

Libertad de expresión, equidad y fraude a la ley electoral*

*Freedom of expression, fairness
and fraud to the electoral law*

Luis Efrén Ríos Vega**

RESUMEN

Es discutible la concepción propagandística o informativa de la publicidad institucional. En el primer caso, leer la facultad de las instituciones públicas de difundir sus actividades oficiales como un derecho de los funcionarios públicos permite justificar la propaganda política y electoral en cualquier caso; en cambio, entender que la potestad estatal representa un derecho fundamental a la información de las personas significa permitir la propaganda institucional en la medida en que lo exijan las prestaciones de información que se requieren justificar a favor de las personas.

PALABRAS CLAVE: *Libertad de expresión, propaganda electoral, publicidad institucional, elecciones, medios de comunicación, transparencia.*

ABSTRACT

It is questionable the propagandistic conception or the informative character of corporate advertising. In the first case, read the power of public institutions to publicize their official activities as a right of Civil Servants have, it allows justification of political and electoral propaganda in any case; however, understand that State authority represents a fundamental right to inform the people, it means allowing corporate propaganda to the extent otherwise required to justify information in favor of the people.

KEY WORDS: *Freedom of speech, election propaganda, institutional advertising, elections, media, transparency.*

* Recibido: 22 de agosto de 2012. Aceptado: 30 de septiembre de 2012.

** Director de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila, México.
(luisriosvega@hotmail.com).

Sumario

1. Introducción
2. Los tres casos: textos, contextos y soluciones
 - A) Antecedentes del problema
 - B) El contexto normativo
 - C) Circunstancias relevantes de los casos
 - D) Las preguntas del caso: las cuestiones clave
3. La igualdad del poder electoral
 - A) La garantía de la elección libre
 - B) La mediatización de la política
4. El mercado libre de las ideas *vs.* la regulación libre de las ideas
 - A) El problema de la propaganda institucional
 - B) La cuestión mexicana de la propaganda institucional
5. El caso verde
6. El test de la inequidad propagandística

1. Introducción

En este trabajo pretendo analizar tres casos relevantes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) relativos al modelo de comunicación política que se diseña, desde la Constitución, para garantizar una elección libre y auténtica en México.¹ Se trata de problemas concretos de una categoría sospechosa de propaganda fraudulenta que pone a prueba al sistema jurídico que pretende tutelar el acceso de los partidos a los medios de comunicación, en igualdad de condiciones, para promover su propaganda política durante un año electoral, sin ventajas ni restricciones indebidas o desproporcionadas. La cuestión reside en la razonabilidad o no de las condiciones de ventaja mediática que un partido puede sacar en beneficio propio a partir de una presunta propaganda fraudulenta realizada por un tercero, como campaña paralela, en donde, por un lado, puede ser

¹ No obstante que examinaré una tipología muy concreta de casos mexicanos que están sujetos a una legislación nacional, delimitada por un contexto político e influida por una serie de factores reales e históricos, los problemas a tratar aquí no son necesariamente distantes o ajenos a las cuestiones que, en otros sistemas electorales de América o Europa, también se pueden presentar. El problema de las campañas paralelas de terceros, que pueden romper la equidad en la contienda por la superioridad mediática que un partido obtiene en perjuicio de otros, es un tópico electoral que forma parte de una agenda temática común en toda democracia electoral. Se trata, pues, de un estudio en el marco de un "derecho electoral común" en las diferentes regiones del mundo que comparten una serie de principios básicos sustentados en la idea de las elecciones libres, justas y auténticas.

parlamentarios que difunden, en medios electrónicos o impresos, sus informes legislativos antes y durante el periodo de una campaña electoral; pero también, por otra parte, como resultado de una promoción comercial de unas empresas concesionarias o publicitarias que resaltan una determinada posición electoral que de manera (in)directa beneficia a un partido, por constituir un promocional a favor del mismo en plena campaña electoral. En ambos casos, el problema central radica en determinar si esta publicidad paralela, realizada por terceros, con o sin el consentimiento del partido beneficiado, constituye una propaganda ilegal por eludir de manera fraudulenta la norma constitucional de prohibición de contratación libre de publicidad en las contiendas electorales.

Dividiré el tema en seis apartados. En primer lugar, como punto de partida, delimitaré la problemática a partir de la intervención de los poderes públicos (legisladores y grupos parlamentarios) y mediáticos (empresas publicitarias o concesionarias de radio y televisión) que pretenden, a través de campañas paralelas, beneficiar a un partido en una contienda electoral, conforme al texto, contexto y soluciones de los casos electorales a tratar.

Por otra parte, describiré el eje rector para examinar estas cuestiones: la igualdad de poder en las campañas electorales. Luego sistematizaré los dos modelos de contratación de publicidad en las elecciones: el americano y el europeo, para entender luego el caso mexicano. En seguida, asumiré una toma de postura conceptual: expondré como regla que la libertad de expresión de los legisladores, grupos parlamentarios o empresas publicitarias o de medios de comunicación permite la libre contratación, expresión y difusión de publicidad política, e incluso electoral, salvo casos de fraude a la ley que implican supuestos en donde los partidos se benefician de manera arbitraria, fraudulenta o simulada, de una propaganda ilegal de terceros que eluden las reglas prohibitivas del modelo de comunicación política en las campañas electorales que pretenden tutelar la equidad. En quinto lugar, examinaré las diversas problemáticas de los casos concretos que, conforme a las categorías conceptuales que apuntaré, se pueden desarrollar en un contexto deliberativo de enfoques teóricos que permite ofrecer opciones pragmáticas.

Finalmente, presentaré algunos apuntes para describir las ecuaciones o fórmulas normativas que me parecen más adecuadas para solucionar en un futuro casos similares y que, por tanto, pueden servir de base para la construcción de una “regla de la propaganda fraudulenta” que permita testear cuándo sí y cuándo no estaríamos en la hipótesis de una propaganda que evade en forma ilegal una norma prohibitiva del sistema de comunicación político-electoral.

2. Los tres casos: textos, contextos y soluciones

En México, el tema central de la reforma electoral (2007-2008) consistió en la construcción de un nuevo modelo de comunicación político-electoral cuyo eje toral es, por un lado, la asignación gratuita, a favor de los partidos, de los tiempos aire de radio y televisión a partir de una fórmula equitativa basada en el peso electoral (30/70), pero, por el otro, establecer, bajo el principio de equidad en la contienda, un sistema de restricciones absolutas y relativas a los partidos, particulares y funcionarios públicos, respectivamente, para contratar spots publicitarios que puedan influir indebidamente en los procesos electorales.

Los alcances y límites del nuevo modelo, sin embargo, se pusieron a prueba en el proceso electoral 2009. En este artículo pretendo analizar los casos relevantes que plantean, sobre todo, la regla y las excepciones de la propaganda institucional de los legisladores y de los partidos. La cuestión radica en determinar si dicha propaganda está permitida o prohibida bajo el principio de equidad, el cual orienta el problema del fraude a la ley de la propaganda simulada o encubierta que puede vulnerar el sistema restringido de contratación de spots en radio y televisión que emana de la Constitución mexicana.

A) Antecedentes del problema

En México, el tema de la propaganda institucional y su contratación en los medios se ha convertido en uno de los problemas actuales del proceso electoral. ¿Por qué? Este tipo de propaganda plantea la cuestión de la equidad en la competencia: ¿si es válido o no que un funcionario público difunda sus actividades oficiales que pueden beneficiarlo a él o a su partido en una campaña electoral? O bien: ¿si un operador mediático puede expresar una serie de promocionales que benefician a un partido en plena campaña electoral? Dicho de otra manera: la ventaja en los medios que puede producir la difusión de la propaganda del poder público o mediático trae como consecuencia una mayor exposición, ante el electorado, de la propaganda política de un partido, funcionario o candidato que puede crear una situación de inequidad frente a sus demás contendientes. ¿Es aceptable? ¿En qué medida se puede limitar o no?

En efecto, la transición democrática en México ha pasado del problema del modelo del control electoral a las cuestiones concretas de la competencia electoral. En un primer momento, los problemas se centraron en la organización electoral: por la tradición histórica del régimen político basado en un partido

hegemónico (1929-2000) que dominaba, entre otras razones, por el control que tenía de las autoridades electorales, la respuesta de las reformas electorales de primera generación que se hicieron en los años noventa, principalmente, se dirigieron a constituir la autonomía e independencia del Instituto Federal Electoral (IFE) y del TEPJF, a fin de garantizar elecciones libres y auténticas, sin la organización o calificación del partido en el gobierno. La cuestión, por tanto, residía en resolver la intervención del gobierno en el proceso de organización, calificación y validez de un proceso electoral: el partido en el gobierno era juez y parte, lo cual se erradicó con el modelo electoral actual: un IFE como órgano constitucional autónomo, y un TEPJF como órgano jurisdiccional especializado. Ahora, por tanto, los problemas de intervención gubernamental en los procesos electorales son diferentes: los funcionarios e instituciones públicos, a la hora de que los partidos compiten por el voto, pretenden difundir con mayor ventaja su propaganda oficial, lo cual plantea problemas en la equidad de la contienda.

Pues bien, este problema de la propaganda institucional se inscribe bajo este nuevo contexto de la reforma electoral de 2007, a partir de dos temas principalmente:

a) El tópico de las restricciones a la propaganda oficial

Antes de la reforma de 2007 era muy frecuente ver en cada elección federal o estatal dos prácticas políticas:

- 1) Por un lado, el funcionario público que aspiraba a otro cargo político utilizaba el recurso público de manera sistemática y recurrente para promover su imagen en las campañas publicitarias oficiales a fin de obtener un mejor posicionamiento, previo a cualquier elección, y
- 2) En tiempos de campaña, por su parte, se observaba que el partido en el gobierno, sean cual fueren sus siglas, intensificaba sus mensajes publicitarios oficiales para beneficiar, claramente, a su partido y sus candidatos en la contienda.

