 - b) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la infracción;
 - c) Las condiciones socioeconómicas del infractor;
 - d) Las condiciones externas y los medios de ejecución;
 - e) La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones, y
 - f) En su caso, el monto del beneficio, lucro, daño o perjuicio derivado del incumplimiento de obligaciones.
6. Se considerará reincidente al infractor que habiendo sido declarado responsable del incumplimiento de alguna de las obligaciones a que se refiere la presente Ley, incurra nuevamente en la misma conducta infractora al presente ordenamiento legal”.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

1. Constituyen infracciones a la presente Ley de los concesionarios de radio y televisión:

- a) La venta de tiempo de transmisión, en cualquier modalidad de programación, a los partidos políticos, aspirantes, precandidatos o candidatos a cargos de elección popular;
- b) La difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Instituto;
- [...]

En cuanto a las sanciones, el artículo 456, párrafo 1, incisos e) y g), de la ley citada, establece diversas sanciones según el sujeto infractor:

Artículo 456.

1. Las infracciones señaladas en los artículos anteriores serán sancionadas conforme a lo siguiente:

[...]

e) Respecto de los ciudadanos, de los dirigentes y afiliados a los partidos políticos, o de cualquier persona física o moral:

I. Con amonestación pública;

II. Respecto de los ciudadanos, o de los dirigentes y afiliados a los partidos políticos: con multa de hasta quinientos días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; en el caso de aportaciones que violen lo dispuesto en esta Ley, o **tratándose de la compra de tiempo en radio y televisión para la difusión de propaganda política o electoral, con multa de hasta el doble del precio comercial de dicho tiempo;**

III. Respecto de las personas morales por las conductas señaladas en la fracción anterior: con multa de hasta cien mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, en el caso de aportaciones que violen lo dispuesto en esta Ley, o **tratándose de la compra de tiempo en radio y televisión para la difusión de propaganda política o electoral, con multa de hasta el doble del precio comercial de dicho tiempo, y**

IV. Respecto de los **ciudadanos**, de los dirigentes y afiliados a los partidos políticos, o cualquier persona física o moral, con amonestación pública y, en caso de reincidencia, con multa de hasta dos mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, en el caso de que promuevan una denuncia frívola. Para la individualización de las sanciones a que se refiere esta fracción, la autoridad

electoral deberá tomar en cuenta la gravedad de la responsabilidad en que se incurra y la conveniencia de suprimir la práctica en atención al bien jurídico tutelado, o las que se dicten con base en él; las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la infracción; las condiciones socioeconómicas del infractor; las condiciones externas y los medios de ejecución; la reincidencia en el incumplimiento de obligaciones y, en su caso, el monto del beneficio, lucro, daño o perjuicio derivado del incumplimiento de obligaciones.

g) Respetto de los concesionarios de radio y televisión:

I. Con amonestación pública;

II. Con multa de hasta cien mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, que en el caso de concesionarios de radio será de hasta cincuenta mil días de salario mínimo; en caso de reincidencia hasta con el doble de los montos antes señalados, según corresponda;

III. Cuando **no transmitan**, conforme a las pautas aprobadas por el Instituto, los mensajes a que se refiere este Capítulo, además de la multa que, en su caso se imponga, deberán subsanar de inmediato la omisión, utilizando para tal efecto el tiempo comercializable o para fines propios que la ley les autoriza;

IV. En caso de **infracciones graves, como las establecidas en el artículo 452, párrafo 1, incisos a) y b) -cuando exista compra o se difunda propaganda política en televisión-**, y cuando además sean reiteradas, con la **suspensión** por parte de la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral de la Secretaría Ejecutiva, previo acuerdo del Consejo General, **de la transmisión del tiempo comercializable correspondiente a una hora y hasta el que corresponda por treinta y seis horas**. En todo caso, cuando esta sanción sea impuesta, el tiempo de la publicidad suspendida será ocupado por la transmisión de un mensaje de la autoridad en el que se informe al público de esta. Tratándose de concesionarios de uso público y privado, la sanción será aplicable respecto del tiempo destinado a patrocinios”.

El punto de partida para determinar el tipo y grado de sanción a imponer por la comisión de infracción de contratación (compra o venta) de tiempo para la difusión de promocionales en televisión está legalmente definida, entre otros aspectos, según la naturaleza del infractor (concesionario, persona física o moral).

De manera que, para este tipo de faltas, la autoridad, en primer lugar, tiene el deber de determinar cuál es el supuesto legal aplicable al caso concreto, esto es, la disposición legal que contempla la consecuencia sancionadora como presupuesto elemental, para no separarse o contravenir de inicio los principios constitucionales de estricta legalidad y proporcionalidad.

Sólo una vez definido y razonado lo anterior, tendría la posibilidad de valorar la gravedad de la falta concretamente cometida, como se indicó, a través de la identificación del bien jurídico y su grado de afectación.

Enseguida valorar, de manera individual, las circunstancias de la participación de cada uno de los sujetos involucrados en relación con la infracción cometida.

De otra manera, en caso de no atenderse o explicarse la aplicación de las normas sancionadoras, la determinación correspondiente se emitirá en contravención al mandato constitucional de aplicación estricta de la ley y proporcionalidad sancionadora, ante lo cual, ordinariamente, resultaría inconveniente revisar de fondo cualquier sanción y lo procedente sería reponer el procedimiento.

4. Caso concreto

En la especie, como lo aducen los recurrentes, la **Sala Especializada al individualizar la sanción omitió considerar los diversos supuestos o referentes legales previstos en torno a la infracción relativa a la contratación (compra o venta) de tiempo o difusión de propaganda política-electoral en televisión.**

Lo anterior, porque de la resolución impugnada se advierte que la responsable determinó la imposición de la amonestación pública para todos los infractores, conforme al análisis que presenta a partir de la página 58 de la resolución impugnada, en el que expuso lo siguiente:

- Identificó el marco normativo para analizar la infracción, al señalar que valoraría: la importancia de la norma transgredida; los efectos de la transgresión (puesta en peligro o resultado); el tipo de infracción y la comisión intencional o culposa de la falta, y si existió singularidad o pluralidad de las faltas, así como si la conducta fue reiterada.

- Enseguida, en términos generales, respecto de todos los infractores, señaló:

Si bien las conductas infractoras tuvieron impacto todas las entidades federativas a excepción de Tlaxcala, lo cierto es que sólo se verificaron 8,010 detecciones totales en radio y televisión, de las cuales ciento noventa y siete corresponden a las concesionarias emplazadas y el resto corresponden a retransmisiones o se difundieron en el contexto de programas informativos, como hechos noticiosos.

El promocional fue exhibido del veintisiete de abril al tres de mayo en Cinemex y del veintisiete de abril al trece de mayo en Cinépolis.

No se trata de una conducta reiterada o sistemática pues se trató de una sola falta.

Los bienes jurídicos tutelados se relacionan con la obligación de preservar la equidad en la contienda, así como velar por el interés superior de la niñez.

La conducta no fue intencional, pues como se advirtió anteriormente, el promocional no influye, de manera objetiva, a favor o en contra de un partido político, candidata o candidato en específico. Asimismo, no se advierte que la niña y los niños se encontraran en una situación que,

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

objetivamente, les pudiera resultar perjudicial para su persona o derechos.

No hubo un beneficio o lucro económico para la asociación civil Mexicanos Primero Visión 2030.

No hay reincidencia en la conducta.

No se colocó a la niña y los niños que aparecen en una situación de vulnerabilidad.

El spot no promueve el logotipo, el nombre o símbolo de un partido político o candidato.

El responsable del promocional no es un partido político, sino de una asociación civil, constituido en 2006 y cuyo objeto social se corresponde con la temática abordada en el spot de referencia.

- Luego, **en primer lugar, respecto a Mexicanos Primero Visión 2030, A. C.**, por la actualización de las infracciones consistentes en contratación y adquisición de tiempos de radio y televisión, así como por la vulneración al interés superior de la niñez, **la Sala Especializada señaló que lo procedente** era *imponer una sanción de conformidad el artículo 456, párrafo 1, inciso e), fracción I, de la Ley General*, y que con base a la gravedad de la falta y a las particularidades del presente asunto y acorde con lo establecido en el **artículo citado**, impuso una **amonestación pública, porque:**

“aún y cuando la conducta fue contraria a la prohibición de contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, así como al interés superior de la niñez, lo cierto es que (i) la persona moral responsable es una asociación civil sin fines de lucro, cuyo patrimonio se conforma esencialmente mediante aportaciones voluntarias de sus asociados y donativos de cualesquiera personas físicas o morales, aunado a que su objeto social es identificar las oportunidades y prioridades de México en los campos económico, social, cívico, legal, ambiental y cultural, de modo específico, la educación de la niñez; (ii) el promocional denunciado no invita a votar en favor o en contra de algún candidato en específico, y (iii) de las constancias que obran en autos, no se puede advertir que se haya vulnerado gravemente el interés superior de la niñez,

sino que se concluye que dicho principio se puso en riesgo, ya que al observar el promocional, no se advierte que su contexto sea desfavorable para los menores de edad, aunado a que, al menos, se contaba con el permiso de los padres para su participación en el spot.”

- **Asimismo, respecto de Televisa, S.A. de C.V.; Uno y Medio Publicidad México, S. de R. L. de C.V., y TV Durango, S.A. de C.V. y XEIX, S.A., la Sala Especializada**, globalmente, señaló que la sanción a imponer también era una amonestación pública, en términos del artículo 456, párrafo 1, **inciso e) y g), fracción I**, de la Ley General, porque:

“hay que considerar las siguientes atenuantes: (i) no confeccionaron el spot materia de denuncia, (ii) ni lo difundieron de manera espontánea; por el contrario, la difusión que dieron fue con motivo del contrato celebrado, es decir, obedeció a un acuerdo de voluntades, en el cual ellos se sujetaron a las condiciones del contratante.

Asimismo, (iii) debemos tener en cuenta que de las constancias que integran el presente expediente no existe elemento alguno que permita a esta Sala concluir que la conducta fue llevada a cabo de manera intencional; (iv) además de que, como ya se ha razonado, el promocional no tiene como fin apoyar o afectar negativamente a un partido político a una candidatura en lo particular.

Así, al no tener por acreditados elementos como la intencionalidad de infringir la normativa electoral, no se trata de conducta reiterada o sistemática, ni existe reincidencia; asimismo, con base a la gravedad de la falta y a las particularidades del presente asunto y acorde con lo establecido en **el artículo 456, párrafo 1, inciso e) y g), fracción I de la Ley General**, se estima que lo procedente es imponer a las referidas personas morales como sanción, una **amonestación pública.**”

La reseña que antecede revela que previamente a la ponderación concreta sobre la calificación de la infracción o las circunstancias objetivas y subjetivas del denunciado y del hecho ilícito en sí, la Sala Especializada no analiza las diversas disposiciones legales en las que se prevén las sanciones que corresponden a los distintos tipos

de sujetos involucrados y sus variantes, en relación con la contratación (compraventa) o la acción de difundir en televisión un promocional con contenido político electoral.

Lo anterior, era necesario, porque en el caso de la infracción en cuestión existen diversos supuestos normativos que regulan de manera distinta el tipo de sanción para cada sujeto infractor, según se trate de: ciudadanos, personas morales y concesionarios.

Por ejemplo, dentro de las posibles sanciones para los concesionarios, existen consecuencias distintas vinculadas a cada proceder ilícito, dado que para éstos se prevé un catálogo, enunciándose, la amonestación pública, la multa, entre otras, de acuerdo con el artículo 456, apartado 1, inciso g), de la Ley General⁵⁵.

No obstante, la Sala Especializada conforme a la normativa electoral, omite precisar el supuesto jurídico aplicable, conforme la normativa electoral.

Asimismo, no se advierte fundamentación y motivación en relación con la sanción impuesta a la asociación civil, las empresas y la

⁵⁵ Artículo 456, apartado 1, inciso g) de la mencionada ley.

g) Respecto de los concesionarios de radio y televisión:

I. Con amonestación pública;

II. Con multa de hasta cien mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, que en el caso de concesionarios de radio será de hasta cincuenta mil días de salario mínimo; en caso de reincidencia hasta con el doble de los montos antes señalados, según corresponda;

III. Cuando no transmitan, conforme a las pautas aprobadas por el Instituto, los mensajes a que se refiere este Capítulo, además de la multa que, en su caso se imponga, deberán subsanar de inmediato la omisión, utilizando para tal efecto el tiempo comercializable o para fines propios que la ley les autoriza;

IV. En caso de infracciones graves, como las establecidas en el artículo 452, párrafo 1, incisos a) y b) -cuando exista compra o se difunda propaganda política en televisión-, y cuando además sean reiteradas, con la suspensión por parte de la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral de la Secretaría Ejecutiva, previo acuerdo del Consejo General, de la transmisión del tiempo comercializable correspondiente a una hora y hasta el que corresponda por treinta y seis horas. En todo caso, cuando esta sanción sea impuesta, el tiempo de la publicidad suspendida será ocupado por la transmisión de un mensaje de la autoridad en el que se informe al público de la misma. Tratándose de concesionarios de uso público y privado, la sanción será aplicable respecto del tiempo destinado a patrocinios".

concesionaria, toda vez que al elegirse la sanción se deja de establecer las consideraciones concernientes a la disposición que contempla la consecuencia sancionatoria que resulta aplicable al caso.

De modo que actuó sin un marco de referencia para que, en el análisis concreto, se pudiera elegir informada y válidamente una opción de sanción.

Ello, porque, la identificación, consideración, incluso, explicación de los referentes de sanción (preceptos, apartados o incisos normativos en los que se prevén las sanciones para una o varias infracciones), son una condición que deben cumplir las autoridades, a fin de ponderar los bienes jurídicos involucrados.

De manera que, si no se expuso el alcance o trascendencia de las diversas hipótesis que también se prevén como resultado de la infracción, se deja en estado de indefensión a las partes involucradas, al impedírseles alegar lo conducente respecto a la norma que resulta aplicable en relación con la consecuencia sancionatoria que corresponde imponer con motivo de la infracción cometida.

Por tanto, la Sala Especializada dejó de justificar la aplicación de las disposiciones que contemplan las posibles sanciones para la infracción de contratación de tiempos en radio y televisión con contenido electoral. En especial, porque no se pronuncia acerca de los preceptos legales a que aluden los recurrentes —artículos 456, I, incisos e) y g), fracción IV, y 452, I, inciso b), de la Ley General—, en los cuales se prevé, entre otras, una sanción económica.

De ahí que, como se adelantó, resulten fundados los agravios hechos valer.

Apartado conclusivo: Efectos

A partir de lo considerado a lo largo de la ejecutoria, procede **revocar** la sentencia impugnada, únicamente respecto de lo siguiente:

1. Dejar sin efecto la actualización de la infracción de poner en riesgo el interés superior de la niña y los niños imputada a los sujetos denunciados, así como la sanción de amonestación pública;

2. Dejar sin efectos la amonestación pública impuesta 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., TV Durango, S.A. de C.V., y XEIX, S.A., por su responsabilidad en la comisión de la infracción de contratación de un promocional en televisión con contenido electoral.

3. Se ordena a la Sala Regional Especializada que, en plenitud de jurisdicción, emita una nueva resolución en la que, reiterando los aspectos que han quedado firmes, en relación con la responsabilidad de las personas denunciadas, lleve a cabo la individualización correspondiente respecto a la infracción por la contratación del promocional con contenido electoral.

Para lo cual deberá precisar, de acuerdo con la normativa electoral aplicable, dónde encuadra la hipótesis de la infracción cometida por las personas morales y concesionarias, esto es, cuál precepto es aplicable al caso concreto y con base en ello determine la sanción

que corresponda imponer, atendiendo además a los elementos que se establecen en la ley para graduar la sanción.