Estos problemas generaron la discusión sobre regular en la ley estas prácticas. Algunas legislaciones locales prohibieron en las elecciones la difusión de los mensajes oficiales durante las campañas electorales. Pero no fue sino hasta la reforma electoral de 2007 cuando se establecieron dos principios constitucionales rectores: por un lado, la prohibición de difundir la imagen personal de los servidores públicos en la propaganda institucional (artículo 134 constitucional)

y, por el otro, la prohibición de difundir propaganda política, a favor o en contra de los partidos, o para influir en las preferencias electorales, diferente a la que se asigna por medio de los tiempos oficiales a los partidos, por conducto del órgano electoral (artículo 41 constitucional).

Con estas nuevas prohibiciones se pensó, desde luego, resolver los problemas de la propaganda institucional, pero el contenido de las normas y las nuevas prácticas políticas que pretenden eludir las restricciones actuales generaron nuevos problemas que son parte de los casos a analizar.

b) El tópico de las restricciones a la libre contratación de spots en radio y televisión

El otro problema que se observaba antes de la reforma de 2007 consistió en las desventajas que producía el sistema de libre contratación de spots en radio y televisión para las campañas electorales. En efecto, antes de 2007 la legislación electoral mexicana establecía un modelo (americano) de libre contratación de spots, con algunas restricciones: cada partido tenía derecho a contratar en forma libre tiempo aire, siempre que no se excediera del tope de gastos de campaña y conforme a sus recursos públicos y privados lícitos. No obstante ello, a diferencia del modelo americano, que es más flexible y abierto, el caso mexicano imponía límites de contratación a particulares; es decir, ningún particular o persona moral podía contratar propaganda a favor o en contra de un partido político.

Este modelo, hasta cierto punto, según la opinión de la mayoría de los politólogos mexicanos, favoreció la alternancia en el poder: bajo la hegemonía priísta, los partidos en la oposición no tenían acceso real a los medios de comunicación, con lo cual el partido oficial mantenía siempre una ventaja mediática. Con el modelo abierto de contratación, junto con un financiamiento público prevalente, los partidos de oposición, en efecto, tuvieron la posibilidad de difundir sus mensajes políticos en radio y televisión, y así acceder en forma más equitativa a los medios en una campaña electoral. Sin embargo, el modelo de libre contratación de spots generó una serie de problemas de dependencia con los medios. En la elección de 2006, todos los partidos se quejaron de la mercantilización de la política: los dueños de las dos televisoras nacionales (el duopolio televisivo), principalmente, fijaron la oferta y la demanda del acceso a los medios en las campañas, con lo cual los candidatos quedaron supeditados a las reglas del libre mercado, que produjeron un efecto nocivo: las televisoras, en función de que al que pagaba más se le trataba mejor en campaña, mantuvieron en la mayoría de las elecciones, locales y federales, una influencia real y casi decisiva para cons-

truir o destruir candidatos y partidos a través de los medios. El dinero que se le pagaba a los medios, además, era principalmente de naturaleza pública, con lo cual los dueños de los medios tenían el mejor negocio en una campaña política: con el dinero público obtuvieron ganancias relevantes en cada proceso electoral.

Ahora bien. La razón de la reforma de 2007 fue erradicar estos problemas en cierta medida. En nombre del principio de equidad se estableció un nuevo modelo de comunicación político-electoral, mediante el cual los tiempos en radio y televisión se asignan por el Estado, a través del IFE, a partir de una fórmula de peso electoral basada en el 70/30: tiene más tiempo el que tenga más votos en la elección pasada. Pero al mismo tiempo se estableció un régimen prohibitivo a la libre contratación de spots: los partidos en ningún caso, y los particulares en tiempos electorales, no pueden contratar spots que pretendan influir en las preferencias electorales, en donde, incluso, toda propaganda gubernamental, que debe tener sólo carácter informativo, debe suspenderse en tiempos electorales, salvo algunas excepciones (véanse artículos 41 y 134 constitucionales).

Bajo este contexto, se presentan ahora los nuevos problemas que al final se traducen en la misma cuestión: la equidad en la competencia electoral por la intervención gubernamental a través de su propaganda oficial.

b) El contexto normativo

La reforma electoral de 2007 estableció un sistema constitucional de comunicación político-electoral basado en la prohibición a la libre contratación de tiempos aire en radio y televisión, bajo dos criterios:

- 1) La asignación por parte del Estado de tiempos aire, sin costo para los partidos, para difundir en radio y televisión su propaganda política para sus actividades ordinarias y electorales.²

² El artículo 41, apartado A, de la Constitución dice: "El Instituto Federal Electoral será autoridad única para la administración del tiempo que corresponda al estado en radio y televisión destinado a sus propios fines y al ejercicio del derecho de los partidos políticos nacionales, de acuerdo con lo siguiente y a lo que establezcan las leyes: a) a partir del inicio de las precampañas y hasta el día de la jornada electoral quedarán a disposición del Instituto Federal Electoral cuarenta y ocho minutos diarios, que serán distribuidos en dos y hasta tres minutos por cada hora de transmisión en cada estación de radio y canal de televisión, en el horario referido en el inciso d) de este apartado; b) durante sus precampañas, los partidos políticos dispondrán en conjunto de un minuto por cada hora de transmisión en cada estación de radio y canal de televisión; el tiempo restante se utilizará conforme a lo que determine la ley; c) durante las campañas electorales deberá destinarse para cubrir el derecho de los partidos políticos al menos el ochenta y cinco por ciento del tiempo total disponible a que se refiere el inciso a) de este apartado; d) las transmisiones en cada estación de radio y canal de televisión se distribuirán dentro del horario de programación comprendido entre las seis y las veinticuatro horas; e) el tiempo establecido como derecho de los partidos políticos se distribuirá entre los mismos conforme a lo siguiente: el treinta por ciento en forma igualitaria y el setenta por ciento restante de acuerdo

- 2) Un sistema de prohibición a la libre contratación de spots en radio y televisión sujeto a las bases siguientes:
- a) Los partidos en ningún caso pueden contratar tiempos porque se les asignan en forma gratuita, bajo una fórmula de 70/30, para sus actividades permanentes y eleccionarias.³
 - b) Los particulares no pueden contratar spots para difundir propaganda política, a favor o en contra de un partido, en tiempos electorales, que tenga por objeto influir en las preferencias electorales.⁴
 - c) Las entidades públicas deben suspender su propaganda oficial durante el tiempo que duren las campañas electorales, hasta el día de la jornada electoral.⁵
 - d) Los funcionarios públicos no pueden difundir su imagen personal en la propaganda gubernamental.⁶

a los resultados de la elección para diputados federales inmediata anterior; f) a cada partido político nacional sin representación en el Congreso de la Unión se le asignará para radio y televisión solamente la parte correspondiente al porcentaje igualitario establecido en el inciso anterior, y g) con independencia de lo dispuesto en los apartados a y b de esta base y fuera de los periodos de precampañas y campañas electorales federales, al Instituto Federal Electoral le será asignado hasta el doce por ciento del tiempo total de que el Estado disponga en radio y televisión, conforme a las leyes y bajo cualquier modalidad; del total asignado, el Instituto distribuirá entre los partidos políticos nacionales en forma igualitaria un cincuenta por ciento; el tiempo restante lo utilizará para fines propios o de otras autoridades electorales, tanto federales como de las entidades federativas. Cada partido político nacional utilizará el tiempo que por este concepto le corresponda en un programa mensual de cinco minutos y el restante en mensajes con duración de veinte segundos cada uno. En todo caso, las transmisiones a que se refiere este inciso se harán en el horario que determine el Instituto conforme a lo señalado en el inciso d) del presente apartado. En situaciones especiales el Instituto podrá disponer de los tiempos correspondientes a mensajes partidistas a favor de un partido político, cuando así se justifique".

³ El artículo 41 constitucional, en su parte conducente, dice: "Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión".

⁴ El artículo 41 constitucional, en su parte conducente, dice: "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".

⁵ El artículo 41, apartado c, último párrafo, señala: "Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, tanto de los poderes federales y estatales, como de los municipios, órganos de gobierno del Distrito Federal, sus delegaciones y cualquier otro ente público. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia".

⁶ El artículo 134 de la Constitución dice: "Los servidores públicos de la Federación, los estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos. La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público. Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar".

- e) Ninguna persona puede realizar actos anticipados de campaña (actos publicitarios previos a las precampañas o campañas), so riesgo de quedar descalificada como candidato.⁷

c) Circunstancias relevantes de los casos

Bajo este marco normativo se dieron los siguientes casos:

Caso 1. Algunos legisladores federales, pertenecientes al Grupo Parlamentario del Partido Verde Ecologista de México (PVEM), en forma directa contrataron con recursos privados tiempo aire en radio y televisión para difundir, antes de comenzar las campañas, pero después de terminadas las precampañas, un informe de labores consistente en su iniciativa de pena de muerte que, a su vez, fue parte de la propaganda electoral de su partido en el proceso electoral federal de 2009. El IFE sancionó al partido por esta propaganda porque estimó que era violatoria de la prohibición de la contratación directa de publicidad para garantizar la equidad de la contienda. El TEPJF, por su parte, resolvió que dicha contratación de spots no era ilegal porque los legisladores tienen derecho a la comunicación política de sus propuestas legislativas, como parte de sus funciones inherentes de representación política.

Caso 2. El Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (PRI) se hizo responsable, como contratista, de una publicación en una revista nacional en donde se insertó propaganda a favor de su partido: "El PRI CUMPLE". Esta propaganda tenía un carácter informativo: difundía el trabajo legislativo realizado por dicho partido en el Senado sobre temas de interés general. El IFE, por su parte, sancionó dicha propaganda porque la estimó una propaganda gubernamental difundida en periodo prohibido, que fue la campaña electoral de 2009 para renovar la Cámara de Diputados. El TEPJF, en su momento, confirmó la violación porque calificó dicha contratación en medios impresos como propaganda gubernamental de un Grupo Parlamentario en tiempos de campaña electoral, lo cual, a su juicio, se encuentra prohibido por la Constitución.