Por lo expuesto y fundado se:

R E S U E L V E

PRIMERO. Se **acumulan** los recursos de procedimiento especial sancionar **SUP-REP-600/2018, SUP-REP-603/2018, SUP-REP-604/2018, SUP-REP-608/2018, SUP-REP-609/2018 Y SUP-REP-610/2018**, al diverso **SUP-REP-594/2018**. Glósesse copia certificada de los puntos resolutive de este fallo a los expedientes que se acumulan.

SEGUNDO. Se **revoca** la sentencia controvertida, para los efectos precisados en esta ejecutoria.

Notifíquese como en Derecho corresponda.

En su oportunidad, archívese el presente expediente como asunto concluido y, en su caso, hágase la devolución de la documentación exhibida.

Así, por **mayoría** de votos, lo resolvieron y firmaron las Magistradas y los Magistrados que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con el voto en contra de la Magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso y de los Magistrados Felipe Alfredo Fuentes Barrera y José Luis Vargas Valdez, quienes emiten votos particulares, y con el voto concurrente de los Magistrados Felipe de la Mata Pizaña y Reyes Rodríguez Mondragón y, ante la Secretaria General de Acuerdos que autoriza y da fe.

MAGISTRADA PRESIDENTA

JANINE M. OTÁLORA MALASSIS

MAGISTRADO

FELIPE DE LA MATA PIZANA

MAGISTRADO

**FELIPE ALFREDO FUENTES
BARRERA**

MAGISTRADO

INDALFER INFANTE GONZALES

MAGISTRADO

REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN

MAGISTRADA

MÓNICA ARALÍ SOTO FREGOSO

MAGISTRADO

JOSÉ LUIS VARGAS VALDEZ

SECRETARIA GENERAL DE ACUERDOS

BERENICE GARCÍA HUANTE

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LA MAGISTRADA MÓNICA ARALÍ SOTO FREGOSO Y EL MAGISTRADO FELIPE ALFREDO FUENTES BARRERA, CON RELACIÓN A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR SUP-REP-594/2018 Y ACUMULADOS, CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 187, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y 11, DEL REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

Respetuosamente disentimos del criterio mayoritario expresado en el presente asunto, por lo que, con el debido respeto a las señoras y señores Magistradas y Magistrados que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y con pleno reconocimiento a su profesionalismo, nos permitimos formular **VOTO PARTICULAR**.

I. Tesis del voto particular

El artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Norma Fundamental, establece la restricción consistente en que ninguna persona física o moral, 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 partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular.

En ese sentido, desde nuestra perspectiva, consideramos que esta restricción se debe interpretar de manera armónica con los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información, así como la difusión de las ideas, previstos en los artículos 6 y 7 de la Constitución Federal, a fin de evitar una censura con amplio espectro.

Por tal motivo, estimamos que para tener por actualizada la infracción constitucional, se requiere la concurrencia de dos elementos:

1. La difusión de propaganda política, y
2. Que esté dirigida a influir en las preferencias electorales, a favor o en contra de algún candidato o partido político, de manera que, se ponga en riesgo el principio de equidad en la contienda.

Así, consideramos que la difusión del promocional denunciado “*¿Y si los niños fueran candidatos?*”, se encuentra amparada por la libertad de expresión.

En efecto, para que esta restricción constitucional pueda ejercerse de forma adecuada y, en su caso, constituir una infracción, se debe acreditar fehacientemente que el efecto de la transmisión de cualquier mensaje **ponga en riesgo o vulnere la equidad en las contiendas electorales, mediante manifestaciones notorias, evidentes, claras o directas de apoyo o rechazo a un partido político o candidato.**

Lo anterior, se da en razón de que se debe realizar un análisis integral de la restricción constitucional, que derive de una interpretación más favorable a las personas y en términos de la propia disposición suprema, con el objeto de que **no se limiten aquellos mensajes que únicamente propicien el debate intenso y vigoroso, atendiendo a la dimensión deliberativa de la democracia representativa, a fin de maximizar el derecho humano a la libertad de expresión en el debate político, al derecho de acceso a la información, así como la difusión de las ideas, sin hacer nugatorio su ejercicio, particularmente en el contexto del proceso electoral y deliberativo y sin limitar el derecho que tiene cualquier ciudadano a tomar parte en los asuntos públicos del país.**

Con ello se salvaguarda la restricción constitucional regulada en el artículo 41 de la Carta Magna, pero, a la vez, se garantiza la libertad de expresión y la configuración del debate político, cuestiones necesarias e imprescindibles para la formación de opinión pública al margen de una contienda electoral.

II. Contexto del caso

1. Jorge Alcocer Villanueva y Eduardo Serafín Valencia Ramírez, así como los partidos Encuentro Social y MORENA, denunciaron a Mexicanos Primero Visión 2030, A.C., y diversas personas morales, por la difusión en radio y televisión, así como en Internet y dos cines nacionales (cineminutos), del promocional “¿Y si los niños fueran candidatos?” en el que aparecen cuatro niños y una niña hablando sobre la “transformación educativa”.

2. Al resolver el procedimiento especial sancionador, la Sala Regional Especializada, resolvió:

- Declarar la existencia de la infracción atribuida 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 electoral de tiempos de radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, por la difusión del spot “¿Y si los niños fueran candidatos?”.
- Declarar la existencia de la infracción atribuida a las anteriores personas morales, así como a Comercializadora Publicitaria TIK, S.A. de C.V., y Cinemex Desarrollos, S.A. de C.V., consistente en la puesta en riesgo del interés superior de la niñez, por la difusión del spot en distintos medios de comunicación, ya que no se otorgaron los consentimientos informados de la niña y los niños, como lo exige la jurisprudencia 5/2017 de la Sala Superior.

3. En el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador, los argumentos que importan destacar son, en esencia, los siguientes agravios:

- No se trata de propaganda electoral.
- Omisión para analizar la inaplicación del artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución.

- La responsable debió realizar una interpretación conforme de dicha norma constitucional, así como la aplicación del principio *pro persona*.

III. Consideraciones del proyecto que no se comparten

La mayoría de los Magistrados integrantes de esta Sala Superior propone **confirmar** 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.

Empero, **revoca** la sentencia impugnada, por lo que, en primer lugar, se deja sin efecto la actualización de la infracción de poner en riesgo el interés superior de la niña y los niños imputada a los sujetos denunciados, así como la sanción de amonestación pública; en segundo lugar, se deja sin efectos la amonestación pública impuesta 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., TV Durango, S.A. de C.V., y XEIX, S.A., por su responsabilidad en la contratación de un promocional de televisión con contenido electoral; y, finalmente, se ordena a la Sala Especializada emitir una nueva resolución en la que lleve a cabo

la individualización respecto a la infracción por contratación del promocional con contenido electoral.

Las consideraciones que sustentan su resolución y, respecto de las cuales nos apartamos, son esencialmente las siguientes.

3.1. Análisis e interpretación de la restricción prevista en el artículo 41, Base III, Apartado A, párrafo tercero de la Constitución.

En primer término, los recurrentes solicitaron una interpretación extensiva de la restricción prevista en el artículo 41, Base III, Apartado A, párrafo tercero de la Constitución Federal, para permitir a terceros la difusión de promocionales en aras de privilegiar la libertad de expresión en el debate público.

La mayoría consideró **infundada** la aplicación del principio *pro persona* sobre la base de que no es dable flexibilizar la prohibición a personas físicas o morales para contratar propaganda en radio y televisión, dirigida a influir en las preferencias electorales del ciudadano, a fin de hacerla compatible con el ejercicio de la libertad de expresión, **debido a que se trata de una prohibición absoluta de rango constitucional**. Este razonamiento lo sustentaron en términos de las siguientes premisas.

- El derecho a la libertad de expresión debe interpretarse y entenderse a la luz de la restricción prevista en el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Norma Fundamental.

- La disposición constitucional en cita regula el modelo de comunicación política; el cual, establece una restricción a las personas físicas y morales para que, a título propio o por cuenta de terceros, contraten o adquieran propaganda en radio y televisión, dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, a favor o en contra de un partido político o candidatos a cargos de elección popular.
- La prohibición constitucional se actualiza con la sola transmisión de propaganda política o electoral dirigida a influir en las preferencias electorales existiendo la posibilidad de producir algún efecto en el destinatario, **lo que se logra simplemente con la emisión de mensajes de naturaleza política o electoral, sin que sea necesaria una expresión explícita de apoyo o rechazo respecto de un partido o una candidatura.**
- Basta que se adviertan elementos que permitan suponer una posible influencia en las preferencias electorales, para tener por configurada la prohibición constitucional.
- Finalmente, afirman que, al tratarse de una restricción establecida por el Constituyente Permanente, la misma no implica la transgresión a las libertades constitucionales de expresión, información y comercial de los concesionarios.

3.2. Contenido electoral del promocional y actualización de la contratación indebida de tiempos en radio y televisión.

En segundo término, los recurrentes adujeron que el contenido del *spot* estaba amparado por el derecho de libertad de expresión, al

tratarse de un mensaje neutro con fines educativos dentro del contexto del debate público. En su opinión, no constituía propaganda electoral, ya que no estaba dirigido a influir en las preferencias electorales; por lo tanto, señalaron que no se actualizaba la infracción al artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Federal.

La mayoría de los Magistrados sostiene que dicho planteamiento es **infundado**, sobre la base de que el contenido del *spot* denunciado constituye propaganda electoral y, por tanto, actualiza la infracción constitucional de contratación de tiempos en radio y televisión para influir en las preferencias electorales. Dicha conclusión la fundamentan con base en las siguientes premisas.

- Del *spot* “¿Y si los niños fueran candidatos?”, se desprenden elementos objetivos que están directamente relacionados con el proceso electoral federal, por lo que, tal vinculación permite inferir, por un lado, que se trata de propaganda electoral y, por otro, que dichos elementos tienden a influir en las preferencias electorales.
- Entonces, la mayoría enfatiza que, **si bien el spot no tiene manifestaciones expresas a favor o en contra de determinado partido político o candidato**, sí tiende a incidir en las preferencias electorales, lo que es suficiente para tener por actualizada la prohibición prevista en el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo de la Constitución Federal.

IV. Razones por las que nos apartamos del criterio mayoritario

La opinión de la mayoría parte del supuesto consistente en que la prohibición constitucional se actualiza simplemente porque del promocional, considerado como propaganda política o electoral, se advierte una posible finalidad de influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, independientemente de si existen manifestaciones a favor o en contra de partidos políticos o candidatos a cargos de elección popular, que pudieran poner en riesgo o no el principio de equidad en la contienda electoral, lo cual, desde nuestra perspectiva, constituye una interpretación **restrictiva en exceso.**

En efecto, derivado de los razonamientos que se exponen en el fallo de la mayoría, advertimos que aquellos tienen por resultado que este Tribunal Constitucional vacíe de contenido los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información previstos en los artículos 6 y 7 constitucionales; **ello, a la postre de una restricción que, de ninguna manera, debería interpretarse conforme a los alcances propuestos.**

Realizar una interpretación como lo propone la mayoría, restringe y limita cualquier debate político que pudiere surgir de personas morales o físicas al margen de la contienda electoral, máxime que, en el caso en concreto, se observa que el contenido del promocional aborda una temática de interés general como lo es la educación, con una visión desde el ámbito político; sin embargo, a juicio de la mayoría, únicamente basta que el propio mensaje sea considerado propaganda política para tener por actualizada la restricción constitucional, sin analizar si el mismo vulnera o no el principio de equidad en la contienda (lo que constituye la *ratio essendi* de la prohibición constitucional).

El criterio propuesto, no considera que, en un sistema democrático, el debate de los asuntos públicos, al margen de una contienda electoral, debe ser robusto y abierto y en él pueden participar no solo candidatos o partidos políticos, sino en ejercicio de sus derechos constitucionales a tomar parte en los asuntos públicos, cualquier ciudadano. El debate político no puede estar limitado solo entre quienes contienden a un cargo público.

Por esta razón, consideramos que, en este tipo de controversias, nuestra labor debe estar encaminada a una interpretación más amplia, con el fin de adecuar armónicamente la prohibición para la contratación de mensajes de propaganda en radio o televisión por particulares, con los contenidos esenciales del derecho a la libertad de expresión y no, como propone el proyecto, **excluir de manera absoluta su ejercicio**. Esto implica, en la medida de lo posible, flexibilizar su interpretación.

Es por ello que, a nuestra consideración, la interpretación de la restricción en comento, debe leerse de **forma integral**; esto es como una sola porción normativa, en el sentido de que el mensaje debe ser considerado propaganda política dirigido a influir en la preferencia electoral y que sea **a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular**, y, en este sentido, que de su contenido se advierta la vulneración al principio de equidad en la contienda, lo cual no ocurre en el caso en concreto, pues únicamente se estimó que la prohibición se actualiza con la sola existencia de propaganda política o electoral dirigida a influir en las preferencias electorales.

La interpretación realizada por la mayoría, únicamente limita el debate y discurso político, sólo por el hecho de considerar que, cualquier tipo de propaganda política constituye una infracción al

artículo 41 constitucional, lo que se considera como una prohibición absoluta que impide a las personas ejercer de manera adecuada los derechos de libertad de expresión y acceso a la información en el contexto de los procesos electorales y deliberativos.

En efecto, considerando que, con motivo de la reforma al artículo 1° constitucional, el poder reformador pretendió generar espacios de convivencia dentro del bloque de regularidad constitucional, de manera que, las restricciones impuestas a los derechos fundamentales no se resolvieran necesariamente desde una vertiente de jerarquía normativa, sino a partir de un principio de primacía, se tiene que, el intérprete constitucional debe optar por la selección de la norma que, armonizando los valores y principios constitucionales, potencie el ejercicio de un derecho humano.

Señalado lo anterior, para una mayor claridad en la exposición de los argumentos en los que se fundamenta nuestro voto particular, por cuestión metodológica, éste se estructurará atendiendo los siguientes temas y rubros: 1. Línea jurisprudencial de la Suprema Corte sobre las restricciones a los derechos fundamentales; 2. Supremacía constitucional en oposición al concepto de primacía; 3. Libertad de expresión, sus alcances y límites; 4. Modelo de comunicación política; 5. Interpretación armónica a los artículos 6 y 7 en relación con el artículo 41 de la Constitución Política.

Lo anterior, para el efecto de dilucidar el sentido y alcance que debe dársele a la restricción prevista en el artículo 41 constitucional.

4.1. Línea jurisprudencial sobre las restricciones a los derechos fundamentales

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el **expediente varios 912/2010**, determinó, entre otras cuestiones que, con base en el artículo 1º constitucional, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar por los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, **en donde la guía sea la adopción de la interpretación más favorable al derecho humano que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.**

Así, con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, se estableció en el artículo 1º de la Constitución la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como de interpretar las normas relativas a los mismos, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia, lo que permite visualizar un nuevo sistema dentro del orden jurídico mexicano, en cuya cúspide está la protección de los derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales.

Éstas previsiones, encuentran plena armonía con el artículo 133 constitucional, en cuanto establece la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, son Ley Suprema de la Unión.

De ahí que el Tribunal Supremo, estableciera que el artículo 1º constitucional debe leerse e interpretarse de manera conjunta con lo que dispone el artículo 133 de la Constitución, por lo que “el parámetro de análisis de este tipo de control [constitucional y

convencional] que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra” por los siguientes parámetros:

- i. Los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte;
- ii. La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación;
- iii. Los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de dicho tribunal internacional.