Caso 3. Durante el tiempo de la campaña electoral de 2009 se difundieron en televisión y radio, respectivamente, una serie de spots realizados por empresas publicitarias para promocionar la venta de una revista de contenido político y de circulación nacional que contenía, a juicio del IFE, propaganda electoral a favor del PVEM. La razón: se expresaban mensajes en donde se situaba con una mejor

⁷ El artículo 41 constitucional, en su parte conducente, señala: "La ley establecerá los plazos para la realización de los procesos partidistas de selección y postulación de candidatos a cargos de elección popular, así como las reglas para las precampañas y las campañas electorales".

posición electoral a ese partido en comparación con otro, además de difundir sus propuestas electorales y emplear la palabra votar (véase la sentencia del caso 3, pp. 45 y ss.). El TEPJF confirmó la valoración de que dicha propaganda tenía carácter electoral (véase la sentencia del caso 3, pp. 54 y ss.), porque a final de cuentas contenía mensajes publicitarios a favor de dicho partido, con lo cual las empresas publicitarias y concesionarias tenían el deber constitucional de abstenerse de difundir propaganda electoral en radio y televisión, porque ello es facultad exclusiva del órgano electoral a través de los tiempos oficiales.

d) Las preguntas del caso: las cuestiones clave

Pregunta 1. En el caso 1, la cuestión principal reside en determinar si es válida o no la contratación y difusión, en radio y televisión, de la propaganda legislativa por cuenta de los legisladores que, bajo su emblema partidista, difunden en tiempos no electorales una iniciativa de reforma constitucional que coincide luego con la propaganda electoral de su partido en una campaña política.

Pregunta 2. En el caso 2, la cuestión principal radica en dilucidar si un grupo parlamentario de un determinado partido político está exento o no de la prohibición de difundir propaganda electoral durante los plazos restrictivos en que dura una campaña electoral.

Pregunta 3. En el caso 3, la cuestión clave consiste en resolver si hay violación o no a la prohibición de contratar propaganda electoral por parte de un tercero, cuando una empresa publicitaria contrata y difunde propaganda electoral a favor de un partido político en un promocional comercial que difunde para vender una revista, aun cuando no exista contrato alguno con dicho partido beneficiado.

Para examinar estas cuestiones, a continuación analizaré el tema a partir del principio de igualdad del poder electoral como punto de partida.

3. La igualdad del poder electoral

El principio de igualdad de oportunidades en las competencias electorales plantea el problema de resolver, en la medida de lo posible, las posiciones de dominio en las campañas que llegan a producirse, en beneficio de unos y en perjuicio de otros, por la superioridad de los poderes oficiales, financieros o mediáticos.⁸ En una elección libre y auténtica no es razonable, pues, que un competidor tenga mayores y mejores facilidades económicas, estatales y mediáticas, sin que los

⁸ SÁNCHEZ MUÑOZ, O. *La igualdad de oportunidades en las competencias electorales*, CEPC, Madrid, 2007, pp. 74 y ss.

demás tengan posibilidad de acceder lícitamente a esos recursos para competir en condiciones de equidad. En la lucha por el poder, desde luego, se expresan los poderes salvajes que perjudican al más débil.⁹ La trilogía dinero-medios-gobierno es una combinación de factores peligrosos que, sin límites razonables, pueden expresar con regularidad una situación indebida de ventaja que desequilibre la contienda electoral. En consecuencia, la finalidad de un sistema electoral que pretenda la equidad en la competencia consiste en civilizar, desde luego, a esos poderes a fin de evitar que estén por encima de la razón del derecho. La pasión de la política se debe pacificar con el tiempo de los derechos.¹⁰ El derecho a participar en comicios libres exige, por tanto, la formulación del principio de igualdad política, que debe traducirse en la “igualdad de poder” para influir en la toma de las decisiones públicas.¹¹

En efecto, el cargo público es un “bien unitario”: escaso y único a distribuir, con lo cual los procesos que determinen la distribución del mismo “deben de ser equitativos para todo candidato”.¹² Pero ¿qué es ser equitativo en la lucha del poder? Ronald DWORKIN formula el principio de “igualdad de poder”, que consiste en la igualdad de impacto y la igualdad de influencia para determinar la equidad en el poder político. La primera significa que cada persona tiene derecho a participar: una cabeza, un voto; un voto, una posibilidad de ser votado. La segunda implica que esa cabeza, que es la libertad electoral, no tiene más valor que la suya, a fin de evitar la influencia injusta que puede concentrar un solo individuo por tener mayor poder político que otros: “es injusto que un ciudadano privado tenga mucha más influencia política que otro sólo porque es rico”.¹³ Dicho de otra manera: el imperativo es que cada uno cuenta por uno; nadie cuenta por más de uno.¹⁴ El principio de igual valor, por ende, se funda en la igualdad de los seres humanos como centros de placer o de satisfacción de deseos. A todos se les debe dar un peso igual, dado que todos tienen igual valor. Esta idea de igual valor, sin embargo, incluye una noción sustantiva sobre qué factores se deben tener en cuenta a la hora de determinar el sentido de la idea de igual valor. Para el utilitarismo, tal noción consiste en la capacidad de experimentar placer y dolor. Para los liberales, por el contrario, es la capacidad para pensar, escoger y ser responsable de las propias acciones. Para los republicanos, por su parte, reside en el poder de autodeterminarse sin ser dominado. El principio de igual

⁹ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2000.

¹⁰ BOBBIO, N. *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003.

¹¹ DWORKIN, R. *Virtud soberana. Teoría y práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 209.

¹² WALZER, M. *Las esferas de la justicia*, FCE, México, 1997, p. 142.

¹³ DWORKIN, R. *op. cit.*, p. 214.

¹⁴ MILL, J. S. *El utilitarismo. Un sistema de la lógica*, Alianza, Madrid, 1984, p. 58.

valor, por tanto, pasa a ser el principio según el cual la gente debería gozar de igual consideración como personas, tal como se las define en cada caso.¹⁵ Dicho esto, lo justo sería que cada quien, rico o pobre, tuviera la misma oportunidad (por su igual valor) de tener alguna influencia e impacto de manera equitativa, no siempre la misma claro, por su desigual diferencia razonablemente aceptable. En suma, una contienda por el poder no será equitativa, por ende, si alguien alcanza la representación política por el privilegio del dinero que le brinda una mayor visibilidad, presencia y comunicación en los medios de comunicación para tener la mayor oportunidad de obtener el voto a su favor.

Ahora bien, la equidad para competir por poder no significa isonomía perfecta. La pretensión moral de que “todos asuman el mismo derecho a considerarse en igualdad de condiciones políticas para gobernar el Estado, es descabellada”.¹⁶ Pues el hecho de poder gobernar “nunca puede ser absolutamente igualitario, pues en cualquier momento dado alguien o algún grupo tiene que decidir esta o aquella cuestión y luego hacer cumplir la decisión, y alguien más o algún otro grupo tiene que aceptar la decisión y acatar su cumplimiento”.¹⁷ Es decir: el que cualquier persona tenga el mismo valor intrínseco no significa que todos tengamos derechos a partes iguales o al mismo trato siempre y bajo cualquier circunstancia. El concepto de igualdad del valor intrínseco se refiere a la persona, no a las posibilidades. El principio fuerte de igualdad atañe a las posibilidades y no a las personas. Cada persona, por tanto, debe tener de manera equitativa poder de impacto e influencia.¹⁸ En tal sentido, el principio de equidad electoral no desaparecerá por completo todas y cada una de las superioridades de los poderes que se derivan de un cargo público, del dinero o de los medios. Pero sí, por el contrario, permitirá que todos tengan la misma oportunidad de beneficiarse razonablemente de dichos factores para obtener el voto popular. En materia de comunicación política, la vinculación de límites aceptables que moderen las reglas del juego democrático exige, por un lado, que nadie tenga derecho a recibir, en forma excesiva y desproporcional, la mayor publicidad en radio y televisión para promocionar su imagen personal y propuesta electoral a grado tal que elimine la visibilidad de sus otros contendientes, pero también, y sobre todo, demandan la necesidad de la comunicación en la representación política para garantizar un debate libre. Ello es así, pues la ecuación de un modelo electoral inequitativo es clara: entre más privilegios indebidos de los poderes salvajes, menores son las

¹⁵ CAMPBELL, T. *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 37 y 38.

¹⁶ DAHL, R. *El control de las armas nucleares. Democracia vs. meritocracia*, Grupo Editorial Latinoamericano, Buenos Aires, 1987, p. 97.

¹⁷ WALZER, M. *op. cit.*, p. 313.

¹⁸ DAHL, R. *op. cit.*, p. 102.

expectativas de elegir en forma libre. Las presiones del dinero o de los medios para imponer sus intereses pueden prevalecer frente a las libres decisiones de los electores, que se deben garantizar, en la medida de lo posible, para conocer, ponderar y calificar a todos los contrincantes.

Hay, pues, razones plausibles para afirmar, desde una perspectiva republicana, el principio de equidad en la lucha del poder que, sin duda, fundamenta el “derecho a la igualdad de oportunidades en las competencias electorales”,¹⁹ el cual, por lo demás, se traduce en ofrecer a todos los competidores la posibilidad real de utilizar en forma razonable y equilibrada los poderes que se derivan de la política, el dinero y los medios, a fin de asegurar, sin sumisiones, el poder de impacto e influencia de la propuesta política de cada quien para ganar el voto de la mayoría. Libertad sin dominación.²⁰

A) *La garantía de la elección libre*

¿Cómo se garantiza la equidad? Estos principios de la filosofía política que he sintetizado formulan, en clave jurídica, el derecho fundamental de acceder, en condiciones de libertad e igualdad, y sin restricciones ni distinciones indebidas, a las funciones y cargos públicos de la democracia representativa.²¹ Pues bien, el problema del oligopolio de las campañas desmedidas se pretende resolver a partir de un modelo electoral basado en derechos y garantías políticas para salvaguardar una elección libre y auténtica. Desde la ciencia político-constitucional se diseñan reglas de juego que los competidores deben observar para alcanzar en forma legítima el poder. No se trata, claro, de eliminar las fuentes del poder en la lucha del mismo. En un modelo democrático, el poder de la mayoría se impone siempre; lo que importa, sin embargo, es respetar las reglas que privilegien la competencia democrática como elemento necesario para llegar al poder.