Asimismo, el Alto Tribunal, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, generó una dimensión sustancial en la comprensión, interpretación y aplicación de los derechos humanos:

- La nueva conformación del catálogo de derechos humanos **no puede ser estudiada en términos de jerarquía**, pues la reforma realizada al artículo 1º, se dio con la finalidad de integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen, incorporando a su vez criterios hermenéuticos para la solución de posibles antinomias frente a la posible duplicidad en la regulación de un derecho humano.
- La supremacía constitucional se predica de *todos los derechos humanos* incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo; por esta razón, las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales y en la Constitución **no se relacionan entre sí en términos jerárquicos**, ya que con la incorporación de los tratados al orden jurídico, los derechos humanos en ellos contenido, se

integran al catálogo constitucional, de modo que, estas normas no contravienen el principio de supremacía constitucional, al formar parte del conjunto normativo respecto del cual se predica la supremacía.

- En caso de que las normas constitucionales y las normas internacionales, se refieran a un mismo derecho, éstas se articularán de forma que **se den prioridad a aquéllas cuyo contenido proteja de manera más favorable** a su titular, con lo que se privilegia al principio *pro persona*.

La Suprema Corte de la Nación también razonó que, **cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.**

Con base en lo anterior el Tribunal Supremo dirige su línea jurisprudencial, al punto en que los derechos humanos, tanto constitucionales como convencionales, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional; sin embargo, cuando la Constitución imponga una restricción al ejercicio de los derechos, esta debe prevalecer.

Por otra parte, la Segunda Sala de la Corte, al resolver el amparo directo en revisión 583/2015, argumentó que nada impediría que el intérprete constitucional, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también **practicara 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.

Esta forma de entender la concepción de los derechos humanos, condujo a la Corte a sostener que, no porque el texto de la

Constitución deba prevalecer, su aplicación debe realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de la propia contradicción de tesis 293/2011 **privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición suprema, ésta sea leída de la forma más favorable posible**, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.

4.2. Supremacía constitucional y primacía

En este orden de ideas, se observa que desde la reforma al artículo 1° Constitucional de dos mil once, la Suprema Corte de Justicia ha venido afinando el alcance, así como lo que se debe interpretar y entender por *restricción constitucional*, de modo que, actualmente, se considera que la interpretación de esta figura no puede aplicarse de modo indiscriminado, sino que se debe realizar un análisis integral de la restricción, observando que éste sea el más favorable para la persona, **partiendo de una perspectiva sistemática de todos los derechos constitucionales y convencionales que concurren**.

En nuestro concepto, la última etapa de línea judicial que sobre este tópico ha establecido la Suprema Corte de Justicia, permite a los jueces constitucionales en el ordenamiento mexicano, adoptar un nuevo paradigma respecto a la irradiación de los derechos fundamentales, conforme al cual, el eje sobre el que deben interactuar interpretativa y operativamente las disposiciones que los contengan, sea a nivel constitucional o convencional, **es el principio de primacía y no el de jerarquía**.

La reforma al artículo 1° constitucional, establece un nuevo paradigma, en el que: “...*Las normas relativas a los derechos*

humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia ...”, por lo que se introdujo por primera vez en la historia del constitucionalismo mexicano, la categoría de quebrantamiento constitucional acuñada por C. SCHMITT, en la primera mitad del siglo XX.

Es importante mencionar que, con esto se establece que la autorización y previsión expresa de los postulados de la Norma Suprema, en algún momento **puedan resultar inaplicados en atención de la aplicabilidad preferente de derecho supranacional, sin que ello resulte una alteración en la vigencia formal y material de la Norma Fundamental**⁵⁶.

En ese sentido, en relación con el quebrantamiento constitucional, la Norma Suprema **establece un régimen que excepciona, por causas perfectamente en ella definidas, el cumplimiento de los mandatos fundamentales, determinando así dos sistemas: el general y el excepcional, siendo ambos igualmente válidos**⁵⁷.

⁵⁶ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 2003, pp. 115 y 116.

⁵⁷ Precisamente, porque ha sido el Poder de Reforma el que ha introducido ese quebrantamiento constitucional, debe entenderse que esa modalización constitucional fue asentada por la voluntad del pueblo soberano; por ende, esa decisión no puede cuestionarse ni desconocerse, al provenir de la voluntad máxima del Estado. En este punto, vale la pena retomar las ideas de SIEYÉS, para quien el poder constituyente –en México el Poder de Reforma o también denominado Constituyente Permanente– es un poder soberano, que no está vinculado por ninguna norma jurídica previa, pudiendo libremente fijar la idea de derecho que considere adecuada en la Constitución. Este poder determina las normas jurídicas básicas de una sociedad política a través de un acto racional, deliberativo y sincrónico. Dicha potestad suprema proviene del cuerpo político de la sociedad. Esta concepción tiene como efectos fundamentales la distinción entre "poder constituyente" y "poderes instituidos" o "constituidos". Esta perspectiva es, precisamente, la que fundamenta la supremacía constitucional y la defensa de la Constitución a través del control de constitucionalidad de los actos de los poderes constituidos o instituidos por la Carta Fundamental; y a la vez, es también la que legitima de forma excepcional y en casos perfectamente detallados, que los postulados de la Constitución, puedan resultar inaplicados, sin que ello resulte una alteración en su

La adopción de este nuevo paradigma –adoptado por nuestro constituyente permanente y plenamente integrado por la línea jurisprudencial de la Suprema Corte– supone replantear la implementación del principio de supremacía o jerarquía normativa para dirimir los conflictos o antinomias que se presenten entre disposiciones de derechos fundamentales de nivel constitucional y convencional; o bien, para interpretar armónicamente las disposiciones de ambos sistemas jurídicos.

Ahora bien, al amparo de la clásica doctrina kelseniana de supremacía constitucional, para dirimir las antinomias entre Constitución y tratados internacionales, se adoptó durante un largo periodo en el constitucionalismo de occidente, incluido México, el principio de: ley superior prevalece sobre ley inferior – *lex superior derogat legi inferiori*⁵⁸.

De esta forma, se ha reconocido que, cuando un tratado internacional no es acorde con las disposiciones constitucionales, ello implica la actualización de una violación a los principios de supremacía constitucional y jerarquía del ordenamiento normativo, lo que produce su invalidez⁵⁹ –en el caso del ordenamiento

vigencia formal y material. E. J. SIEYÉS, *¿Qué es el Estado Llano?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 146 y 147.

⁵⁸ Muy ilustrativa es la explicación que da PEDRO DE VEGA sobre este principio y su relación con la justicia constitucional. Para el profesor español, justamente porque la Constitución es *lex superior*, en la hipótesis de una antinomia o conflicto normativo entre sus disposiciones y preceptos jurídicos de rango inferior, debe prevalecer en cualquier caso, el criterio constitucional. Como nos recordará el propio DE VEGA, en América, esta visión de la supremacía constitucional y, por ende, de la posición superior de la Norma Fundamental frente al conjunto de disposiciones secundarias, fue reconocido jurisprudencialmente desde la célebre sentencia del juez Marshall, *Marbury vs Madison*, de 1803, en la cual se estableció con claridad el axioma en virtud del cual *lex superior derogat legi inferiori*. P. DE VEGA, Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución, en ID. *Revista de Estudios Políticos*, Número 7, Madrid, 1979, p. 93.

⁵⁹ Como ha dado cuenta magistralmente el ilustre profesor F. RUBIO LLORENTE, en el diseño de la jurisdicción constitucional ideada por KELSEN, la contradicción de una norma inferior con las disposiciones constitucionales, implica la invalidación directa de aquélla. Una norma que nace contraria a la Carta Fundamental, desde ese momento tiene el riesgo inminente de desaparecer del sistema, si es que esa disconformidad jerárquica con la *lex superior*, es evidenciada ante el Tribunal Constitucional. F. RUBIO

jurídico mexicano, esta regla está prevista en el artículo 133 constitucional⁶⁰.

En este orden de ideas y de conformidad con el postulado kelseniano, las antinomias entre Constitución y tratados internacionales se solucionan considerando que la primera tiene prelación aplicativa y, por ende, se encuentra por encima de los segundos.⁶¹ Por lo tanto, los postulados de los tratados internacionales deben ceder ante la Norma Fundamental.

En ese orden de ideas, si la Constitución es el nivel supremo del orden jurídico, cualquier norma que la contraríe es inconstitucional, por lo que así debe ser declarada –incluidos los tratados internacionales.

En nuestro orden Constitucional, la Corte Suprema ha sentado jurisprudencia en el sentido de que dicho postulado teórico únicamente actúa respecto de tratados internacionales que no contienen disposiciones de derechos humanos.

Por tal motivo, frente a los tratados internacionales, en términos del artículo 133 constitucional, se admite la postura de que una vez incorporados al sistema, se convierten en normas internas que, por ende, pueden ser sometidas a escrutinio constitucional e invalidadas en caso de que sean contrarias a la Constitución; sin embargo, atendiendo a los términos establecidos en nuestro

LLORENTE, Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa, en ID. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 35, 1992, pp. 19-31.

⁶⁰ **Artículo 133.** *Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.*

⁶¹ En suma, para Kelsen, los tratados internacionales no eran nada más que leyes, que debían encajar en el enclave constitucional o de lo contrario, ser declarados inválidos y expulsarlos del ordenamiento jurídico (H. KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, op., cit., p. 68)

marco constitucional, la regla anterior no resulta aplicable para los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Así, el artículo antes mencionado, únicamente resulta aplicable para el régimen general de supremacía y jerarquía, pero no para el excepcional de **primacía** que propicia el quebrantamiento constitucional contenido en el artículo 1º de nuestra Carta Magna.

Efectivamente, en nuestro sistema constitucional con motivo de la reforma al artículo 1º, primer párrafo, el Poder de Reforma estableció una excepción al régimen general de supremacía y jerarquía, generando un régimen alterno de primacía aplicativa preferente y concurrente, únicamente para los tratados o convenios internacionales de derechos humanos.

Esto quiere decir, por una parte, que nuestra Constitución y los tratados o convenios internacionales de derechos humanos tienen una igualdad de supremacía en los ordenamientos, estableciéndose con ello el parámetro máximo de constitucionalidad; y por otra, se tiene que el principio de jerarquía normativa no actúa frente a dichas normas, por lo que, en el supuesto en que exista una posible antinomia, se debe estar sujeto a lo establecido en el propio precepto; esto es, que en todo caso, **deberá preferirse la aplicación –primacía y no jerarquía- de la disposición que garantice a las personas la protección más amplia.**

En nuestra opinión, y siendo congruentes con el paradigma delineado por la Suprema Corte, esta postura es la que garantiza un entendimiento constitucionalmente adecuado de la teoría que subyace a la reforma al artículo 1º constitucional, idea que encuentra sustento en los siguientes fundamentos analíticos.

Retomando las ideas de DWORKIN, podemos sostener que considerar los *derechos humanos en serio*, exige entender que detrás de la noción de quebrantamiento constitucional que introdujo el Poder de Reforma en el artículo 1º, primer párrafo, de la Norma Fundamental, *subyace una teoría constitucional concreta* que busca generar un régimen de excepción a los principios de supremacía y jerarquía, mediante el cual **se coloque a los tratados o convenios internacionales de derechos humanos, en una condición de primacía aplicativa que más allá de ámbitos jerárquicos, procure la protección más amplia del hombre –principio pro homine o pro persona– frente a los abusos, desviaciones y excesos del poder público**⁶².

Es decir, una *comprensión constitucionalmente adecuada de la teoría constitucional* mencionada conduce a sustentar que la reforma previó un sistema que privilegia la importancia destacada que tienen las libertades y derechos que corresponden a los ciudadanos, no sólo de los que provienen del interior del Estado mexicano, sino construyendo *un orden multinivel* o

⁶² El amparo tal y como se le denomina en la constitución de 1917, en realidad, nació en el artículo 101 de la constitución Federal de 1857, el cual fue reproducido por el diverso numeral 103 de aquélla. A partir de 1857, este medio de control de constitucionalidad fue regulado, sucesivamente, por las leyes 30 de noviembre de 1861; 20 de enero de 1869; 14 de diciembre de 1882; por el Código de Procedimientos Federales de 1897; el Código de Procedimientos Civiles de 1909; y, finalmente, por las leyes de 18 de octubre de 1919 y 30 de diciembre de 1935. La protección a los derechos fundamentales opera de modo que el amparo procede, en principio, contra cualquier acto o ley que viole las garantías individuales que consagra la Constitución General de la República, que están expresamente consagradas en el Título I de ésta. En este sentido, partiremos del hecho de que la Constitución de 1917, como toda Constitución, es la expresión de una pluralidad de factores políticos. Si el régimen mexicano se caracterizó, en principio, por la hegemonía de un partido político y por un exacerbado presidencialismo, resulta posible estimar el sentido de, o los supuestos y de las normas constitucionales a partir de las expresiones de esas formas de dominio político. F. ARILLA BAS. *El juicio de Amparo. Antecedentes, doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, 3ª ed, Ed. Kratos, México, 1989, pp., 16, 17 y 29; y G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1951, p. 157 y ss.

*supraconstitucional que introduce en el ordenamiento jurídico una cualidad relevante, activa y garantista de los derechos humanos.*⁶³

Así, mientras que el artículo 133 establece la cláusula jurídica para la recepción e incorporación de los tratados internacionales – *in genere*– en nuestro sistema jurídico, el precepto 1º, primer párrafo, constitucional, **consagra una vinculación del Derecho interno al Derecho internacional en materia de derechos humanos, que tiende a ampliar la irradiación de los derechos en todo el sistema**⁶⁴.

En consecuencia, estimamos que el artículo 1º de la Constitución Federal otorga una distinta eficacia a los instrumentos internacionales que versan sobre los derechos humanos, respecto de los demás tratados que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano⁶⁵; eficacia que consiste en la operatividad de los tratados internacionales de derechos humanos como parámetro de control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico⁶⁶. Dicho en otra forma, son normas parámetro de constitucionalidad.

Sin duda, esta cualidad dota a los tratados internacionales de derechos humanos de un estatus diferente al que poseen el resto

⁶³ Estas ideas fueron desarrolladas por las constituciones mexicanas, desde la de 1824 hasta la vigente de 1917, años en los que la influencia de las revoluciones americana y francesa se difunden por todo el mundo, teniendo en México un hondo calado, principalmente, las atinentes a la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes. I. BURGOA. *El juicio de Amparo*, 14ª ed, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 118.

⁶⁴ Así lo afirma en relación con los criterios de interpretación en general y en particular con los aplicables a los derechos fundamentales R. DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas. La Decisión Judicial desde el Ordenamiento*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 177.

⁶⁵ A. MANGAS MARTÍN, Cuestiones de Derecho Internacional Público, en ID. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, op. cit., p. 151.

⁶⁶ Entendido en tal sentido y siguiendo las ideas de SAIZ ARNAIZ, el artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución Federal, no regula solamente la incorporación al Derecho interno de los tratados o convenios internacionales en materia de derechos humanos, sino que: “*se trata, además, y, sobre todo, de adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados, que devienen así, por imperativo constitucional, canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades en la Norma Fundamental*”, A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 53.

de los tratados, debiendo concebirlos como fuente interpretativa-integrativa del propio texto constitucional⁶⁷.

Es esta teoría del quebrantamiento de la Constitución la que debe emplearse al momento de analizar las restricciones al derecho fundamental a la libertad de expresión. La interpretación de este derecho fundamental no debe circunscribirse o limitarse exclusivamente a su regulación en nuestra Carta Magna, sino que, debe armonizarse con los principios inherentes a la convencionalidad prescrita por el artículo 1º constitucional y, consecuentemente, su interpretación debe ser de la manera que más favorezca al individuo, o bien, que menos restrinja su ejercicio.