Dicho de otra manera: el acceso al poder, por más descarnado que sea, debe tener formas que respeten la carne y hueso de los derechos políticos fundamentales para así dar vida a la democracia. Pues las reglas para competir por un cargo popular orientan las reglas para el acceso al poder, las cuales deben basarse en la razón del derecho, no en la violencia y en el privilegio que expresan los poderes salvajes de la política, el dinero o los medios. El poder político tiene que sujetarse

¹⁹ SÁNCHEZ MUÑOZ, O. *op. cit.*

²⁰ PETTIT, P. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1999.

²¹ GARCÍA ROCA, J. *Cargos públicos y representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1999; PULIDO QUECEDO, M. *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Civitas, Madrid, 1992; RALLO LOMBARTE, A. *Garantías electorales y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; SALAZAR, O. *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*, Comares, Granada, 1999.

a las pautas formales y sustanciales que encarnan los derechos fundamentales en materia política. El poder no puede sujetar arbitrariamente a los derechos políticos, pero éstos sí pueden sujetar a aquél. Se pretende, por tanto, que “los poderes se sujeten a la ley, no sólo en cuanto a la forma de las decisiones con que se ejercen sino también en cuanto al contenido de aquello que puede o debe ser decidido”.²²

Por la diversa tipología del poder salvaje en las elecciones, la democracia constitucional formula la “garantía a las elecciones libres” a partir de la libertad electoral (votar, ser votado y afiliarse, asociarse y participar en los partidos) bajo tres premisas. En primer lugar, para evitar el abuso del poder político que se deriva del cargo público, el sistema electoral establece el principio de neutralidad gubernamental: los recursos públicos disponibles por las autoridades no pueden utilizarse para apoyar o perjudicar a los contendientes en una campaña. En segundo término, con el objeto de limitar el dinero en los comicios se diseña el principio de transparencia de los recursos: nadie puede recaudar ni gastar dinero privado en forma ilimitada; las garantías de financiamiento, fiscalización y topes de gasto en las precampañas y campañas, principalmente, pretenden limitar el uso del poder económico en forma abusiva. Por último, el poder de los medios se pretende equilibrar mediante el principio del debate libre que se articula generalmente mediante reglas que prohíben o permiten la contratación de spots, el trato igual de tiempo aire, la prohibición de monopolios informativos y el pluralismo informativo en las noticias políticas.²³ La idea es, pues, evitar el oligopolio de las ideas.

En consecuencia, la garantía de la elección libre pretende disminuir en la medida de lo posible los riesgos que representan para la libertad electoral los poderes salvajes de la política, los medios y el dinero. Sin embargo, existe un problema clave en las democracias actuales: la influencia del poder mediático, que puede desequilibrar a su antojo y conveniencia las elecciones, representa un tema que en forma recurrente irrumpe en las elecciones. En un día los medios construyen al candidato ganador, pero en el otro destruyen y crean al perdedor. En un día, igualmente, llaman la atención de un tema trivial que se convierte en agenda nacional, pero en el otro hacen desaparecer la relevancia de la noticia que afecte sus intereses fundamentales pero que es de interés nacional. La política, por tanto, está sujeta y puesta en riesgo por el poder mediático en la medida en que los medios de comunicación masiva no ofrezcan pluralidad ni tampoco igualdad en el trato de la información política que favorece y perjudica a todos los contendientes.

²² FERRAJOLI, L. *op. cit.*, p. 124.

²³ SÁNCHEZ MUÑOZ, O. *op. cit.*, pp. 77-84.

b) La mediatización de la política

Llegamos al tema central. El poder de visibilidad que dan los medios a un político permite una mayor posibilidad de ser conocido, promovido y, en su caso, apoyado por la población. Hoy en día, es cierto, la comunicación política se produce, sobre todo y principalmente, en los medios de comunicación masiva, especialmente la televisión. Los medios han dejado de ser sólo instrumentos de la información para convertirse en verdaderos emisores y formadores de mensajes políticos claramente orientados para favorecer o perjudicar a alguien. Construyen, en mayor medida, la agenda política de los partidos, de los políticos y de los gobiernos. Gobernar y hacer política en la era de la información, ante todo, exige saber comunicar en la revolución mediática.²⁴ La mediatización de las elecciones, sin embargo, ha producido el *tele virus político* que, desde Italia a todo el mundo occidental, ha infectado a muchos sistemas actuales.²⁵ Para muchos, la idea de la videodemocracia es parte de la crisis de la representación política.²⁶ Son, por ende, las imágenes falsas de la política las que cuentan, no las ideas para un buen gobierno.

El politólogo Giovanni SARTORI explica este modelo degenerativo porque el *homo sapiens* está en proceso de ser desplazado por el *homo videns*, un animal fabricado por la televisión, cuya mente ya no es conformada por conceptos, por elaboraciones mentales, sino por imágenes. El *homo videns* sólo “ve” y su horizonte está limitado a las imágenes que se le proyectan. El *homo sapiens* tiene derecho a decir, inocentemente, “ya veo”, en lugar de “ya entiendo”; el *homo videns* ve sin la ayuda del entendimiento. La videopolítica influye así profundamente en las elecciones. Porque los políticos reaccionan cada vez con mayor frecuencia no a los acontecimientos mismos y los problemas reales, sino a los hechos que presenta la televisión (a la que ésta hace visible), e incluso a hechos iniciados (y en gran medida propiciados) por los medios de comunicación. La videopolítica cambia al ciudadano, porque éste ve la política en imágenes: el videociudadano es un protagonista totalmente nuevo, dentro o fuera del proceso político. La videopolítica produce una participación política impulsada por la emotividad mediática en donde prevalece cada vez más la menor información y en la que ésta, por tanto, es del todo deficiente.²⁷

Por tanto, el resultado del poder salvaje de los medios en la política es una espectacularización de la misma, dominada por las capacidades de los candida-

²⁴ GERSTLÉ, J. *La communications politique*, PUF, París, 1992, pp. 38 y ss.

²⁵ BOVERO, M. *Una gramática de la democracia*, Trotta, Madrid, 2002, p. 161.

²⁶ PECES-BARBA, G. *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Fontamara, México, 2000, p. 134.

²⁷ SARTORI, G. *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1996, pp. 165-167.

tos de concitar la atención. Las imágenes *ad hoc* construidas para ellos por sus agentes de publicidad, en detrimento de toda presentación o discusión racional de los problemas que requieren una decisión política. Se trata del régimen de la opinión pública,²⁸ que configura la “democracia de audiencia” que selecciona al *experto en medios* como su representante.²⁹ Es, pues, una legitimación televisiva del sistema político y de sus líderes, en donde los procedimientos para seleccionar a la representación política no sólo prescinden de la participación política, sino que también juzgan de antemano las funciones de selección y decisión tradicionalmente ejercidas por los electorados democráticos. El liderazgo teledemocrático es un producto de la manipulación de los medios, que existe en el breve circuito entre las expectativas del consumidor/espectador implantadas por los propios medios en la mente del público y la realización de estas expectativas en la forma de imágenes televisivas personalizadas e idealizadas. El juicio sobre la aptitud política de los candidatos lo pronuncian mucho antes de que lleguen al electorado; incluso, a las audiencias televisivas se les domina a través de los especialistas publicitarios que verifican y realzan los dones telecarismáticos a fin de hacer creíbles y, por lo tanto, financiables sus campañas electorales. Es así como más que ningún otro factor, de la provisión de recursos financieros y mediáticos depende que los candidatos puedan utilizar una ventaja para emplear a sus propios estrategas, escritores de discursos, encuestadores y publicistas para colocar mayores espacios televisivos, lo cual hace más desigual la elección. Es la transformación cada vez mayor de las campañas políticas en metacampañas, y de los electorados en metaelectorados. La capacidad de las agencias demoscópicas para realizar investigaciones electrónicas sobre las orientaciones políticas del público, para comunicar sus descubrimientos instantáneamente y, con bastante frecuencia, para brindar proyecciones exactas de los resultados mucho antes de las elecciones, crea un electorado sustituto al lado del real. Los verdaderos electores se ven reemplazados por su propia proyección demoscópica y televisiva, que se les adelanta y los deja como observadores pasivos de sí mismos. Se encuentran sometidos a la presión de las predicciones públicas que tienden, circularmente, a autocumplirse y, sobre todo, a apartarlos del acontecimiento electoral que de suyo es y debe ser de la soberanía de los electores, no de los medios. Los escenarios son frecuentes. La victoria del partido opositor se da por sentada, la participación de los ciudadanos es desalentada de la misma forma que cuando se predice el triunfo del propio partido. La encuesta de opinión reemplaza así a la

²⁸ INNERARITY, D. *El nuevo espacio público*, Espasa, Madrid, 2006, p. 67.

²⁹ MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 267 y ss.

democracia, la imagen anticipa y priva de contenido a la realidad y se refuerzan las tendencias existentes hacia el abstencionismo y la apatía política.³⁰

La pregunta clave: la cuestión de los medios en la política radica en determinar si el abuso de la información a favor de uno de los contendientes se resuelve con mayor información o con mayor regulación. Frente a estas disyuntivas existe una intermedia: mayor información pero con un mínimo de regulación que garantice razonablemente la equidad electoral.