Ello porque, con base en el término de primacía, nuestro parámetro de control de regularidad constitucional en materia de derechos humanos, se integra tanto por normas constitucionales como por aquellas supranacionales o convencionales cuya inclusión al ordenamiento jurídico y su preferencia aplicativa deviene de la propia cláusula constitucional prevista en el artículo primero de la Carta Magna. A su vez, ese parámetro de control de constitucionalidad, en términos de la jurisprudencia de la Suprema Corte, también está integrado por los criterios y jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Desde nuestra perspectiva y de conformidad con este nuevo paradigma de protección de los derechos humanos, esta Sala Superior tiene el deber constitucional de resolver los asuntos sometidos a su escrutinio jurisdiccional, a la luz del bloque

⁶⁷ Un caso similar al mexicano, es el que presenta el artículo 10.2 de la Constitución española. Sobre el entendimiento doctrinario de su operatividad, conviene consultar a M. APARICIO PÉREZ, La cláusula interpretativa del art. 10. 2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales, en ID. *Jueces para la democracia*, número 6, 1989, p. 10.

de constitucionalidad y convencionalidad para favorecer, en todo momento, la protección más amplia a las personas.

4.3. Libertad de expresión, sus alcances y límites

Los artículos 6 y 7 constitucionales, así como, 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, establecen que toda persona tiene derecho a la libre expresión y al acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.

Nuestra Carta Magna prevé que la manifestación de las ideas no será objeto de inquisición judicial o administrativa; sólo cuando se aprecie ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público.

Asimismo, debemos recordar que Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente Varios 912/2010, determinó, entre otras cuestiones que, con base en el artículo 1° constitucional, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar por los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, **en donde la guía sea la adopción de la interpretación más favorable al derecho humano que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro homine*.**

Ahora bien, los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de los Derechos

Civiles y Políticos, son completamente armónicos y coincidentes con la Constitución del Estado Mexicano, como se verá a continuación:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

- *Reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.*
- *Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- *El ejercicio de tal derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*
- *El Estado debe evitar restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*
- *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el*

acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

- *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.*

Artículo 19.

- *Establece que nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones y que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- *Indica que el ejercicio del derecho de libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

A partir de la interpretación de los artículos citados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia reiterada, ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en sus dos vertientes.

En ese sentido, la Comisión y la Corte Interamericana reconocen en la libertad de opinión y expresión, dos dimensiones que se encuentran interrelacionadas, la individual y la social⁶⁸.

- La individual, consistente en el derecho a expresar libremente un pensamiento, una opinión o una idea.
- La social, consistente en el derecho de una sociedad a recibir y buscar libremente por todos los medios posibles información, ideas y opiniones con la finalidad de normar su criterio.

Ambas dimensiones **poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente y en forma simultánea** en un Estado democrático como el nuestro, a fin de **dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión y fortalecer la pluralidad de pensamiento** y, por ende, al propio sistema democrático.

Menoscabar o limitar cualquier de las dimensiones implica necesariamente constreñir este derecho humano fundamental.

En específico, respecto a la **dimensión social** del derecho a la libertad de expresión, la Corte razona que ésta implica, el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros.

Por tanto, la dimensión individual, comprende el derecho a utilizar cualquier medio para difundir opiniones, ideas e información y **hacerlo llegar al mayor número de destinatarios, máxime si se trata a la vez del ejercicio de un derecho ciudadano para**

⁶⁸ Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrs. 31 y 32, y Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, párr. 371.

tomar parte de los asuntos políticos del país, como lo reconoce la fracción III del artículo 35 constitucional.

En este sentido, la expresión y difusión del pensamiento e información son indivisibles, de modo que, una restricción a las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.⁶⁹ Por ende, ambas dimensiones –social e individual– poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente, en forma simultánea, para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión.⁷⁰

La dimensión social es resaltada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que en la Declaración Principios Sobre Libertad de Expresión señalan:

- 1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. **Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.***
- 2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma,*

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile Sentencia de 5 de febrero de 200, párrafo 65.

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

(Énfasis añadido)

En ese contexto, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, define el derecho a la libertad de pensamiento y expresión como la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

La Comisión Interamericana ha destacado la triple función del derecho a la libertad de expresión dentro de un sistema democrático, a saber:

- i) Como derecho individual que refleja la virtud humana de pensar el mundo desde una perspectiva propia y comunicarse entre sí,
- ii) Como medio para la deliberación abierta y desinhibida sobre asuntos de interés público, y
- iii) Como instrumento esencial en la garantía de otros derechos humanos, **incluyendo la participación política, la libertad religiosa, la educación, la cultura, la igualdad, entre otros.**

Como se puede observar, en todo Estado democrático, como el que rige en nuestro país, se garantiza el respeto al derecho humano a la libertad de expresión, con la finalidad de privilegiar el debate político. La propia Sala Superior ha reconocido que la libertad de expresión y de información en el ámbito político-

electoral, debe maximizarse dentro de un régimen democrático, tal y como lo señala la Jurisprudencia 11/2008 bajo el rubro **LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO.**

Asimismo, el Tribunal Interamericano ha considerado que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, indispensable para la formación de la opinión pública, indica que comprende el derecho de buscar y difundir ideas e informaciones de toda índole, **así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás**⁷¹.

La “libertad constitucional de expresar ideas u opiniones debe incluir necesariamente la libertad constitucional de utilizar **todos los medios de expresión**, sean palabras o conductas, en cuanto puedan difundir ideas.”⁷² Idea que se extiende o abarca la difusión de pensamientos y opiniones a través de todo tipo de medio masivo de comunicación –prensa, la radio, la televisión y el internet.

Esto resulta así, partiendo de la base de que el ejercicio de la libertad de expresión y acceso a la información no puede dissociarse del papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, ya que, éstos son verdaderos instrumentos para la recepción y transmisión de información y opiniones.⁷³ Es en **la comentada dimensión social**, donde se

⁷¹ Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30, y *Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 371.

⁷² Véase voto concurrente formulado por el Ministro Juan N. Silva Meza en la Acción de Inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 y 65/2008.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 149.

ubican los **derechos de las audiencias**, reconocidos por el Poder Revisor Permanente de la Constitución, precisamente, en el propio texto del artículo 6° constitucional.

Bajo esta óptica, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que los derechos fundamentales de libre expresión de ideas y de comunicación, así como, acceso a la información son indispensables para la formación de la opinión pública, **componente necesario para el funcionamiento y consolidación de una democracia representativa.**⁷⁴

En similares términos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85, hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que ésta es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática.⁷⁵

En efecto, para el Tribunal Interamericano la libertad de expresión constituye un elemento indispensable para la formación de la opinión pública y *conditio sine qua non* para que los actores políticos al margen de una contienda electoral y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente.⁷⁶

En esos términos, dicho órgano jurisdiccional ha sostenido que la libertad de expresión es una condición para que la comunidad, a

⁷⁴ Véase jurisprudencia de rubro "**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6o. Y 7o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO.**" Novena Época, Registro: 172477, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Mayo de 2007, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 24/2007, Página: 1522.

⁷⁵ Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 112.

la hora de manifestar su voluntad colectiva, particularmente, a través de su derecho al sufragio, esté suficientemente informada; puesto que *una sociedad que no está bien informada, no es una sociedad plenamente libre.*⁷⁷

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana ha señalado que, en el contexto de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, en tanto que se vuelve un instrumento esencial para la conformación de la opinión pública del electorado, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos involucrados en la contienda comicial y se transforma en una herramienta de estudio de las plataformas políticas que sostienen los distintos candidatos, lo que permea una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.

Para el ejercicio del control democrático por los particulares, es necesario que el Estado garantice a éstos el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir dicho acceso, se fomenta la mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad⁷⁸

De ahí que, adicionalmente al control generado por la convergencia de las tres ramas de poder que existen en una democracia, resulta por demás viable, el ejercicio de un examen cercano a las acciones u omisiones de los actores políticos o quienes aspiran a un cargo de elección popular, por parte de la opinión pública, a efecto de brindar información e ideas sobre

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "La Última Tentación de Cristo" (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 200, párrafo 112.

⁷⁸ Sergio García Ramírez/Alejandra Gonza. *La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, 2007, pág. 47 y 48.

todos los asuntos de interés general que imperan en ese momento.

Por tanto, se debe privilegiar la oportunidad en la cual se difunde información de interés general, al fomentar una mayor participación de los particulares y ciudadanos en los intereses de la sociedad, partiendo de la base en que la democracia no se concibe sin el debate libre, lo que conlleva a que los integrantes de una sociedad democrática tengan derecho a manifestarse.

Precisamente, en el *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, nuestro Tribunal Interamericano afirmó que, en el marco de un proceso electoral, la libertad de expresión se configura como un elemento fundamental para la consolidación del debate y discurso político.⁷⁹

Para la Corte Interamericana, la libertad de expresión constituye una herramienta imprescindible ***para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos políticos que participan en los comicios y se convierte en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo que permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.***⁸⁰

Entonces, estimamos que el ejercicio de la voluntad colectiva, a través del sufragio, no puede escindirse de las diferentes opiniones que surgen en el debate político al margen de una contienda electoral; precisamente, porque por medio de un electorado informado un régimen democrático determinado logra su consolidación y máxima expresión.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafos 88 y 90.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafos 88 y 90.

El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información en todos los medios de comunicación, respecto de los candidatos y sus partidos políticos, de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información; cuestión que indubitablemente contribuye a la formación de un electorado informado.⁸¹

Con base en lo anterior, es que afirmamos que el ciudadano tiene el interés, pero además el derecho, de recibir y procesar toda la información disponible sobre los antecedentes públicos y privados, las posturas ideológicas y políticas, de los candidatos a cargos de elección popular. Al final, el voto libre e informado implica que los electores puedan tener la información respecto de personas que consideran representen sus intereses en los órganos de gobierno.⁸²

Así, a consideración de los suscritos, los derechos de las audiencias, son una forma de materializar, el derecho a la libertad de expresión en su dimensión social y del derecho a la información; esto es, del derecho humano inalienable a estar comunicados.

En efecto, mediante decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación de once de junio de dos mil trece, se adicionó la fracción VI, del apartado B, del artículo 6° constitucional, que dispone: “...*La ley establecerá los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, de las audiencias, así como los mecanismos para su protección...*”.

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafos 88 y 90

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafo 90.

De lo antes referido, se puede advertir que el origen de los derechos de las audiencias se ubica, precisamente, en la dimensión social de la libertad de expresión, lo que implica que la ciudadanía o el público en general, que ve y escucha, se encuentre en posibilidad de recibir todos los pensamientos y opiniones ajenas, para lograr una sociedad plural, tolerante, informada y consciente, características propias de una democracia.

Con base en lo anterior, desde nuestra perspectiva, consideramos que el debate democrático debe permitir la libre circulación de ideas e información en todos los medios de comunicación, respecto de candidatos y partidos políticos, así como de cualquier persona que exprese su opinión o brinde información al respecto, lo cual, sin lugar a dudas, contribuye a que la población en general y el electorado se encuentren debidamente informados.

Por estas razones, afirmamos que el ciudadano tiene el interés, pero además el derecho, de recibir y procesar toda información disponible sobre los antecedentes públicos y privados, las posturas ideológicas y políticas, de los candidatos a cargos de elección popular.

Por último, es necesario puntualizar que, si bien, el ejercicio de los derechos fundamentales no es absoluto o ilimitado, sino que puede ser objeto de ciertas restricciones, las mismas necesariamente deben estar previstas en la legislación, **perseguir un fin legítimo, ser necesarias y proporcionales, esto es, que no se traduzcan en privar o anular el núcleo esencial del derecho fundamental.**⁸³

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009 (párrafos 105-107).

Así, considerando que, en principio, una restricción a la libertad de expresión es ajeno a una sociedad democrática, las restricciones a este derecho deben ser de carácter excepcional y limitarse a lo estrictamente necesario.⁸⁴

En efecto, dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, el Tribunal Interamericano ha considerado que el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo.⁸⁵

Bajo este tenor, la Corte Interamericana igualmente ha señalado que cualquier restricción o limitación a la libertad de expresión, debe examinarse a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias, el contexto en los que se presentaron y el fin último de la limitación bajo análisis, **y no imponer al ejercicio de este derecho condiciones o prohibiciones de carácter absoluto.** *El margen a cualquier restricción al debate político sobre cuestiones de interés público debe necesariamente ser reducido.*⁸⁶

En ese sentido, por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, ha situado a ese derecho en un nivel supremo, al otorgarle una “posición preferente”⁸⁷, sin que ello resulte en la imposibilidad de que, en un caso individual, la

⁸⁴ Véase voto concurrente formulado por el Ministro Juan N. Silva Meza en la Acción de Inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 y 65/2008.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Kimel VS. Argentina* Sentencia de 2 de Mayo de 2008. Párrafo 57.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.* Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafos 154 y 155.

⁸⁷ Cfr. *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 115 (1943)]

libertad de expresión pueda ceder frente a otros derechos o principios constitucionales.

Puntualizamos que, esta interpretación contribuye a la generación del voto libre e informado, lo que implica que los electores tengan a su alcance la información necesaria y suficiente respecto de las personas que representarán sus intereses en los órganos de gobierno.

4.4. Modelo de comunicación política

El *modelo de comunicación política* en México está construido a partir de un sistema de normas constitucionales y legales creadas en dos mil siete y dos mil ocho, dirigidas a establecer lineamientos y directrices para la comunicación de ideas políticas en radio y televisión.

El Poder Revisor Permanente de la Constitución estableció las bases del modelo de radio y televisión, fundamentalmente, en el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con el objeto de tener una mayor comprensión del propósito y finalidad del actual modelo de comunicación política, se debe acudir a la exposición de motivos de la reforma constitucional de dos mil siete⁸⁸, y que de una simple lectura de los dictámenes emitidos por las Comisiones Unidas de la Cámara de Senadores y del dictamen aprobado por la Cámara de Diputados, se observan lo siguiente:

⁸⁸ DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES, Y DE GOBERNACIÓN, CON PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA LOS ARTÍCULOS 6, 41, 85, 99, 108, 116 Y 122; ADICIONA EL ARTÍCULO 134; Y SE DEROGA UN PÁRRAFO AL ARTÍCULO 97 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, mismo que fue publicado en la Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2341-I, viernes 14 de septiembre de 2007

Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Senadores.

[...] Bajo tales tendencias, que son mundiales, la política y la competencia electoral van quedando sujetas no solamente a los modelos de propaganda que le son ajenos, sino también al riesgo de sufrir la influencia de los dueños o concesionarios de estaciones de radio y canales de televisión, o de otros grupos con el poder económico necesario para reflejarlo en esos medios de comunicación, que de tal situación derivan un poder fáctico contrario al orden constitucional.

[...]

Es un reclamo de la sociedad, una exigencia democrática y un asunto del mayor interés de todas las fuerzas políticas comprometidas con el avance de la democracia y el fortalecimiento de las instituciones electorales poner un alto total a las negativas tendencias observadas en el uso de la televisión y radio con fines político-electorales, tanto en periodos de campaña como en todo tiempo.

En suma, es convicción de los legisladores que integramos estas Comisiones Unidas que ha llegado el momento de abrir paso a un nuevo modelo de comunicación social entre los partidos y la sociedad, con bases diferentes, con propósitos distintos, de forma tal que ni el dinero ni el poder de los medios de comunicación se erijan en factores determinantes de las campañas electorales y sus resultados, ni de la vida política nacional.

Este es el reclamo de la sociedad, esta es la respuesta del Congreso de la Unión que esperamos sea compartida a plenitud por las legislaturas de los Estados, parte integrante del

Poder Reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[...]

Dictamen aprobado por la Cámara de Diputados:

[...]

En la nueva Base III del artículo 41 quedan establecidas las normas constitucionales del nuevo modelo de comunicación entre los partidos políticos y la sociedad, tanto en periodos electorales como no electorales.

[...]

Por otra parte, se eleva a rango constitucional la prohibición de que cualquier persona física o moral, contrate propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales, a favorecer o atacar a cualquier partido político o candidato a cargo de elección popular. Dicha prohibición ya existía en la ley, pero su condición de norma imperfecta, así como la ausencia de una base constitucional que la soportara, terminan por hacerla letra muerta.