4. El mercado libre de las ideas *vs.* la regulación libre de las ideas

Para tratar de civilizar los vicios del poder mediático, la razón del derecho construye principios, normas y reglas que, sin prohibir la comunicación política, tratan de garantizar el debate libre en una elección. No hay solución perfecta. En mayor o menor medida, las democracias occidentales ensayan los modelos americano o europeo: el mercado libre de las ideas o la regulación libre de las ideas. En México, hemos pasado de un modelo americano débil a un modelo europeo también débil. Antes de la reforma electoral de 2007 se permitía a los partidos la libre contratación de tiempo en radio y televisión, salvo las prohibiciones a los ciudadanos en tiempos electorales. La debilidad del sistema mexicano, sin embargo, se evidenciaba, por un lado, en las diferencias significativas de la disponibilidad de los recursos financieros, pero, por el otro, el duopolio televisivo del poder empresarial no sólo se beneficiaba de las campañas como uno de sus mejores negocios, sino también dominaba el contenido de la información, lo cual hacía que la libre contratación de tiempo aire (spots, entrevistas, noticias, etcétera) se sujetara a un poder de cooptación a esos intereses. No había, pues, trato igual de tiempo aire que garantizara precio y periodo de emisión equitativo entre los competidores, ni tampoco prevalecía el pluralismo en la información. Era un mercado libre de *spotcracia* sin beneficio para los competidores, mucho menos para el consumidor, el elector. No obstante, las reformas electorales de la década de los años noventa permitieron que la oposición pudiera alcanzar esos recursos y equilibrar la contienda con el partido oficial, hasta que en el año 2000 se verificó la alternancia. La elección presidencial de 2006 fue, en términos cuantitativos de visibilidad mediática, la más equilibrada entre los tres partidos nacionales más importantes del país, aunque paradójicamente fue la más conflictiva por sus contenidos. La respuesta fue la reforma de 2007, en donde se pretendió no sólo crear un nuevo modelo de comunicación política a la europea,

³⁰ Zolo, D. *Democracia y complejidad*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1994, pp. 204-207.

sino también, y sobre todo, evitar que la clase empresarial dominara el acceso a los medios a través de su imposición unilateral de las tarifas. Ahora, pues, prohibimos el mercado libre de spots de los partidos, asignamos tiempos a los partidos conforme a su peso electoral, ratificamos la prohibición a particulares para contratar propaganda electoral y permitimos, además, la propaganda institucional bajo determinados supuestos. Es decir, prohibimos en parte el libre mercado de las ideas, pero al mismo tiempo la permitimos mediante la propaganda institucional. Los partidos no pueden contratar, pero las instituciones sí. La debilidad se centra en este último tema. Pero antes de analizar el caso mexicano, veamos algunas premisas teóricas.

El primer modelo liberal se articula por la “teoría económica de la democracia”,³¹ la cual entiende a la democracia representativa como un intercambio libre de mercancías. Este modelo ofrece una imagen mercantilizada, según la cual toda acción política debe responder a un cálculo racional de costes-beneficios. En él, los partidos se dedican básicamente a competir por los votos de sus ciudadanos. Se trata, pues, de la tesis *catch-all-parties*,³² en donde el partido se convierte en máquina electoral: líder es el que gana elecciones; candidato es, por tanto, el que tiene mayor preferencia electoral, lo cual confirma el partido profesional-electoral en la tipología partidista.³³ El sufragio, por tanto, constituye el comportamiento político democrático por excelencia: permite a los ciudadanos expresar sus preferencias individuales, preferencias que después van a ser agregadas para obtener la escala social de preferencias políticas que las instituciones deben maximizar. La formación de las preferencias pertenece al ámbito privado de cada individuo, como un ejercicio de su autonomía política. El Estado tiene que mostrarse neutral, por lo que no puede asumir ningún paternalismo o perfeccionismo sobre las preferencias individuales.³⁴ En consecuencia, los partidos políticos son vendedores de programas e ideas, y los votantes son consumidores-compradores que al emitir su voto manifiestan tanto sus preferencias como adquieren para sí mismos un producto político. Como en el mercado, los agentes políticos son soberanos y libres; se presupone racionalidad en la persecución de sus fines y en la ordenación de sus preferencias. La libertad de los votantes contra la manipulación externa, junto con el de la estricta neutralidad de las instituciones al contenido de dichas preferencias, son los principios sagrados del modelo. Los votantes, por tanto, siempre actúan guiados por su estricto autointerés.³⁵ En

³¹ DOWNS, A. *Teoría económica de la democracia*, Aguilar, Madrid, 1973.

³² KICHHEIMER, O. "The Transformation of the Western European Party Systems", en BURIN, F. S. y SHELL, K. L. (eds.). *Politics, Law and Social Change*, Columbia University Press, Nueva York, 1969, pp. 346 y ss.

³³ PANEBIANCO, A. *Modelos de partido*, Alianza, Madrid, 1990.

³⁴ SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Walzer, Barcelona, 1984.

³⁵ MARTÍ, J. L. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 66 y 67.

suma, la concepción del libre mercado de las ideas³⁶ apuesta a no prohibir la utilización de la libre contratación de la publicidad política, ni tampoco impone restricciones a la actividad informativa de los medios privados; la igualdad entre los competidores se busca principalmente en el mercado publicitario de los medios de comunicación que garantiza la equidad en el acceso al tiempo aire (*equal time*), en donde el peligro de influencia inadmisibles se combate con la amplia oferta de los medios, que procuran eliminar las posiciones dominantes de algún operador y, por consiguiente, se tutela la posibilidad de que los electores formen libremente su opinión por la pluralidad informativa.³⁷

La crítica. El desacuerdo al libre mercado de las ideas puede guiarse por el “giro deliberativo” que plantea la democracia deliberativa.³⁸ La pregunta es si en realidad habrá libertad del sufragio en una democracia basada en las reglas salvajes del mercado. Ése es el problema: si se acepta la hipótesis de que los mensajes propagandísticos condicionan la libre elección por la superioridad de las imágenes que distorsiona la voluntad de votar, entonces sería poco plausible defender la concepción del mercado electoral, porque sería un intercambio de votos coaccionados y no libres. En efecto, la “perspectiva de la preferencia” del sufragio presenta a los electores ejerciendo el papel de consumidores, y a los políticos que se presentan a elecciones ejerciendo el de proveedores o vendedores. La “perspectiva del juicio”, en cambio, plantea que los votantes no son consumidores de paquetes políticos, sino controladores de calidad. No concurren para registrar sus preferencias individuales entre alternativas que se ofrecen, sino más bien registran su juicio sobre qué alternativa es la mejor para la sociedad en su conjunto: se trata de que alcancen una opinión concienzuda sobre los méritos de los candidatos.³⁹ Pues bien, el modelo de la preferencia es el camino que ha tomado el liberalismo.⁴⁰ El republicanismo busca otra: el votar es importante porque el ciudadano internaliza los asuntos de gobierno, formando y expresando su punto de vista reflexivo acerca de lo que es conveniente para el bien público. Los votantes libres son controladores de calidad, no consumidores.⁴¹

En la teoría republicana de la libertad, por tanto, podemos encontrar las razones para justificar la libre regulación de las ideas en materia electoral. La tesis republicana dice: nadie debe ser dominado por otro en perjuicio de su libertad personal, ergo, los mensajes propagandísticos que tienden a dominar por la po-

³⁶ SÁNCHEZ MUÑOZ, O. *op. cit.*, pp. 81 y 82.

³⁷ ZACCHARIA, R. “Televisione e propaganda politica ed elettorale”, en *Quaderni Costituzionali*, No. 3, 1996, p. 422.

³⁸ ELSTER, J. *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

³⁹ PETIT, P. “Liberalismo y republicanismo”, en OVEJERO, F. *et al.* (coords.). *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 128 y 129.

⁴⁰ SCHUMPETER, J. A. *op. cit.*

⁴¹ PETIT, P. “Liberalismo y republicanismo”, *op. cit.*, p. 130.

sición de superioridad del poder mediático deben ser limitados razonablemente en pro de la equidad. Los políticos poderosos, que tienen a su disposición los medios, distorsionan la realidad y, por ende, manipulan a la mayoría para dominar su voluntad. El caso italiano es paradigmático: se suele decir que la mitad de los italianos trabaja para Berlusconi, pero la otra mitad que no lo hace pretende trabajar por él. Esta polémica de dominación en la libertad tiene su explicación en los primeros debates entre republicanos y liberales en torno a la forma en que se concibe la libertad. Pues mientras el liberal pugna por una tradición de libertad negativa, entendida como la “ausencia de intromisiones” por parte de otros, el republicano defiende más la concepción positiva (“ausencia de dominación”), que sostiene que un individuo es libre en la medida en que dispone de los recursos y los medios instrumentalmente necesarios para realizar sus propios planes de vida.⁴² En consecuencia, el modelo de comunicación política basado en la regulación libre de las ideas pretende, sobre todo, un equilibrio entre las distintas corrientes de opinión,⁴³ a partir de un régimen de prohibiciones que eviten la prevalencia del poder de los medios en la contratación y difusión de la propaganda política.

Ningún modelo ofrece soluciones incontrovertibles. De cierta forma, el sistema americano funciona en la medida en que la pluralidad e imparcialidad informativa y la gran oferta masiva permitan la libre formación de las ideas;⁴⁴ el europeo, por el contrario, presenta una respuesta aceptable para evitar la dominación de los medios en la política al regular la asignación proporcional de los tiempos a los partidos sin tener que sujetarse al libre mercado, pero presenta problemas en tanto se produzcan campañas institucionales que son paralelas a las electorales y que produzcan inequidad informativa. El caso mexicano apunta, desde 2007, como he dicho, hacia el modelo europeo, pero evidenció desde un principio el problema sustancial: la propaganda institucional. En este trabajo me centraré en estas cuestiones. En específico, el objeto se delimita en la polémica de la *spotcracia legislativa* que, entre una de las tantas modalidades de la propaganda institucional, plantea la problemática de la comunicación política de los legisladores, que puede poner en tela de juicio la equidad en la competencia electoral. Es decir: ¿puede un legislador construir una campaña paralela a la electoral para promocionar su trabajo legislativo que puede beneficiarlo a él o a su partido?, ¿es válido sacar ventaja de la publicidad legislativa? ¿se puede entender la representación política sin comunicación legislativa?, ¿la propaganda

⁴² OVEJERO, F. et al. (coords.). *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, cit., p. 18.