*Estas comisiones Unidas comparten plenamente lo expresado por el Senado de la República: no se trata de, de ninguna manera, de imponer restricciones o limitaciones, a la libertad de expresión. **El propósito expreso de esta reforma es impedir que el poder del dinero influya en las preferencias electorales a través de la compra de propaganda en radio y televisión.** Este es el único propósito, que para nada afecta, ni afectará, la libertad de expresión de persona alguna, empezando por la que ya gozan, y seguirán gozando, los comunicadores de la radio y televisión.*

[...]

De lo antes transcrito, se advierte que el modelo tiene como objetivos principales:

- Fortalecer y garantizar la equidad en las contiendas electorales.
- Reducir el gasto de las campañas electorales.
- Limitar la influencia política de los medios de comunicación social.
- Disminuir la polarización en las campañas mediante la limitación de las expresiones calumniosas.
- Impedir que actores ajenos a los procesos electorales incidan en las campañas.
- Evitar que la propaganda gubernamental influya en la contienda y evitar la promoción personalizada de servidores públicos.

Asimismo, el artículo 41, Base III, Apartado A, párrafos segundo y tercero, dispone de forma expresa:

Los partidos políticos y los candidatos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.

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 partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la

transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

Al respecto, también se observa que el modelo de comunicación tiene por objeto que todos los partidos políticos y sus respectivos candidatos, tengan acceso equitativo a los tiempos del Estado en radio y televisión, evitando una sobreexposición por parte de alguno de aquellos.

Asimismo, el referido precepto constitucional, regula en términos generales, las prerrogativas que se les otorga a los partidos políticos nacionales para el uso permanente de los medios de comunicación social, a través de un esquema específico de distribución de sus mensajes y programas.

Con la finalidad de garantizar que el acceso a radio y televisión se dé en condiciones equitativas, el artículo constitucional prescribe que:

- Los tiempos en radio y televisión únicamente serán asignados y administrados por el Instituto Nacional Electoral.
- Los partidos políticos, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, no pueden contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad en radio y televisión.
- Cualquier persona física o moral tiene vedada la posibilidad, sea a título propio o por cuenta de terceros, de contratar propaganda en radio y televisión **dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra.**

En ese sentido, se puede observar que este modelo de comunicación, dirigido fundamentalmente a la radio y la televisión,

tiene por objeto fijar pautas o lineamientos para una comunicación equitativa, sin que ello implique el establecimiento de restricciones injustificadas al derecho de libertad de expresión de los que en él participan.

En efecto, el *modelo comunicación política* está diseñado para que ciudadanos, candidatos partidistas o independientes, partidos políticos, medios de comunicación y autoridades se encuentren en plena libertad de poder generar diálogos y debates públicos, en los que **se puedan escuchar todas las voces en forma equitativa**, en la radio y la televisión, es decir, **la finalidad de este esquema regulatorio es permitir la convivencia y confluencia armónica de todos los participantes en el ejercicio de sus respectivos derechos.**

Conforme al vigente *modelo de comunicación política*, es que los partidos políticos y candidatos pueden comunicarse con la ciudadanía, mediante radio y televisión, pero, sólo a través del tiempo del Estado, por lo que está prohibida la contratación y/o adquisición de tiempo en estos medios de comunicación.

Es decir, el *modelo de comunicación política* tiene, como reglas principales, entre otras:

- Que el acceso a radio y televisión no dependa del dinero, garantizando con ello que todos los aspirantes a ocupar cargos públicos puedan tener una comunicación directa con la ciudadanía, con el fin de que se conozcan sus propuestas y plataformas electorales, fomentando de esta forma la emisión de un voto libre, informado y razonado.

- Que uno de los deberes fundamentales de los concesionarios de radio y televisión, **sea el abstenerse de vender tiempo para la difusión de propaganda electoral.**

De esta forma y entre otras razones, el Constituyente estableció la relevancia para prohibir a las personas físicas y morales, la contratación en radio y televisión, de propaganda dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, para evitar que los intereses de los concesionarios de estaciones de radio y canales de televisión, o de otros grupos con el poder económico necesario para reflejarlo en esos medios de comunicación, resultaran determinantes de las campañas electorales y sus resultados o de la vida política nacional, es decir, evitar que con dinero se influyera en las preferencias electorales de la ciudadanía, mediante la compra de propaganda en radio y televisión.

En ese contexto, podemos decir que el modelo de comunicación política inserta la prohibición de contratación de tiempo en radio y televisión para la transmisión de propaganda electoral, con el objeto fundamental de tutelar el **principio rector de equidad en las contiendas electorales.**

Ahora bien, retomando el mismo texto constitucional en el que se establece la prohibición antes mencionada, se puede observar que de forma textual se refiere lo siguiente: *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 partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular.***

Al respecto, desde nuestra perspectiva, el supuesto constitucional debe leerse de **forma integral**; esto es, como una sola porción normativa, en el sentido de que el mensaje debe ser considerado propaganda política dirigido a influir en la preferencia electoral sea **a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular**, y, en este sentido, que de su contenido se advierta la vulneración al principio de equidad en la contienda.

Así lo manifestamos al formular voto particular en el diverso recurso de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-131/2018, en el que se analizó la negativa de la Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral de conceder la medida cautelar respecto del mensaje motivo de análisis, la prohibición constitucional se debe interpretar de manera integral.

Asimismo, resulta relevante el que esta Sala Superior al resolver el diverso recurso de revisión del procedimiento especial sancionador **SUP-REP-165/2017** estableció los alcances interpretativos de la porción constitucional apuntada en el sentido de que: *“...la contratación de propaganda en radio o televisión por personas físicas y morales estará prohibida, siempre y cuando esté **dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, o sea a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos (y precandidatos) a cargos de elección popular.** En este sentido, ambas prohibiciones obligan a las autoridades electorales a analizar el contenido de los mensajes e imágenes en radio y televisión, así como el contexto espacial y temporal en el que se emiten y sus modalidades de difusión, a efecto de determinar si constituyen propaganda política o electoral (ya que la norma no distingue el tipo de propaganda) **y están***

orientadas a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos o sea a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular, y a efecto de determinar si se vio beneficiado un partido político o candidato por dichos contenidos en radio y televisión fuera de los tiempos administrados por el INE”.

La interpretación realizada por este órgano jurisdiccional en la sentencia referida, se dio en el sentido de establecer que, para la configuración de esta infracción a la Constitución, se deben actualizar los elementos siguientes:

- i. La difusión de propaganda, y
- ii. Que esté dirigida a influir en las preferencias electorales, a favor o en contra de algún partido político o candidato.

Por tal motivo, con la finalidad de dar **plena certeza jurídica**, consideramos que el presente asunto se debe resolver con la misma interpretación jurídica y conclusión sustentada en la sentencia SUP-REP-165/2017.

Es por esta razón que, si consideramos que el mensaje o propaganda política que se difunde en radio y/o televisión no influye en las preferencias electorales de los ciudadanos, **ni a favor ni en contra de partidos políticos o de candidatos**, y tampoco se pone en riesgo el principio de equidad en la contienda electoral, desde nuestro punto de vista, no se actualiza el tipo administrativo constitucional en comento.

De esta forma, se debe sostener que si la propia naturaleza de los mensajes resulta ser objetiva o neutral, sin favorecer o perjudicar a algún partido político o candidato, entonces queda de manifiesto

que no se influye en las preferencias electorales de la ciudadanía ni se pone en riesgo el principio rector de equidad en los procesos electorales, lo cual resulta congruente con una interpretación teleológica de la norma, pues atiende de forma integral el propósito u objeto del precepto constitucional, el cual es tutelar la equidad de las contiendas electorales.

En esta lógica, si el mensaje o propaganda política que se difunde en radio y/o televisión no influye en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos, y tampoco se pone en riesgo el principio de equidad en la contienda electoral, desde nuestro punto de vista no se actualiza el tipo administrativo constitucional en comento.

De manera que, la interpretación al artículo 41, Base III, Apartado A, de la Constitución Federal debe necesariamente encauzarse a proteger el principio de equidad en la contienda y no extenderse y prohibir, de manera absoluta, situaciones de hecho no pretendidos por la norma constitucional.

4.4. Primacía constitucional e interpretación armónica a los artículos 6 y 7 en relación con el artículo 41 de la Constitución Política

Como se puso de manifiesto, a raíz de la reforma al artículo 1° de la Constitución Federal de dos mil once en materia de derechos humanos, el eje sobre el que deben interactuar interpretativa y operativamente las disposiciones que los contengan, sea a nivel constitucional o convencional, es atendiendo al **principio de primacía y no el de jerarquía**.

El principio de primacía implica, en última instancia, que la aplicación e interpretación de los principios y valores de la Norma

Fundamental no pueden escindirse de los postulados inherentes al derecho supranacional; o, dicho en otras palabras, nuestro máximo parámetro de constitucionalidad en materia de derechos humanos se integra tanto por nuestra Constitución, como por lo dispuesto en los convenios internacionales en materia de derechos humanos.

De esta manera, al colocar a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en una condición de primacía aplicativa y no de jerarquía, el operador jurídico siempre debe procurar la protección más amplia a la persona considerando la norma fundamental y la norma de carácter supranacional en la materia. Entonces, las restricciones constitucionales a un derecho fundamental deben armonizarse con los principios inherentes a la convencionalidad prescrita en el artículo 1° constitucional.

Así, el análisis de la restricción constitucional a la libertad de expresión prevista en el artículo 41 de la Constitución Federal, debe realizarse considerando los parámetros constitucionales y convencionales y, particularmente, los criterios que nuestro Tribunal Interamericano ha sentado en torno a dicho derecho fundamental, mismos que pueden sintetizarse de la siguiente manera.

- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión, en este sentido, su ejercicio no puede estar sujeto a previa censura.
- La libertad de expresión es un requisito indispensable para la existencia, funcionamiento y consolidación de una sociedad democrática.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

- A margen de una contienda electoral, la libertad de expresión constituye un elemento indispensable para la formación de la opinión pública, debate y discurso político que permite la formación de un electorado informado.
- El ciudadano tiene el interés, pero además el derecho, de recibir y procesar toda la información disponible sobre los antecedentes públicos y privados, las posturas ideológicas y políticas, de los candidatos a cargos de elección popular. Al final, el voto libre e informado implica que los electores puedan tener la información respecto de personas que consideran representen sus intereses en los órganos de gobierno.
- Las restricciones a la circulación de la información no sólo deben minimizarse sino también equilibrarse, en la mayor medida de lo posible, con la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando, en todo momento, el pluralismo informativo.
- Cualquier restricción o limitación a la libertad de expresión, debe examinarse a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias, el contexto en los que se presentaron y el fin último de la limitación bajo análisis, y no imponer al ejercicio de este derecho condiciones o prohibiciones de carácter absoluto.
- El margen a cualquier restricción al debate político sobre cuestiones de interés público debe necesariamente ser reducido.

Entonces, la interpretación a la restricción prevista en el artículo 41 constitucional, necesariamente debe hacerse considerando estos parámetros en la medida en que forman parte del catálogo constitucional en términos del artículo 1º constitucional.

Así, considerando la importancia que tiene la libertad de expresión en la consolidación de un sistema democrático y, en consecuencia, en el marco de un proceso electoral, sostener una prohibición absoluta a su ejercicio, sin analizar las circunstancias particulares del caso, provoca que vaciemos de contenido dicho derecho humano.

En efecto, siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Corte Interamericana y nuestro Máximo Tribunal, la restricción de rango constitucional en el caso concreto, deben llevar nuestro actuar a armonizar y concatenar la teleología que subyace a la libertad de expresión, con otros principios o derechos constitucionales, en el caso concreto, con el principio de equidad en la contienda que subyace en el modelo de comunicación política en materia electoral.

Esto es, si bien existe una prohibición de rango constitucional a la libertad de expresión, también lo es que ésta no puede interpretarse de manera absoluta, sino que debe flexibilizarse, con la finalidad de privilegiar el ejercicio a la libertad de expresión, el cual resulta fundamental para la formación de la opinión pública, cuestión imprescindible en todo proceso electoral.

Como se expuso, nuestra Suprema Corte de Justicia ha reconocido que el intérprete constitucional, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también puede practicar **un examen interpretativo favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional**; es decir, que la disposición restrictiva sea leída

de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.⁸⁹

Lo antes referido, permite dilucidar que esta disposición restrictiva, tiene que interpretarse de la forma más favorable, pues nuestra labor como juzgadores, debe estar encaminada a flexibilizar el precepto constitucional, con la finalidad de afectar lo menos posible, el debate político dentro de la contiendas electorales, sin vulnerar el principio de equidad que resulta indispensable a todos los actores políticos, ciudadanos, personas morales y medios de comunicación masivos para poder cuestionar, indagar y estar debidamente informados sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones, de forma que el electorado tenga información necesaria y suficiente para emitir un voto libre y razonado.

Es nuestra opinión, que dichos mandatos constitucionales y convencionales tienen su aplicación máxima y más necesaria en el discurso pronunciado durante la campaña de un cargo político, pues son elementos imprescindibles para la manifestación de la voluntad colectiva de una determinada comunidad a través del sufragio.⁹⁰

Los preceptos constitucionales y convencionales en cita ciertamente no fueron ideados para permitir la supresión radical y

⁸⁹ Véase tesis de rubro: **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.** Décima Época, Registro: 2010287, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Materia(s): Común, Tesis: 2a. CXXI/2015 (10a.), Página: 2096.

⁹⁰ Véase Opinión de la Corte CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, N° 08-205. CITIZENS UNITED, APELANTE v. FEDERAL ELECTION COMMISSION1 EN APELACIÓN DESDE LA CORTE DE DISTRITO DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL DISTRITO DE COLUMBIA [21 de enero 2010].

tajante de los discursos políticos en los medios de comunicación masiva durante un proceso electoral; consecuentemente, la interpretación a la prohibición constitucional prevista en el multicitado artículo 41, debe armonizarse con este postulado.

De esta manera, si la prohibición prevista en el artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Federal, por la que: *ninguna persona física o moral, a título propio o por cuenta de terceros, puede contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular*, constituye, evidentemente, una restricción a la libertad de expresión; nuestra labor radica en flexibilizar dicha prohibición constitucional de la manera en que menos se afecte el debate político al margen de una contienda electoral. Siempre que dicha flexibilización o modulación a la restricción constitucional no vulnere el principio de equidad en la contienda.

En efecto, convencionalmente existe una exigencia de evitar restricciones absolutas al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, especialmente al margen de un proceso electoral; por lo que, con independencia de que el artículo 41 imponga una restricción, su interpretación debe modularse únicamente para salvaguardar el principio de equidad en la contienda y no extenderse a demás supuestos normativos.

Contrario a lo que afirma el fallo mayoritario, en la interpretación que hagamos del artículo 41, Base III, Apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Federal, **no debemos, ni podemos generar una censura con amplio espectro o de carácter absoluto**; ello nos llevaría a apartarnos de los postulados que la Corte

Interamericana ha sentado en torno a los alcances y límites del derecho a la libertad de expresión.

Sostener la restricción en el sentido que proponen, implicaría reprimir y silenciar cualquier tipo de discurso de carácter o naturaleza política, en cualquier etapa del proceso. De ahí que, en nuestra opinión, el criterio de la mayoría inhibe el proceso de participación política de todos los involucrados en la contienda electoral; cuestión que resulta ajena a los postulados sostenidos por nuestro Tribunal Interamericano y que, como se mencionó, en su conjunto integran el bloque de constitucionalidad al que, en términos del principio de primacía constitucional, invariablemente debemos sujetar nuestro actuar jurisdiccional.

Ello, porque deja de observar que en el proceso electoral es indispensable que todos los actores políticos, ciudadanos, personas morales y medios de comunicación masivos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar.⁹¹

En este orden de ideas, el nivel de información y madurez de un elector no se puede mejorar por el simple hecho de seleccionar lo que puede o no escuchar, recibir o procesar. No podemos utilizar estos medios o restricciones para privar al público y elector del derecho y el privilegio de determinar, por sí mismo, qué discurso y emisores vale la pena considerar.