⁴³ SÁNCHEZ MUÑOZ, O. *op. cit.*, p. 82.

⁴⁴ El abuso del dinero en las campañas norteamericanas que se hace bajo el amparo de la libertad de expresión es cuestionado por el principio de la igualdad política. Véase DWORKIN, R. *op. cit.*

institucional se debe permitir o limitar relativa o absolutamente?, ¿puede haber elección libre con o sin publicidad legislativa? En fin, las preguntas me resultan claves para ir puliendo en México el modelo de comunicación política que pretende garantizar elecciones libres, sin dominaciones ni privilegios inaceptables.

A) El problema de la propaganda institucional

En los modelos europeos, la propaganda institucional se ha convertido en una de las principales problemáticas que perturban la equidad en las elecciones. La cuestión es saber en qué medida este tipo de comunicación política influye para desequilibrar la contienda. El riesgo, por el contrario, es claro: la publicidad del gobierno se puede convertir en un instrumento de propaganda política, más o menos sutil, a favor del partido gobernante.⁴⁵ La causa es, a mi juicio, una falla de origen: permitir la propaganda institucional en un modelo de prohibición libre de contratación de propaganda a los medios genera una oportunidad clara y evidente para que los políticos se beneficien de su cargo público para difundir los logros, programas y acciones oficiales, lo cual en mayor o menor medida puede beneficiar o perjudicar en la competencia electoral. Es decir: si se prohíbe a los políticos comprar tiempo aire porque sólo los partidos pueden disponer de él en las elecciones, pero, al mismo tiempo, se permite a las entidades públicas contratar espacios mediáticos para difundir sus actividades, es claro que la ventana de la publicidad institucional abre la puerta a la actividad propagandística. La solución para algunos es la prohibición estricta de la propaganda institucional: permitir la en casos muy específicos. Pero aun en esos casos existirá siempre, por supuesto, la tentación de los gobiernos para eludir la norma a través de una creatividad propagandística que permita hacer de su función un acto de comunicación propagandística.

En Francia, Inglaterra y Alemania, el tema de la prohibición o permisión de la propaganda institucional ha creado diferentes tratamientos legales. El sistema francés de prohibición en la contratación libre de publicidad presentaba, en un primer momento, una excepción: se permitía la transmisión de la publicidad política fuera de los periodos electorales. En la decisión del Consejo Constitucional 86-217 DC, del 18 de septiembre de 1986, se establecieron ciertas condiciones que hicieron inaplicable dicha excepción de la Ley 86-1067, de 1986, al señalar que ninguna fuerza política podía tener en esos casos excepcionales una superioridad propagandística en función de los recursos financieros disponibles,

⁴⁵ SÁNCHEZ MUÑOZ, O. *op. cit.*, p. 285.

con lo cual remitió al órgano autónomo de las telecomunicaciones la obligación de expedir las reglas oportunas conforme a este principio de equidad. Como nunca se llegó a un consenso aceptable, la Ley 90-55, del 15 de enero de 1990, optó por establecer una prohibición permanente de cualquier tipo de emisión publicitaria de carácter político. En Inglaterra, de igual manera, se optó por esta misma solución: las televisiones privadas tienen prohibido emitir cualquier publicidad que tenga finalidad política, contratada por partidos o particulares (véase artículo 8° de la *Broadcasting Act* de 1990). Alemania, por su parte, tiene una solución similar después de haber experimentado el modelo de libre contratación de propaganda electoral conforme a los recursos disponibles, lo cual se legitimó con la sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de mayo del 1962 (BVERfGE 14, 121), pero el abuso del despliegue propagandístico en la elección de 1990 generó que el *RundfunkStaatsVertrag* de 1991 prohibiera en forma absoluta cualquier tipo de publicidad contratada, y ordenara asignar, en consecuencia, espacios gratuitos a los partidos.

El caso australiano es interesante. Ha pasado del modelo prohibitivo a uno de libre mercado.⁴⁶ En 1991, la *Political Broadcast and Political Disclosure Act* diseñó un sistema de prohibición de libre contratación para privilegiar la cesión de espacios gratuitos a los partidos. La *High Court* de Australia, sin embargo, anuló la regla prohibitiva de contratación de la publicidad política, toda vez que afirmó la tesis de la comunicación política de los parlamentarios: la publicidad —dijo la Corte australiana— es un canal más de comunicación entre representantes y representados que afirma la responsabilidad parlamentaria, por lo cual esta vía debe permanecer libre y abierta para no afectar el principio constitucional de la libertad de comunicación,⁴⁷ línea conceptual que, como más adelante señalaré, se sostiene por el TEPJF en el caso verde. Este argumento de libertad informativa, en esencia, es el que ha edificado el modelo americano que rechaza cualquier modalidad de regulación que intente limitar la libertad de expresión bajo la tradición de que el “dinero habla en las campañas” (*money talks*). El modelo siempre ha sido cuestionado por los excesos que se dan, pero lo cierto es que en las elecciones presidenciales de Estados Unidos difícilmente se puede afirmar que los republicanos o los demócratas se encuentran en una posición de desventaja publicitaria. La pluralidad de la oferta informativa beneficia al ciudadano al final de cuentas. El caso *Obama* revela, en efecto, que la recaudación de fondos privados para tener mayor visibilidad publicitaria permite una forma de emancipación de la mayoría del pueblo frente a la concentración del

⁴⁶ GARDINI, G. *La discipline delle campagne elettorali*, CEDAM, Padua, 1996, pp. 449 y ss.

⁴⁷ Véase *Commonwealth Law Review*, No. 177, 1992, p. 106.

dinero en unos cuantos. En las primarias, por ejemplo, mientras Barack Obama era financiado con cantidades menores por un mayor número de personas, Hillary Clinton tenía un respaldo millonario más concentrado en unos cuantos. En la elección constitucional con John McCain esta situación se volvió a dar. Nadie pues puede limitar la voz de unos con el objeto de aumentar la voz de otros⁴⁸ si al final todos tienen la misma posibilidad de tener la influencia de poder convencer a los demás.

Una primera hipótesis. La propaganda institucional, en teoría, no debiera presentar dificultad grave en los modelos abiertos de contratación de publicidad electoral, siempre que se garantice la pluralidad informativa. El hecho de que el presidente de los Estados Unidos haga campaña en el *Air Force One*, promocionando sus logros oficiales para reelegirse o para apoyar al candidato de su partido, no desequilibra, por sí misma, la contienda electoral. *Ergo*: la superioridad de la publicidad institucional se combate con la posibilidad de brindarle al adversario la cláusula de igual acceso de visibilidad mediática, de tal forma que resuelto el problema cuantitativo de la propaganda entre los contendientes (*equal time*), la cuestión se traslada al aspecto cualitativo (*fairness doctrine*): qué propaganda va a persuadir o convencer más al electorado por el favoritismo mediático, en donde el contenido de una publicidad institucional no siempre es favorable, ya que, por el contrario, puede llegar a ser muy perjudicial en la medida en que exista imparcialidad y pluralidad en los medios.

En los modelos europeos, por el contrario, la propaganda institucional puede desequilibrar la cláusula de trato igual en el tiempo aire, dado que el adversario tiene prohibido contratar publicidad en forma directa para nivelar el acceso a los medios, con lo cual el adversario compite contra los tiempos-aire del partido contrincante y contra los tiempos-aire del gobierno. La solución ha sido prohibir tajantemente la publicidad institucional durante el proceso electoral; incluso, en mayor o menor medida, se opta por prohibir todo tipo de propaganda política fuera de los tiempos electorales. En suma, la propaganda institucional en los modelos de comunicación electoral presenta el mismo problema: la posibilidad de una ventaja mediática en la propaganda política que puede originar una posición de superioridad de algunos de los competidores. Pero aun cuando esta situación de ventaja se dé, en aquellos sistemas en donde prevalezca la pluralidad informativa, el trato igual de tiempo aire y el acceso real a los recursos de financiamiento, resulta difícil sostener una violación al principio de igualdad de oportunidades en las campañas electorales. Por el contrario, en aquellos regímenes jurídicos que aunque prohíban la libre contratación de publicidad electoral,

⁴⁸ FISS, O. M. *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 32 y ss.

permiten la propaganda institucional en forma libre, se presentará ineludiblemente el problema de la equidad informativa, que, en todo caso, se agravará si no existe la garantía de pluralidad de los medios de información.

Una aclaración. Es cierto que no toda propaganda institucional debería ser prohibida por razones informativas. Por ello, la clave de la eficacia del modelo para tutelar la equidad en la competencia electoral, a mi juicio, no se encuentra, única o necesariamente, en la prohibición de la contratación de publicidad, sino en las garantías de acceso e imparcialidad a los medios que permita que cualquier competidor tenga la posibilidad real de tener el mismo espacio, tiempo y pluralidad de su propaganda e información política que le beneficie o le perjudique. Ése es el problema.

B) La cuestión mexicana de la propaganda institucional

En México, el problema es permanente. Después de ensayar un sistema americano, sin pluralidad ni imparcialidad informativa, hemos optado por el europeo de prohibir la libre contratación de publicidad electoral, con el problema principal: la permisión de la propaganda institucional fuera del proceso electoral, cuyos riesgos se aumentan por la parcialidad informativa en la televisión, sobre todo.