Ciertamente, la censura a la que nos enfrentamos con el criterio mayoritario tiene un inmenso alcance el que, a nuestro juicio, no

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafos 88 y 90

puede ser adoptado, porque restringe la difusión de cualquier mensaje de carácter político, privando, en consecuencia, al electorado del conocimiento y la opinión de cierta información, elementos vitales para la toma de su decisión democrática.

Al suprimir radicalmente este segmento del debate político, se impide que ciertas voces y puntos de vista lleguen al público y orienten a los votantes sobre qué persona o entidades son hostiles o afines a sus intereses.

Cuando, como en es el caso, se ordena en dónde y cómo una persona puede obtener información o qué fuente de información es o no confiable o debe o no ser escuchada, **se utiliza la censura para controlar el pensamiento**; pasando por alto que en una contienda electoral es importante, “vitalmente importante”, que todos los canales de comunicaciones se encuentren abiertos para éste durante cada elección, que ningún punto de vista sea restringido o prohibido, y que todas las personas tengan acceso a las opiniones.⁹²

Considerando lo expuesto nos apartamos del razonamiento relativo a que para actualizar la prohibición constitucional *basta con que la propaganda esté dirigida a influir en las preferencias electorales existiendo la posibilidad de producir algún efecto en el destinatario del mensaje, sin que sea necesaria una expresión manifiesta de apoyo o rechazo electoral respecto de un partido o una candidatura.*

Así, tampoco coincidimos cuando en la sentencia se afirma que no se observan elementos normativos que exijan flexibilizar la

⁹² Véase Opinión de la Corte CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Nº 08-205. CITIZENS UNITED, APELANTE v. FEDERAL ELECTION COMMISSION¹ EN APELACIÓN DESDE LA CORTE DE DISTRITO DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL DISTRITO DE COLUMBIA [21 de enero 2010].

regla constitucional que se analiza; pues es precisamente, considerando los criterios interpretativos de la Suprema Corte y de la Corte Interamericana, que debemos evitar prohibiciones absolutas al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de ahí que, afirmamos que sí es dable flexibilizar la norma bajo análisis.

Esta interpretación, desde nuestra perspectiva, debe entenderse en el sentido de que cuando determinado mensaje político no ponga en riesgo de manera patente o frontal el principio de equidad en la contienda –tutelado por el artículo 41 constitucional-, es evidente que no nos corresponde censurar el discurso político.

En otras palabras, la interpretación que debe dársele a la prohibición a cargo de particulares de contratar propaganda electoral **no puede ser absoluta, ello a efecto de maximizar el derecho de libertad de expresión** que asiste a la sociedad civil, tanto en la vertiente individual de comunicar ideas y posturas, como de las audiencias para recibir todo tipo de información, acotando el supuesto a los casos en que la expresión implique buscar influir en la contienda electoral o que vulnere frontalmente el principio de equidad en la contienda.

La interpretación anterior, privilegia la **interpretación que más favorece al ejercicio de la libertad de expresión**, y evita el riesgo de restringir indebidamente ese derecho fundamental en perjuicio de los particulares, respecto de temas de interés público, como lo es la educación.

La Constitución protege la expresión y a su emisor, así como a las ideas que fluyen de éstos. Bajo esta óptica, la discusión en torno a los asuntos públicos y los debates sobre los candidatos son

fundamentales para la operación del sistema de gobierno establecido en nuestra Constitución, esto es, el democrático. Por estas razones, el discurso político debe prevalecer sobre las interpretaciones constitucionales que intenten suprimirlo.

Lo anterior, considerando que este Tribunal Electoral ha procurado maximizar el derecho humano a la libertad de expresión en el debate político y, al mismo tiempo, interpretar en forma estricta las restricciones a ese derecho, para no hacer nugatorios los derechos a la libertad de expresión, particularmente en el desarrollo de precampañas y campañas electorales, en donde es necesario proteger y alentar un debate intenso y vigoroso, máxime la dimensión deliberativa de la democracia representativa.

V. Análisis del promocional

El promocional objeto de la controversia es el siguiente:

<i>¿Y si los niños fueran candidatos?</i>	
	
Voz niño: Soy Ricardo, me gustaría una educación para lograr mis sueños, no los de los políticos	Voz niño: Soy Pepe, y quiero que mis maestros sean un ejemplo para todos.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

<p>Voz niño: Soy Andrés, quiero que a mis maestros les hagan exámenes, como nos los hacen a nosotros.</p>	<p>Voz niño: Soy Jaime y quiero escuelas con tecnología y que me enseñen inglés.</p>
 <p>Soy Andrés.</p>	 <p>Y quiero escuelas con tecnología y que me enseñen inglés.</p>
 <p>Y quiero que el cambio en mi escuela, no se detenga.</p>	 <p>Que los maestros no se preparen es insulting and unacceptable.</p>
<p>Voz niña: Yo soy Margarita, y quiero que el cambio en mi escuela, no se detenga.</p>	<p>Voz niño: Que los maestros no se preparen, es <i>insulting and unacceptable</i>.</p>
<p>Voz niño: Quiero que mis maestros se preparen como</p>	<p>Voz off niño: Y quiero que la transformación</p>
 <p>Quiero que mis maestros se preparen como ¡yo mero!</p>	 <p>Y quiero que la transformación educativa avance.</p>
<p><i>¡yo mero!</i></p>	<p>educativa avance.</p>
 <p>Quiero una educación que no la tenga</p>	 <p>Quiero aprender a aprender.</p>
<p>Voz niño: Quiero una educación que no la tenga ni Obama. <i>La magia del poder</i>, es poder estudiar</p>	<p>Voz niño: Quiero aprender a aprender.</p>

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

 <p>Y quiero que mis maestros se preparen mejor.</p> <p>Voz niña: Y quiero que mis maestros se preparen mejor.</p>	 <p>¡No'mbre unos genios!</p> <p>Voz niño: ¡No'mbre unos genios!</p>
 <p>Piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa.</p> <p>Voz niño: Piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa.</p>	 <p>¡México!</p> <p>¡México!</p>
 <p>LA EDUCACIÓN DE TUS HIJOS NO ES NEGOCIABLE.</p>	<p>Mexicanos Primero La educación de tus hijos no es negociable.</p>

Del análisis integral de dicho promocional se advierte lo siguiente:

- El tema central del promocional es la educación en el país, en donde se manifiesta la inclinación de la asociación civil Mexicanos Primero, hacia una *transformación educativa*, la cual refiere debe ser apoyada por la sociedad en su conjunto.
- Entre las ideas centrales del promocional se encuentran las relativas a tener maestros mejores preparados, enseñanza del idioma inglés, escuelas con tecnología, exámenes a los maestros y derecho a la educación en general.

- Lo anterior, a partir de la caracterización de diversas niñas y niños quienes exteriorizan las ideas referidas, en un primer momento, de forma individualizada y finalmente de forma conjunta.

En nuestra opinión, el mensaje objeto de denuncia no pone en riesgo ni vulnera el bien jurídico tutelado de **equidad en los procesos electorales**.

En el video no se promueve el voto, ni se presenta alguna candidatura, sino que las imágenes y voces de los niños se presentan, en favor de la educación en México, por lo que su contenido es neutral, motivo por el que no influye de ninguna manera en las preferencias electorales, ya que en ningún momento emite algún posicionamiento en favor o en contra de Andrés Manuel López Obrador, Ricardo Anaya Cortés, José Heliodoro Rodríguez, José Antonio Meade Kuribreña o Margarita Zavala Gómez del Campo, ni de los partidos políticos que postularon sus candidaturas, sino que el contenido del mensaje alude a un tema de interés general, como lo es la educación en México y se fija una postura en relación con dicho tópico.

En efecto, el tema central del promocional versa sobre el derecho humano a la educación, garantizado por el artículo 3º de nuestra Carta Magna, así como de diversas normas convencionales, sin que ello signifique emitir un pronunciamiento con fines proselitistas, por lo que al amparo de la libertad de expresión y tratarse de un tema de carácter público, no resulta exclusivo de los partidos políticos o candidatos.

Asimismo, el hecho de que en el promocional se pueda identificar a los entonces candidatos presidenciales y solicitar apoyo para llevar a cabo la una transformación educativa, no resultan ser motivos suficientes para influir en las preferencias electorales, pues en ningún momento se ven o escuchan alusiones a favor o en contra de partidos políticos o candidatos, sino que únicamente se difunden opiniones neutrales sobre el tema educativo.

Tampoco se observa que la expresión que se empleó al final del promocional “...*piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa...*”, implicara alguna recomendación de votar a favor de alguien o a no votar por alguno de los candidatos; es decir, no se encontraba dirigido a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos a favor o en contra de algún partido político o candidato; ni se planteó que la transformación educativa que refiere el promocional se contrapusiera con las propuestas electorales de alguno de los entonces candidatos a la Presidencia de la República, o que su contenido favoreciera a alguna de esas opciones políticas, en detrimento del principio de equidad en la contienda.

En efecto, en su última parte, lo que el *spot* transmite a la ciudadanía es la importancia de reflexionar un tema de Estado, como lo es la educación pública de cara a la jornada electoral; ello, únicamente, para una reflexión del ciudadano, sin expresar apoyo alguno a favor o en contra de un candidato o partido político.

El llamado “*piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa*”, desde nuestro punto de vista, no puede entenderse, necesariamente, a que dicha transformación

educativa refiere o está ligada a la supuesta reforma educativa impulsada por la actual administración del Poder Ejecutivo.

La alusión, pensamos, puede entenderse de forma indeterminada refiriéndose por *transformación* a cualquier modificación que mejore el sistema educativo positivamente. Se parte de la idea de que el histórico modelo educativo tiene defectos y es mejorable; y eso, precisamente, invita a que la ciudadanía reflexione sobre la necesidad de entender que el día de la jornada también estaría en juego ese impulso para transformar ese modelo educativo, lo cual, es una alusión indeterminada. En efecto, pensar, como lo propone el fallo mayoritario, en el sentido de que el *spot* alude a la reforma educativa ocurrida en la actual administración del Poder Ejecutivo, es una conjetura subjetiva.

Por estos motivos, nos apartamos de la decisión mayoritaria, debido a que el criterio que sostienen implica una restricción, por demás injustificada, a la libertad de expresión, esto, en el entendido de que la difusión del video denunciado no puso en riesgo ni afectó la equidad en la contienda electoral, en la medida en que **no se hizo un llamado a favor o en contra de algún candidato o partido político.**

Por el contrario, su contenido se dirigió a generar el debate público sobre un tema de importancia nacional, como lo es la educación en el país; por lo que sostenemos que debe privilegiarse la libertad de expresión, pues **la manifestación denunciada no incidió a favor o en contra de algún actor político en el proceso electoral, ni mucho menos vulnera el principio de equidad en la contienda.**

Desde nuestra perspectiva, el contenido del *spot* denunciado está amparado por las disposiciones y parámetros que integran nuestro catálogo de constitucionalidad, particularmente, atendiendo a lo sostenido por nuestro Tribunal Interamericano en relación con la importancia que tiene el restringir, en la menor medida de lo posible, la libre expresión de ideas al margen de un proceso electoral.

El promocional *¿Y si los niños fueran candidatos?* permite, por un lado, la construcción del debate y discurso público y, por otro, la formación de un electorado informado, en la medida en que daba a conocer cuál era la postura de los candidatos sobre un tema de interés público: la educación.

De su contenido no se advierte de manera manifiesta y expresa que con él se vulnere el principio tutelado por el artículo 41 constitucional, esto es, el de equidad en la contienda, puesto que no existen manifestaciones notorias, evidentes, claras o directas de apoyo o rechazo a un partido político o candidato. Por ende, en nuestra opinión, no basta el simple hecho de que una persona moral difunda un determinado mensaje de carácter electoral para que deba censurarse el mismo, puesto que, una postura en ese sentido llevaría a trastocar la primacía aplicativa de los postulados convencionales, mismos a los que nos encontramos sujetos por disposición expresa del artículo 1º constitucional.

En virtud de las consideraciones que han queda expuestas, de manera respetuosa, nos apartamos del criterio aprobado por la mayoría y emitimos el presente **voto particular**.

MAGISTRADO

MAGISTRADA

**FELIPE ALFREDO
FUENTES BARRERA**

**MÓNICA ARALÍ SOTO
FREGOSO**

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO JOSÉ LUIS VARGAS VALDEZ, CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 187, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y 11 DEL REGLAMENTO INTERNO DE ESTE TRIBUNAL ELECTORAL, RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN LOS EXPEDIENTES SUP-REP-594/2018 Y ACUMULADOS.

Con el respeto que me merecen las Magistradas y los Magistrados, disiento de la sentencia dictada en los expedientes arriba indicados, en la que se revoca la sentencia impugnada, para dejar sin efectos la actualización de la infracción de poner en riesgo el interés superior de los menores de edad, así como la sanción impuesta por dicha conducta; y para ordenar la reindividualización de la sanción, en lo tocante a la contratación de tiempos en televisión.

I. Contexto del caso.

La controversia inició con la denuncia que dos ciudadanos y dos partidos políticos presentaron en contra de Mexicanos Primero y otras personas morales, por la difusión en radio y televisión, así como en internet y cineminutos, del promocional denominado “¿Y si los niños fueran candidatos?”.

A juicio de los denunciantes, el promocional vulneraba la restricción prevista en el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero de la Constitución,⁹³ que impide a toda persona física o moral contratar propaganda en radio y televisión para influir en las preferencias electorales a favor o en contra de alguna opción política.

En su oportunidad, la Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral declaró improcedente la adopción de medidas cautelares solicitadas por los denunciantes, esencialmente, por considerar que el promocional abordaba un tema genérico (educación) de interés general que se encontraba en el debate público, y no se observaba ningún contenido que pudiera repercutir en las preferencias electorales a favor o en contra de algún partido político o candidato.

⁹³ ...

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 partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular...

Esa determinación fue impugnada ante esta Sala Superior (SUP-REP-131/2018 y acumulado), quien por mayoría resolvió revocar el acuerdo impugnado, para el efecto de ordenar la suspensión inmediata de la transmisión del promocional denunciado en radio y televisión.

Cabe precisar que, como lo señalé en el voto particular que emití en aquella oportunidad, la sentencia de esta Sala Superior no se limitó a realizar un estudio preliminar y en apariencia del buen derecho para analizar si la difusión del promocional ponía en riesgo algún derecho o principio rector de la función electoral (aspecto propio del análisis sobre la adopción de una medida cautelar), sino que, desde mi perspectiva, se realizó un auténtico estudio de fondo.

En efecto, en dicha sentencia se analizó el contenido íntegro del promocional denunciado y se sentenció que contenía elementos expresos relacionados directamente con el proceso electoral federal en curso, por lo que resultaba indudable que tenía el propósito de influir en las preferencias electorales de la ciudadanía.

En la resolución impugnada, la Sala responsable resolvió el fondo del procedimiento especial sancionador, prácticamente reiterando las consideraciones que esta Sala Superior formuló en la referida sentencia.

II. Problemática planteada.

Del análisis de las demandas que motivaron la integración de los expedientes indicados al rubro, desprendo que los argumentos de los recurrentes giran en torno de los tres temas siguientes:

1. El contenido electoral del promocional denunciado, y la consecuente actualización de la restricción constitucional.
2. La posibilidad de interpretar de manera favorable la restricción constitucional.
3. La calificación de la infracción cometida y la graduación de la sanción impuesta.

No comparto el estudio que se realiza en la sentencia impugnada para atender los tópicos apuntados y, consecuentemente, tampoco coincido con el sentido de la decisión que derivó de dicho análisis.

III. Contenido del promocional denunciado.

En la sentencia aprobada por la mayoría se concluyó que el promocional denunciado contravino la restricción prevista en el artículo 41 constitucional, porque contiene elementos tendentes a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos; de ahí que no pueda considerarse amparado por la libertad de expresión.

Entre los elementos que se consideraron directamente relacionados con el proceso electoral federal en curso destacan los siguientes:

- El promocional se intitula “*¿Y si los niños fueran **candidatos?***”.
- En el spot aparece una niña y cuatro niños con los nombres de los entonces candidatos a la presidencia de la República; además, utilizan ropa semejante y realizan expresiones, gestos y ademanes característicos de los candidatos.
- Voz en *off* de un niño que señala “*piensa bien y **elige al candidato** que apoye la transformación educativa*”.
- La leyenda: “*La educación de tus hijos no es negociable*”.

A mi juicio, contrario a lo sostenido en la sentencia aprobada, el planteamiento de los actores es **fundado**, porque tal como lo alegan, el promocional es de carácter neutro y está amparado por la libertad de expresión, por las razones que enseguida se exponen.

A. Interpretación del artículo 41 constitucional que establece la restricción para que ninguna persona física o moral contrate propaganda en radio y televisión.

Para efectos de claridad, considero importante tener presente el texto de la porción constitucional en estudio, a saber:

“...

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 partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular.** Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.”

La posición mayoritaria considera que la restricción en cuestión se actualiza con la sola existencia de propaganda política o electoral dirigida a influir en las preferencias electorales, ¿en qué sentido?, no se explica, por lo que se entiende que el que sea; 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.

Como ya lo sostuve en el voto particular que emití en la sentencia dictada en los expedientes SUP-REP-131/2018 y acumulado, el supuesto constitucional se debe leer en **forma integral**, como una única conducta prohibida, entendiendo que ésta se actualiza, sólo cuando la influencia en la preferencia electoral es ***a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular.***

Lo anterior, considerando que la finalidad de la norma constitucional en cuestión es tutelar el principio rector de equidad en la contienda electoral.

En esta lógica, si el mensaje que se difunde en radio y/o televisión no influye en las preferencias electorales de los ciudadanos, **ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos**, desde mi punto de vista no se actualiza el tipo administrativo constitucional en comento.

En ese sentido, es posible sostener que un mensaje neutral u objetivo que no favorezca o perjudique a algún partido político o candidato, por su propia naturaleza y contenido no influye en las preferencias electorales ni pone en riesgo la equidad en el proceso electoral.

Actuar en sentido contrario, implicaría censurar mensajes que no contengan de forma clara y evidente elementos de propaganda que pretendan afectar o beneficiar a los partidos políticos y sus candidatos y con ello vulnerar la equidad en la contienda, es decir, se estaría limitando injustificadamente la libertad de expresión y el intercambio de ideas entre la ciudadanía.

B. Certeza jurídica.

Estoy convencido de que todo órgano jurisdiccional tiene el deber de brindar certeza y seguridad jurídica a los justiciables, y una manera de hacerlo es guardando congruencia o consistencia en los precedentes que emite para construir una línea jurisprudencial sólida.

En el caso, es de hacer notar que al dictar sentencia en los recursos de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-165/2017 y acumulados, este órgano jurisdiccional interpretó el contenido del artículo 41, base III, apartado A, tercer párrafo, de la Constitución y estableció que para determinar si alguna persona física o moral desatendió la prohibición ahí contenida, la autoridad electoral debía analizar el contenido de los mensajes e imágenes en radio y televisión, así como el contexto espacial y temporal en el que se emiten y sus modalidades de difusión, a efecto de determinar si constituyen **propaganda política o electoral** (ya que la norma no distingue el tipo de propaganda) y si están orientadas 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.

En tal virtud, para el suscrito resulta claro que, desde aquél precedente, la Sala Superior realizó la interpretación que ahora defiende, en el sentido de que la norma constitucional en análisis prevé una única conducta prohibitiva, contratar propaganda para influir en las preferencias electorales a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos.

En las relatas circunstancias, considero que este órgano jurisdiccional debe seguir sus precedentes para brindar seguridad y certeza jurídica a los justiciables, o en todo caso, argumentar y justificar el cambio de criterio, pero en la sentencia aprobada por la mayoría no se razona nada al respecto.

C. Análisis del mensaje.

Sentadas las bases anteriores, a mi juicio, en el caso concreto no se actualiza la prohibición constitucional en cuestión, ya que del análisis del promocional denunciado no se advierten elementos que de forma directa o indirecta busquen favorecer o perjudicar a algún partido político o candidato.

Por el contrario, en el promocional se expone la visión de la asociación civil Mexicanos Primero, en relación con los elementos que considera necesarios para llevar a cabo una transformación educativa que beneficie a los niños del país.

Dichos elementos, a juicio del emisor, consisten en que: a) se someta a examen a los maestros con la intención de que estén mejor preparados; b) las escuelas cuenten con tecnología, y c) se impartan clases del idioma inglés.

Asimismo, la citada asociación civil decidió como estrategia publicitaria difundir su mensaje a través de una niña y cuatro niños, situación que resulta acorde con la temática del promocional, alusiva a la transformación educativa.

Además, es importante tomar en cuenta que el contenido del promocional es afín con los objetivos de la citada asociación civil, tales como impulsar el entendimiento y la

corresponsabilidad en torno a las prioridades nacionales, comenzando por la educación⁹⁴.

A partir de estos elementos es que considero que el promocional no tiene como propósito influir a favor o en contra de algún partido político o candidato, por lo que en forma alguna vulnera la equidad en la contienda.

En efecto, del análisis del promocional no se advierte que se realice un llamado de forma expresa o implícita a favor o en contra de algún candidato o partido político que participe en el proceso electoral, sino que el alude a un tema de interés general como lo es la educación en México y lo que la referida asociación civil considera debe llevarse a cabo para alcanzar una transformación educativa.

No pasa inadvertido que en la sentencia se argumenta que en el promocional se inserta la expresión: *“piensa bien y elige al candidato que apoye la transformación educativa”*, a partir de la cual se concluye que existen elementos objetivos para advertir la finalidad de influir en las preferencias electorales, invocando como un hecho público y notorio que sólo uno de los entonces candidatos hizo pública la inconformidad con la reforma educativa implementada por el actual gobierno.

Sin embargo, para el suscrito, dicha circunstancia en forma alguna constituye una manifestación expresa y directa de rechazo hacia alguno de los otrora candidatos a la presidencia de la República, porque, como se describió, el

⁹⁴ <http://www.mexicanosprimero.org/index.php/mexicanos-primero/lo-que-hacemos>

spot presenta la postura de la asociación civil respecto del tema educativo, en la cual plantea diversos elementos que resultan relevantes dentro del marco de lo que denominada la transformación educativa.

Así, contrario a lo que se afirma en la ejecutoria aprobada por la mayoría, a mi juicio, el contenido del promocional es neutro pues se limita a expresar la posición de la mencionada persona moral, en relación con lo que considera se debe llevar a cabo para fortalecer el sistema educativo, situación que además forma parte de sus misión y objetivos.

D. Libertad de expresión.

En mérito de lo expuesto, en tratándose de promocionales con contenido neutro o genérico, considero que se debe privilegiar la libertad de expresión, antes que censurar el debate entre los ciudadanos, so pretexto de sancionar supuestas influencias indebidas en el electorado.

Así, la postura adoptada por la mayoría no realiza un ejercicio de ponderación entre los bienes jurídicos involucrados en el caso, libertad de expresión y equidad en la contienda, pues se circunscribe a referir que del mensaje del promocional se desprenden elementos explícitos tendentes a lograr que los ciudadanos voten o elijan una opción específica, a saber: aquella que apoye el tipo de transformación educativa que propone el promocional y que se encuentra en marcha, sin que

se especifique qué candidatura o fuerza política podría resultar beneficiada a afectada con tales declaraciones.

En tales circunstancias, considero que se debió realizar un ejercicio de ponderación de derechos en el que se privilegiara o maximizara el derecho de libertad de expresión que le asiste a la sociedad civil, tanto en la vertiente individual de comunicar ideas y posturas, como de las audiencias para recibir todo tipo de información, salvo en aquellos casos que de forma evidente se busque influir en la contienda electoral a favor o en contra de algún candidato o partido político.

Al respecto, es importante señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la libertad de expresión es la más asociada a las precondiciones de la democracia constitucional, pues a través de su ejercicio se permite a los ciudadanos discutir y criticar a los titulares del poder público, así como debatir reflexivamente para la formación de posición frente a los problemas colectivos.⁹⁵

Ahora bien, resulta relevante señalar que de conformidad con lo establecido por el artículo 6 de la Constitución General, la manifestación de las ideas no será objeto de inquisición judicial o administrativa; sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público.

⁹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Tesis XXXIX/2018, "**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RESTRICCIONES Y MODALIDADES DE ESCRUTINIO**", Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, mayo de 2018, Décima Época, p. 1230.

De igual forma, dicho precepto constitucional dispone que toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.

Por su parte, los artículos 13 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señalan que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, la cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento.

Sobre el tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos refirió en la opinión consultiva 5/85 que la libertad de expresión se analiza en dos dimensiones: la individual, que asegura la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para difundir el pensamiento y llevarlo al conocimiento de los demás, y la social, a partir de la cual los receptores potenciales o actuales del mensaje tienen, a su vez, el derecho de recibirlo, siendo que ambas dimensiones deben ser protegidas simultáneamente, para que adquieran sentido y plenitud en función de la otra.⁹⁶

De igual forma, la Corte razonó que, en su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier

⁹⁶ Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Consultable en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

medio apropiado para difundir su pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios.

En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos, lo que implica el derecho de todos a conocer opiniones y noticias.⁹⁷

En esta dimensión social, se ubican los derechos de las audiencias, reconocidos por el Poder Revisor Permanente de la Constitución, en el propio texto del artículo 6 constitucional.

Los derechos de las audiencias son una forma de materializar, el derecho a la libertad de expresión en su dimensión social y del derecho a la información; esto es, del derecho humano inalienable a estar comunicados.

En materia política, los derechos de las audiencias se satisfacen en la medida en que la ciudadanía, público que ve y escucha, tenga la posibilidad de recibir los pensamientos y opiniones ajenas, para lograr una sociedad plural, tolerante, informada y consciente, características propias de una democracia, ello, siempre dentro de los márgenes constitucionales y legales establecidos.

En las relatadas circunstancias, atendiendo a las peculiaridades del caso, para el suscrito, resulta claro que la interpretación que debió haberse realizado era en el sentido de garantizar la libertad de expresión, ante la difusión de un material que no incide de forma clara o evidente en las preferencias de los

⁹⁷ Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrs. 31 y 32, *Caso López Álvarez vs Honduras*, párr. 163 y *Caso Ricardo Canese vs Paraguay* párrs. 78 a 80.

electores, sino que se constituye como un posicionamiento de una asociación civil, en torno a temas de interés general.

IV. Interpretación favorable de la restricción constitucional.

La postura mayoritaria consideró **infundado** el planteamiento de varios de los recurrentes que fueron sancionados por la Sala Especializada, en el sentido de que dicho órgano jurisdiccional debió haber realizado una interpretación *pro persona* y *progresiva* de la restricción que la Constitución impone a toda persona física o moral para contratar propaganda en radio y televisión, con el objetivo de privilegiar las libertades de expresión y de información.

Lo anterior, al considerar que la restricción en comento **es absoluta** y, por tanto, no es posible realizar una interpretación flexible para hacerla compatible con el ejercicio de la libertad de expresión, esencialmente, por las razones siguientes:

- Es una restricción establecida directamente por el Poder Constituyente Permanente.
- El propio artículo 1º constitucional dispone que los derechos fundamentales pueden restringirse o suspenderse en los casos que la propia Constitución prevé.
- La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que las restricciones constitucionales sobre derechos humanos prevalecen sobre la norma convencional.
- Esta Sala Superior ha sostenido el criterio de que la prohibición de contratar propaganda electoral no

transgrede las libertades constitucionales de los concesionarios (expresión, información y comercial).

Como se advierte, los Magistrados que suscribieron la posición mayoritaria consideraron, medularmente, que la restricción en estudio no es susceptible de interpretación alguna (salvo la restrictiva) por el mero hecho de estar prevista en la Constitución.

Comprendo que el planteamiento de los recurrentes nos impone atender un tema de especial complejidad, precisamente, porque solicitan a este máximo Tribunal en la materia electoral que interprete una restricción establecida en la Constitución.

En tal virtud, desde mi perspectiva, la cuestión a dilucidar es de la mayor relevancia pues se debe establecer si, como lo interpreta la mayoría, las restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos son excepciones a la regla general del principio *pro persona*, o bien, si éste es la excepción a la regla general de las restricciones constitucionales expresas contenidas en la Carta Magna. Lo complejo de la decisión estriba en que ambas normas están plasmadas en el artículo 1º constitucional y, además, surgieron en un mismo momento constituyente.

En opinión del suscrito, la Sala Superior debe aprovechar casos como este para desplegar a plenitud sus atribuciones y fungir como un auténtico Tribunal Constitucional en materia electoral fijando criterios de vanguardia que abonen a la protección y

máxima eficacia de los derechos fundamentales vinculados con los derechos político-electorales.

En ese sentido, me inclino por la segunda de las posturas que he expuesto y, por tanto, disiento de la postura mayoritaria, pues se limita a realizar una interpretación literal del texto constitucional que se traduce en una aplicación indiscriminada de la restricción a la libertad de expresión que, a todas luces se aparta de las obligaciones que toda autoridad tiene en materia de protección y garantía de derechos humanos, de conformidad con las directrices establecidas en el artículo primero constitucional.

Como punto de partida, y en un ánimo de delinear mi postura sobre el tópico en estudio, considero oportuno plantear el siguiente cuestionamiento: si el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta Sala Superior, la jurisprudencia y la doctrina han determinado que ningún derecho es absoluto ¿por qué las restricciones sí deben ser absolutas?

Desde mi perspectiva, al igual que los derechos, las restricciones no son absolutas y tratándose de éstas últimas, siempre debe haber garantías que deben observarse para que la aplicación de las restricciones resulte válida.

Sobre esa base, considero que corresponde a los juzgadores resolver las controversias que se susciten por la aplicación de una restricción constitucional a derechos humanos, pero

utilizando y aplicando las reglas constitucionales de interpretación fijadas en el artículo 1° constitucional.

El párrafo segundo del referido precepto establece que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con el propio texto constitucional y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Por tanto, el principio *pro persona* vincula a todos los operadores jurídicos a aplicar la norma o elegir la interpretación más protectora de derechos humanos; e inversamente, a aplicar la norma o a elegir la interpretación más restringida en aquellos asuntos relacionados con restricciones al ejercicio de derechos humanos.

Así, es dable colegir que el principio *pro persona* tiene dos dimensiones centrales: **1.** Interpretativa o deber de **elección de la interpretación** más favorable a los derechos humanos; y **2.** Normativa o deber de **elección de la norma** más favorable a los derechos humanos.

Para efectos de este voto, me centraré en la primera de las dimensiones apuntadas, la interpretativa.⁹⁸ Para ello, considero imprescindible iniciar estableciendo que la Constitución al ser un conjunto de normas, al igual que los Tratados

⁹⁸ Considero que la opción normativa (deber de elegir la norma más favorable a los derechos humanos) **no resulta aplicable** en la interpretación que se realiza, atendiendo al principio de supremacía constitucional. Ello es así, porque se está analizando una norma constitucional que, aun en el sentido que se propone, ni esta Sala Superior ni ningún otro órgano jurisdiccional podría inaplicar o dejar de lado.

Internacionales, la Ley, los reglamentos, y toda en general, puede implicar más de una interpretación.

Precisado lo anterior, a juicio del suscrito el mandato interpretativo fijado en el artículo 1° constitucional obliga al operador jurídico a optar por el sentido normativo que represente la mejor opción para los derechos humanos, lo que implica excluir los significados normativos que representen restricciones al ejercicio de aquéllos.