En efecto, el alcalde o gobernador de una entidad federativa ve en la propaganda institucional un activo político y sistemático para posicionarse ante el electorado, mucho tiempo antes de un año electoral. El bombardeo publicitario de las instituciones es constante, toral y estratégico. Con ello el político pretende, en primer lugar, beneficiarse él para la próxima contienda, pero también, y sobre todo, hacer llegar el mensaje del buen gobierno que representa su partido para crear un buen ambiente de opinión pública para las futuras elecciones de su partido. El caso Peña Nieto es el corolario del problema, que ha llegado hasta la sede parlamentaria para exhortarlo a dejar de realizar actos propagandísticos en medios.⁴⁹ La propaganda institucional, por lo tanto, se ha convertido en el principal instrumento publicitario para un funcionario público que pretende sacar ventaja electoral a través de la estratégica difusión de su imagen, frases y obra, que sin duda constituyen una posición de mayor visibilidad en los medios a cambio de dinero público: el pago de los gobiernos a las televisoras por los contratos publicitarios. Nada, pues, es gratuito. La nota de un hecho político que debe ser tratada con imparcialidad por un noticiero o comentarista se convierte

⁴⁹ Véase la versión estenográfica de la sesión de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión del 24 de junio de 2009, IX Legislatura, disponible en: <http://www.senado.gob.mx>.

en un acto propagandístico de los medios a favor o en contra, para construir o destruir una candidatura. Es el mercado negro de la información.⁵⁰

Hagamos un poco de historia. En un primer momento la práctica fue difundir las obras públicas en tiempos de campaña.⁵¹ Era muy común ver la intensidad de la publicidad institucional en tiempos de campañas. La discusión judicial residió en suspender o no dicha publicidad gubernamental. Sin embargo, puesta en leyes locales primero, y luego en la federal, la prohibición de la propaganda oficial en plazos electorales, el problema se trasladó, independientemente de la violación a la ley, al tema de la propaganda institucional que antes de una elección pretende difundir los éxitos de los funcionarios de gobierno bajo el pretexto informativo. El derecho a la información se distorsiona para convertirse en el derecho a la promoción política. Muchos gobernadores locales de hoy se beneficiaron de la posición pública difundida sistemáticamente en los medios de comunicación masiva para sacar una ventaja indebida a sus competidores.

La reforma de 2007, no obstante, trató de zanjar este problema de personalización de la política con el principio de neutralidad, por un lado, y con la prohibición de la propaganda personal de una entidad pública, por el otro,⁵² pero generó el problema de la propaganda institucional que libremente se contrata en radio y televisión fuera de los plazos electorales, la cual se ha convertido en verdaderas campañas previas, intensas y paralelas que pretenden influir en el electorado. Incluso en el proceso electoral de 2009, los grupos parlamentarios —y algunos gobiernos locales—, a través de campañas informativas simuladas, han pretendido continuar en tiempos electorales con su actividad propagandística, tal como lo muestra el caso PAN *vs.* PRI (2009).

El fraude a la ley electoral es la regla de hacer política. El problema es construir, en clave jurídica, los criterios razonables para testear la propaganda fraudulenta, a fin de no caer también en restricciones categóricas e irracionales de la libertad política, que lo único que generan es la elusión aún más grave de la

⁵⁰ Los periodistas deben ser libres de expresarse a favor o en contra de los políticos. No hay nada de malo en que un periodista exprese su opinión en tal o cual sentido. El problema es cuando la opinión se convierte en un acto mercantil de censura o de promoción política para beneficiar o perjudicar deliberadamente a alguien. Hay un caso que ha revelado esta manipulación de los medios televisivos en México. La noticia que difundió en radio Carmen Aristegui sobre la entrevista al ex presidente Miguel de la Madrid, en donde se revela una acusación de corrupción en contra de la familia del ex presidente Salinas de Gortari, fue prácticamente borrada en los medios televisivos. No hay duda de que ése era un hecho noticioso relevante, mas no ocupó la agenda de información de los medios televisivos. El silencio televisivo es un indicio claro del favoritismo de los medios.

⁵¹ ACKERMAN, J. "Comentario a la reforma constitucional en materia electoral de 2007", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, No. 121, 2008, p. 414.

⁵² ASTUDILLO, C. "El nuevo sistema de comunicación política en la reforma electoral de 2007", en CÓRDOVA VIANELLO, L. y SALAZAR UGARTE, P. (coords.). *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, TEPJF, México, 2008, p. 147.

regla absurda. El círculo de la simulación propagandística es perverso: la regla del juego impone en la ley restricciones absolutas, las cuales impiden la libre participación política, *ergo*, la lucha por el poder se canaliza como válvula de escape mediante el acto de creatividad publicitaria que pretende jugar al límite de las reglas hasta llegar a violarlas. Me interesa subrayar que este exceso de los políticos de romper las reglas del juego es, a mi juicio, el principal desestabilizador del sistema político. Es absurdo. Los políticos se dan reglas que ellos son los primeros en burlar, porque es en la ley electoral en donde generan las excepciones para aprovecharse de estos poderes salvajes del dinero y los medios. Y al final, con esas reglas, se pretende que el juez electoral rehaga la regla legislativa para prohibir esos actos propagandísticos de las instituciones. La cuestión es que el juez juega en el marco de un texto constitucional determinado, en donde si bien puede colmar lagunas y reelaborar el discurso antinómico de las normas para hacer coherente el sistema jurídico, también tiene límites que le impiden juzgar con base en las intenciones de los autores de una reforma, que no están puestas en la norma. No obstante, el marco constitucional permite construir, conforme a la doctrina del fraude a la ley, una serie de criterios razonables que permita civilizar la libre contratación de la propaganda institucional. Aquí lo trataré de mostrar.

En consecuencia, el modelo mexicano de comunicación electoral adolece de un problema estructural: la falta de pluralidad e imparcialidad informativa en los medios televisivos que los políticos aprovechan con la propaganda institucional. El duopolio Televisa-Azteca concentra la mayor cobertura nacional, con lo cual tienen un mayor poder de impacto e influencia en la opinión pública. El caso Peña Nieto representa, después de la reforma de 2007, el modelo propagandístico que más beneficio ha sacado de la propaganda institucional, de tal manera que se ha construido una buena imagen popular para la carrera presidencial de 2012, a partir de entrevistas y programas televisivos a modo, infomerciales institucionales, mayor cobertura de difusión a su obra, la nota rosa o del corazón en espacios televisivos e impresos de gran cobertura, etcétera, lo cual le permite un gran poder mediático a partir de los contratos de publicidad que el gobierno celebra con dichos medios.⁵³ Es ingenuo pensar que es gratis. En la escala local, existen muchos Peñas Nieto en cada alcalde o gobernador que pretende una mayor visibilidad mediática. Pues no sólo los medios nacionales influyen, también, y sobre todo, existen los monopolios televisivos estatales y privados en las entidades federativas que llegan a tener un mayor peso e influencia, incluso más que los nacionales, los cuales se decantan generalmente a favor de la clase gobernante. El caso *Coahuila* (2005), por ejemplo, muestra cómo una televisora

⁵³ Véase *Proceso*, edición 1703, junio de 2009, disponible en: proceso.com.mx.

de cable local se convierte en el principal activo propagandístico del partido en el gobierno y su candidato: denuesta sistemáticamente al adversario y exalta las virtudes del oficial; ofrece mayor tiempo-aire a uno que a otro; la noticia deja ser informativa para ser actos de permanente promoción del candidato oficial; las entrevistas son militantes para favorecer y perjudicar a modo, etcétera. En ese asunto, el TEPJF sostuvo la posibilidad de anular una elección por la falta de pluralidad e imparcialidad informativa, en donde se impuso, por mayoría, el criterio de que los medios, como particulares, deben observar también los principios en materia electoral. El TEPJF, no anuló la elección, por –según su dicho– falta de prueba en la determinación de la violación, pero ya en el caso *Tabasco* (2000) había anulado la elección por la desventaja televisiva de un medio oficial local. La mediatización de la política por medio de las campañas institucionales es, pues, el problema actual de la competencia electoral. Es, sin duda, la primer y principal forma de hacer política a lo largo y ancho del país: la propaganda institucional. El problema reside en que es un problema de coyuntura: el poder mediático en un momento puede beneficiar a un partido, pero en otro lo puede perjudicar. Los partidos, por ende, deberían pensar en reglas más imparciales para todos.

Por lo tanto, si la reforma electoral de 2007 prohibió la libre contratación por los partidos de propaganda en radio y televisión, pero permitió la propaganda institucional a través de contratos con las empresas televisivas, por lo que se vuelve a tener la dependencia con el poder mediático que puede favorecer a los aliados y perjudicar a los enemigos, resulta claro que el sistema actual no va a funcionar de manera eficaz, porque el exceso de la propaganda institucional puede producir una situación de inequidad mucho antes de que exista un proceso electoral. La reforma resolvió, ante todo, el chantaje de las televisoras a la clase política para permitir los spots electorales en equidad de tiempo mediante la asignación gratuita de los tiempos del Estado a los partidos conforme a su peso electoral, pero no resolvió el favoritismo mediático que una empresa televisora nacional o local puede tener con la clase gobernante a través de la propaganda institucional. Ése es el problema central.

5. El caso verde

El asunto controversial. El caso IFE *v/s.* PVEM (2009) ha sumado el mayor número de voces críticas en contra del TEPJF. La narrativa es sencilla. Algunos legisladores, en forma directa, contrataron con recursos privados tiempo aire en televisión para difundir, antes de comenzar las campañas pero después de terminadas las

precampañas, una iniciativa de pena de muerte que es parte de la propaganda electoral de su partido en el proceso electoral federal de 2009. El IFE sancionó al partido por esta propaganda porque estimó que era violatoria de la prohibición de la contratación directa de publicidad, para garantizar la equidad de la contienda. El TEPJF, por su parte, sostuvo que los verdes realizaron esta propaganda en ejercicio del derecho a la comunicación política que tienen los legisladores conforme a la libertad de expresión e información. Los comentaristas, por su parte, han cuestionado severamente el precedente judicial por poner en tela de juicio el elemento central del modelo de comunicación político-electoral: la equidad. El caso es relevante por varias razones. Por un lado, representa el punto de partida para examinar la eficacia del modelo de comunicación político-electoral de 2007; por el otro, plantea dos tesis rivales que bien se pueden pacificar mediante la construcción de límites más razonables a la propaganda institucional, que puede reelaborar el juez electoral y, por último, resulta importante el caso verde, dado que la política legislativa de restricción a la libertad electoral, tesis popular y hegemónica para resolver nuestros problemas electorales, muestra claramente los diferentes absurdos, insuficiencias y situaciones contradictorias que los casos concretos evidencian de la reforma electoral de 2007. En todas estas problemáticas el juez electoral es clave, porque tendrá que ir puliendo el modelo de comunicación política conforme a las bases constitucionales.