Y como la Constitución no distingue, considero que la dimensión interpretativa del principio *pro persona* aplica a todos los órdenes jurídicos (incluyendo a la propia Constitución y sus restricciones expresas) y respecto de la actuación de todos los poderes públicos.

Ahora bien, en la interpretación que propongo no pasa inadvertido el contenido de la Contradicción de tesis 293/2011 en la que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, en lo que al caso interesa, lo siguiente:

- 1) Principio *pro persona* (dimensión normativa).** Por regla general, los operadores jurídicos deben elegir la norma más favorable a los derechos humanos en caso de conflicto. Por excepción, **los jueces tienen prohibido desatender las restricciones constitucionales expresas.**

2) Principio *pro persona* (dimensión interpretativa). Por regla general, los jueces y operadores jurídicos deben interpretar todo el sistema jurídico nacional e internacional de la manera más favorable a los derechos humanos.

Sin embargo, como lo he venido exponiendo, es la dimensión interpretativa del principio *pro persona* la que permite a los operadores jurídicos hacer un esfuerzo para desprender significados normativos que tiendan a proteger y garantizar los derechos humanos.

Sobre esa base, comprendo que, atendiendo a lo establecido por el máximo tribunal, en el sentido de que las restricciones constitucionales deben prevalecer por encima de las normas de fuente internacional, pudiera haber resistencia para interpretar dichas restricciones a la luz de los derechos humanos reconocidos en Tratados internacionales.

Sin embargo, a mi juicio, no existe base alguna que impida que las restricciones constitucionales se interpreten sistemáticamente, a partir de los derechos y garantías constitucionales que rodean la restricción.

En ese sentido se ha pronunciado recientemente la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la Jurisprudencia 2a./J. 163/2017 (10a.) de rubro: **“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.⁹⁹

Al emitir dicho criterio, la Suprema Corte consideró que, si bien, el Tribunal Pleno resolvió en la Contradicción de tesis 293/2011 que 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; **nada impide que el intérprete constitucional, al hacer prevalecer 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 esa línea, consideró que no porque el texto de la Constitución deba prevalecer, **su aplicación debe realizarse de manera indiscriminada**, sino que lejos de ello, el compromiso derivado de la propia contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición suprema, **ésta sea leída de la forma más favorable posible**, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.

La doctrina también ha explorado el camino seguido por la Corte, algunos juristas han concluido que *“la Constitución no*

⁹⁹ Segunda Sala. Décima Época. *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I, pág. 487.

solamente es la restricción constitucional entendida de forma aislada; la Norma Suprema es más que la restricción constitucional.” y, por tanto, toca al juzgador delimitar las restricciones constitucionales y excluir su dimensión autoritaria, a fin de hacer eficaces los derechos humanos.¹⁰⁰

Desde mi perspectiva, de la nueva visión de la Corte, resulta claro que el alcance de las restricciones constitucionales debe definirse en forma casuística, sistemáticamente y a la luz de los derechos y garantías que condicionan la validez de su aplicación en los casos concretos.

Esta visión progresista y protectora de derechos humanos que está forjando el máximo tribunal del país es la que orienta mi disenso con la decisión avalada por la mayoría, pues estoy convencido que lo correcto era seguir el criterio expuesto e interpretar la restricción que el artículo 41 constitucional impone a toda persona física o moral en materia de contratación de propaganda electoral en radio y televisión, de la manera más favorable.

En el caso, considero que la sentencia aprobada por la mayoría realiza una aplicación indiscriminada de la anotada restricción pues, a pesar de que se reconoce expresamente que del contenido del promocional cuestionado no se desprenden elementos que denoten la intención de influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en

¹⁰⁰ Silva García, Fernando, “*El principio pro persona como mecanismo de control judicial de la Constitución*” en “*Derechos constitucionales e internacionales, Perspectivas, retos y debates*”, México, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 594.

contra de algún partido político o candidato (reconocen que no se acredita el supuesto previsto expresamente en la propia restricción) resuelven que se infringió la norma y estiman que ha lugar a imponer una sanción.

Contrario a ello, considero que tal como lo ha sostenido la Suprema Corte, sin vaciar el contenido de la disposición restrictiva, era posible leerla de una manera más favorable.

En concreto, es mi convicción que la restricción en cuestión debió analizarse de manera sistemática con las libertades de expresión y de información, y tomando en cuenta el contexto fáctico del asunto -estaba en curso la etapa de campaña del proceso electoral federal 2017-2018 para elegir, entre otros, al presidente de la República-.

De tal manera que, para tener por acreditada la restricción de contratar propaganda, era menester realizar un análisis exhaustivo y cuidadoso del material denunciado y, sólo si de dicho estudio se tenían plenamente acreditados todos los elementos de la conducta prohibida (que se contrató propaganda con la intención de influir en las preferencias electorales, en favor o en contra de alguna opción política), era dable considerar por infringida la disposición constitucional.

Es decir, mi interpretación no va en el sentido de inobservar y menos inaplicar la restricción constitucional, sino únicamente en no aplicarla de forma indiscriminada y así cumplir con el deber

normativo derivado del multi aludido artículo 1° constitucional de excluir significados normativos autoritarios o restrictivos.

Así, con sustento en lo previamente expuesto, coincido con la postura adoptada por la doctrina, en el sentido de que el principio *pro persona* puede operar como un mecanismo de control judicial atenuado (al ser exclusivamente interpretativo) de la propia Constitución¹⁰¹, pues estoy convencido de que los órganos jurisdiccionales deben pugnar y abonar por revalorizar la universalidad de los derechos humanos y hacerlos prevalecer sobre los enfoques nacionales.

Consecuentemente, como lo adelanté, me aparto de la interpretación y decisión mayoritaria, porque considero que se aparta del contenido del artículo 1° constitucional, que obliga al juzgador a favorecer la protección más amplia a la persona, y se inclina en favorecer las restricciones constitucionales expresas por encima de los derechos humanos, dejando de lado el contenido esencial de la reforma constitucional de 2011.

V. Imposición de la sanción.

Con relación a la imposición de la sanción, tanto los denunciados como los sancionados hacen valer agravios ante esta Sala Superior, los primeros pretenden que se imponga una sanción mayor y los segundos quieren que se deje sin efectos

¹⁰¹ Ver “*El principio pro persona como mecanismo de control judicial de la Constitución*” del Juez Federal Fernando Silva García en “*Derechos constitucionales e internacionales, perspectivas, retos y debates*”, México, Tirant lo Blanch, 2018. También “*Derechos Humanos y restricciones constitucionales: ¿Reforma constitucional del futuro vs. Interpretación constitucional del pasado? (comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)*”, en “*Cuestiones Constitucionales*”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 30, enero-junio 2014.

la amonestación.

En la sentencia aprobada por la mayoría se dejó sin efectos la imposición de la amonestación pública a las personas morales involucradas por poner en riesgo al interés superior de la niñez, y se ordenó a la Sala responsable que reindividualizara la sanción impuesta por la contratación de tiempos en televisión para difundir propaganda electoral.

No comparto las consideraciones que sustentan la sentencia en la parte en estudio.

En primer término, por congruencia con la postura general que he venido exponiendo en el presente voto; esto es, como para el suscrito el promocional denunciado es de carácter neutro o genérico porque únicamente transmite una opinión o postura con relación a un tema de interés general (educación), y no advierto elementos tendentes a influir a favor o en contra de alguna opción política, lógicamente no se acredita la comisión de ninguna infracción.

En esa lógica, desde mi perspectiva, la responsable debió haber decretado la inexistencia de la infracción denunciada y, consecuentemente, **no debió haber impuesto ninguna sanción.**

Para el suscrito, la sanción impuesta en el caso particular genera un efecto de auto censura, o bien, disuasivo,

amedrentador o inhibitor en la sociedad civil, ante los eventuales reproches que pudieran emitirse por el ejercicio de la libertad de expresión, en lugar de fomentar la participación de la ciudadanía en los temas de interés general¹⁰².

En otro orden coincido, aunque por otras razones, con que no se sancione a las personas morales denunciadas por la supuesta afectación al interés superior de la niñez, pues, si bien se puede observar que en el video aparecen tres niños y una niña, el análisis correspondiente al cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales no compete a esta autoridad jurisdiccional, ya que, como se ha insistido, el promocional no es de naturaleza electoral.

Este órgano jurisdiccional ha sostenido que “el interés superior de la niñez es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño o a una niña en algún caso concreto o que pueda afectar los intereses de las niñas y los niños, lo cual demanda la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida relativa ante situaciones de riesgo”.¹⁰³

Empero, la adopción de medidas protectoras de dicho principio debe adoptarse caso por caso y de acuerdo con las normas aplicables y por la autoridad competente para aplicarlas.

¹⁰² Similares consideraciones se sostuvieron respecto de la actividad periodística en los expedientes SUP-REP-137/2017, SUP-REP-27/2018, SUP-REP-28/2018, SUP-REP-29/2018 y SUP-REP-32/2018.

¹⁰³ Véase SUP-REP-38/2017.

En ese sentido, la Constitución Federal mandata en su artículo 4, párrafo noveno 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.

Asimismo, la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en sus artículos 8 y 10 establece que las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias impulsarán la cultura de respeto, promoción y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, basada en los principios de dicha Ley, así como adoptar medidas de protección especial de sus derechos cuando se encuentren en situación de vulnerabilidad.

En tales circunstancias, se obtiene que las autoridades de los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus atribuciones, se encuentran obligadas en todo momento a proteger el interés superior de la niñez.

Por ello es que considero que, si bien esta autoridad jurisdiccional puede adoptar las medidas necesarias, a efecto de que se respete el interés superior de la niñez respecto de actos en materia electoral, no así de aquellos que se encuentren en el ámbito de competencia de otras autoridades, como sucede en el caso, ya que la propaganda motivo de controversia, como se refirió, no es de naturaleza electoral.

La competencia de esta autoridad se restringe a conocer de aquella publicidad de carácter electoral, en la que aparezca la imagen de menores de edad. Si en el caso, como lo sostengo, la publicidad no tiene la finalidad de incidir en las preferencias electorales de los ciudadanos a favor o en contra de candidato o partido político alguno, no existe justificación para que este órgano jurisdiccional conozca de la misma.

Es por estas consideraciones es que disiento de la decisión mayoritaria.

MAGISTRADO

JOSÉ LUIS VARGAS VALDEZ

VOTO CONCURRENTES DE LOS MAGISTRADOS REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN Y FELIPE DE LA MATA PIZAÑA, EN RELACIÓN CON EL RECURSO DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR SUP-REP-594/2018 Y ACUMULADOS¹⁰⁴

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

¹⁰⁴ Colaboraron en su elaboración Santiago J. Vázquez Camacho, Osiris Vázquez Rangel y Mauricio I. del Toro Huerta.

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.

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.

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 Superior¹⁰⁵, coincide con lo sostenido en el Dictamen de las

¹⁰⁵ **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”.

comisiones de la 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 [...] **(Resaltado de este voto)**¹⁰⁶.

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

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.

¹⁰⁶ 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.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular; [...] **(Resaltado 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 por la que ya gozan, y seguirán gozando, los comunicadores de la radio y la televisión”¹⁰⁷. **(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.

¹⁰⁷ 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.

- 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 información**¹⁰⁸, que deben **interpretarse de forma restrictiva** e, incluso, **conforme al principio pro persona**¹⁰⁹.

Se trata de una **restricción expresa al ejercicio de la libertad de expresión y de información** de las personas¹¹⁰, ya que la

¹⁰⁸ 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”).

¹⁰⁹ **SUP-REP-165/2017 y acumulados**, resuelto por unanimidad de votos el 7 de febrero de 2018.

¹¹⁰ 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, entendiendo 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

disposición 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.**

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 acudir 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 prevalecer 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". **(Resaltado nuestro).**

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”¹¹¹.

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”¹¹².

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

¹¹¹ Véase Vázquez Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM-IIIJ, México, 2015, páginas 171 a 178.

¹¹² 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.

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**¹¹³, sí puede ser interpretada de 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 estrictos¹¹⁴.

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

¹¹³ 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”.

¹¹⁴ 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.

expreso a discutir temas de la agenda pública (“*issue advocacy*”) y mensaje simulado o farsante para evitar una sanción derivada de un llamamiento expreso al voto (“*sham issue advocacy*”) desarrollados por las cortes en los Estados Unidos de América en los casos *Buckley v. Valeo* (1976)¹¹⁵, *Austin v. Michigan State Chamber of Commerce* (1990)¹¹⁶, *McConnell v. Federal Election Commission* (2003)¹¹⁷, *FEC v. Wisconsin Right to Life Inc.* (2007)¹¹⁸ y la legislación de ese país¹¹⁹, 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 advocacy*”) constituye propaganda que contiene 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

¹¹⁵ Sentencia 424 U.S. 1 (1976). Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

¹¹⁶ Sentencia 494 U.S. 652 (1990). Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

¹¹⁷ Sentencia 540 U.S. 93 (2003). Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

¹¹⁸ Sentencia 551 U.S. 449 (2007). Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

¹¹⁹ Por ejemplo, la *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002 que reformó el *Federal Election Campaign Act* de 1971.

inequívoca tenga un sentido equivalente de solicitud de sufragio a favor o en contra de alguien¹²⁰.

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*”).

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

¹²⁰ Véase expedientes **SUP-JRC-194/2017**, **SUP-REP-146/2017** y **SUP-REP-159/2017**.

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”¹²¹. Dicha legislación fue emitida con la finalidad de prohibir la “*sham issue advocacy*”¹²².

El concepto de “***sham issue advocacy***” evidencia la existencia de propaganda que promueve o desacredita las opiniones de un determinado candidato o partido político, pero que están elaboradas de manera cuidadosa a efecto de evadir el uso de las “palabras mágicas”¹²³.

¹²¹ 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*”.

¹²² Véase Potter, Trevor y Jowers, Kirk L., “Issue and express advocacy”, en *The New Campaign Finance Sourcebook*, Chapter 8, 2003.

¹²³ 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*

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 previsibles 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 público¹²⁴.

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 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

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.

¹²⁴ 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”.

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 comunicación¹²⁵: 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 Internet¹²⁶ y cines¹²⁷. 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

¹²⁵ 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.

¹²⁶ 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).

¹²⁷ 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).

sentido de que su finalidad es persuadir a su auditorio a que actúe o se comporte de una forma particular con base en una determinada selección de palabras o información¹²⁸.

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 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

¹²⁸ 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”.

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”¹²⁹.

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 abril¹³⁰, mes en que el entonces candidato de MORENA ya había hecho diversas declaraciones en contra de la reforma educativa¹³¹.

¹²⁹ 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>

¹³⁰ 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).

¹³¹ 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”,

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

Por otra parte, también es claro que sólo un candidato se dirigió a ciertos grupos de maestros prometiéndoles cancelar la reforma educativa¹³². Si 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”***.

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=UPT417gOs6s>

¹³² 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>

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, compartimos la decisión mayoritaria en el sentido de revocar la sanción impuesta por la supuesta vulneración del 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**

5/2017¹³³, 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.

No se requerirá el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad o tutela de niñas, niños o adolescentes, cuando la entrevista tenga por objeto

¹³³ **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”**.

**SUP-REP-594/2018
Y ACUMULADOS**

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 niñas¹³⁴.

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

¹³⁴ 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.

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, 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 Cinematografía¹³⁵, con la participación, como coadyuvante en el procedimiento, de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes¹³⁶.

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.¹³⁷

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 78¹³⁸, es

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ 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).**

¹³⁸ **“Artículo 148.** En el ámbito federal, constituyen infracciones a la presente Ley:

[...]

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**¹³⁹.

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**

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;

[...]

¹³⁹ 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 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).

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 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 PIZANA