Por lo demás, el caso verde ha generado una gran polémica en la opinión pública. No sólo por la posición mayoritaria en contra del fallo del TEPJF, porque se estima que se legitimó una puerta abierta a la libre contratación de los medios de comunicación que pretendía evitar la reforma de 2007, sino también, y principalmente, porque se ha generado la hipótesis periodística de que los candidatos del PVEM en realidad representan los intereses de las televisoras, con lo cual ellas mismas, en especial Televisa, han hecho de todos sus espacios informativos (spots, entrevistas, sitios de internet, programas estelares, etcétera), un lugar idóneo para publicitar la oferta electoral de los verdes. Los datos son: los candidatos del PVEM —que van en los primeros lugares de la lista de representación proporcional— tienen vinculación personal o laboral con los altos ejecutivos, y hasta con algún dueño, de las televisoras; la imagen de los artistas estelares es utilizada para vender la propuesta de los verdes en spots que se reproducen con mayor intensidad en diversos sitios de mayor difusión, electrónicos e impresos, de Televisa; el representante del PVEM ante el IFE es el que más defiende los intereses de las televisoras a la hora de resolver el procedimiento especial sancionador.⁵⁴

⁵⁴ Véanse las entrevistas de Carmen Aristegui a Jenaro Villamil y José Antonio Crespo los días 24 y 25 de junio de 2009, acceso en red: <http://www.mvsnoticias.com>. En ellas se comenta el despliegado que publica en prensa el Grupo Televisa en contra de Aristegui y Villamil sobre el reportaje de los contratos de Peña Nieto con dicha televisora. Pero

Pues bien, supongamos que la hipótesis es cierta. Televisa se ha aprovechado de los verdes para tener representación política en la próxima Cámara de Diputados, y éstos, a su vez, han utilizado a aquélla para tener una mayor visibilidad mediática. ¿Este realismo político es suficiente para descalificar la sentencia del TEPJF? No. Como trataré de demostrar, las reglas del juego que están hoy vigentes lo permiten, por tanto, las razones expresadas por los jueces deben ser el marco a examinar. Ahora, si la Constitución permite la propaganda legislativa habría que preguntarse lo siguiente: ¿los legisladores pueden constituirse en el cliente favorito del mercado libre de spots televisivos o radiofónicos para beneficiar desmedidamente a su partido? No. La doctrina del fraude a la ley, aplicada con rigor constitucional, puede servir para moldear una regla de la *spotcracia legislativa*. Por ello confío en el discurso de los jueces para civilizar a estos poderes mediáticos conforme a una interpretación constitucional basada en las normas, pero no en las intenciones de los reformistas. Pues las intenciones de los reformistas fueron, justamente, abrir puertas de libre contratación que luego se pudieran aprovechar en forma ilimitada. La labor de los jueces es, por el contrario, matizar esas puertas que pueden dar lugar al fraude a la ley. En suma, si un grupo empresarial que detenta el poder mediático pretende influir en la representación política, a través de la construcción de su clase política, es una cuestión que en sí misma es válida en la participación política de cualquier grupo de presión o de interés, pero lo que una elección libre exige es que ese poder mediático, por más que tenga derecho a tener a sus candidatos favoritos, no puede beneficiarlos con una mayor visibilidad y apoyo en sus medios informativos, como tampoco esos candidatos pueden beneficiarse de esos privilegios mediáticos a costa del dinero público. Ésa es la cuestión de la garantía de la equidad mediática para tutelar una elección libre.

Una impresión previa. La *spotcracia legislativa* que juega en la raya de la ley porque pretende eludir las reglas electorales ha generado, en primer lugar, una orientación judicial permisiva de la comunicación política de los legisladores que, a mi juicio, es plausible conforme a la norma vigente y necesaria como punto de arranque en la deliberación del trabajo parlamentario; pero, al mismo tiempo, los casos futuros, a mi juicio, representarán para el juez electoral dilemas hacia la restricción más estricta de la libertad propagandística, en la medida, por supuesto, en que dicha publicidad de los legisladores resulte inadmisibles por la inequidad o parcialidad informativa que constituya un fraude a la ley. Lo que sí

también se ofrecen datos relevantes para confirmar la hipótesis de la vinculación de los candidatos verdes a favor de los intereses de las televisoras, lo cual ha evidenciado en el proceso electoral un mayor énfasis y parcialidad propagandística de la propuesta verde con los espacios de mayor cobertura e influencia de las televisoras ante la opinión pública, a grado tal que su posicionamiento ante el electorado fue relevante en los comicios de 2009.

me queda claro es que la ola restrictiva de la contratación libre de la *spotcracia legislativa* no tiene fundamento constitucional por sí misma, a menos de que también prohibamos tanto la propaganda institucional permitida en la norma como la propaganda que cualquier ciudadano haga sobre temas políticos de interés nacional fuera de un proceso electoral; en todo caso, la comunicación política de un legislador debe ser una atribución perfectamente delimitada para ser un canal de comunicación entre representantes y representados que fortalezca la responsabilidad de la representación política, pero no puede utilizarse en forma desproporcional y excesiva para legitimar una situación de inequidad inaceptable bajo el fraude a la ley. El legislador tiene la palabra desde el derecho parlamentario para moldear esta atribución, pero el juez puede colmar, en los casos concretos, los vacíos en la medida en que el textualismo constitucional le permita resolver lagunas o antinomias para hacer coherente y eficaz la garantía de la elección libre y auténtica.

Una advertencia. Cuando en este trabajo argumento a favor de la comunicación política de los legisladores bajo ciertos límites, que eviten las ventajas mediáticas indebidas en la propaganda electoral, no estoy defendiendo ni apostando por la videodemocracia como mejor modelo de comunicación política para acceder al poder, ni tampoco, por supuesto, pretendo defender el libre mercado de spots sin regulación. Lo que hago, por el contrario, es ante todo describir el modelo de excepción de la comunicación político-electoral conforme a las reglas constitucionales actuales y encontrar, por ende, una alternativa jurídica para matizar la libertad comunicativa de los legisladores. En efecto, como nunca la reforma de 2007 ha hecho de los procesos electorales una *spotcracia* sin contenidos deliberativos. Los principales problemas del modelo de comunicación electoral radican en la operatividad de los miles de spots a administrar por el IFE que han saturado al electorado, sin mucho que decirle. Ha llamado más la atención la campaña del voto en blanco, sin spots, que todos los spots de los partidos que venden promesas, salvo los spots negativos que, dicho sea de paso, se han prohibido so pretexto de la reforma de 2007. Hemos construido la *spotcracia* positiva: las campañas se reducen a 30 segundos de propuestas, sin denigración ni calumnia. No pueden ofenderse los políticos. Están prohibidos los mensajes rípidos, vigorizantes, mucho menos altisonantes o denigrantes. Pero más allá de esta discusión, me parece que la salud de una democracia no puede descansar sólo en la *spotcracia*: tenemos que transitar de los mensajes a los debates. Estoy consciente de que el ideal de una república deliberativa que tutele una mayor y mejor toma de decisión electoral no se logra con spots de 30 segundos; al contrario, si una elección se concentra en este tipo de mensajes es claro que la polarización de los grupos crea una elección plebiscitaria que, en mayor o menor

medida, tutela las emociones, motivaciones o sentimientos irreflexivos. La garantía de la elección libre, previa deliberación, se puede tutelar mejor con espacios mediáticos que promuevan el debate de las propuestas: en lugar de 30 segundos de imágenes y frases positivas, se deben privilegiar debates plurales, abiertos y vigorizantes. Una mayor deliberación combinada con una menor spotcracia puede ser una fórmula más sana para la democracia. Lo paradójico de nuestra democracia electoral es que los debates dependen de la voluntad de los contendientes, que ven en ellos sólo una estrategia electoral, más que un deber cívico fundado en una cultura democrática a favor de la deliberación de las ideas para que el elector se forme una postura más reflexiva de las diferentes identidades que lo pretenden representar. El debate es, pues, una regla inoperante en las campañas en México. Pero me queda claro, también, que tampoco podemos desechar los mensajes propagandísticos: una imagen o una frase en breves segundos puede decir al electorado mucho más que mil palabras, siempre que todas las palabras sean parte del debate público para evitar que la distorsión de una sola palabra domine el espacio de la información ciudadana. Por tal razón, al final de esta monografía apuntaré algunas ideas desde la perspectiva filosófica para construir una regla de la spotcracia legislativa que tutele imágenes, frases, pero sobre todo mucho debate de ideas.

6. El test de la inequidad propagandística

En México, los jueces electorales cada semana significan el contenido de las reglas del sistema electoral. En el discurso de la opinión pública, por el contrario, se advierten dos posturas militantes: la institucional y la opositora. Las dos tienen buenos y malos argumentos, pero, por razones obvias, no tienen tiempo para reconstruir el debate hasta que se presente en sede judicial un nuevo caso a resolver y, por ende, a criticar. En la doctrina, por tanto, se plantea la necesidad de analizar con rigor teórico y práctico los problemas, con lo cual las tesis fuertes se van matizando y las débiles se van fortaleciendo en muchas ocasiones. El diálogo entre la doctrina, los jueces y los comentaristas es, pues, imprescindible para poner siempre a prueba las soluciones controversiales, pero sobre todo para encontrar las respuestas más aceptables para garantizar el principio de la elección libre y auténtica. Mi postura reside en mostrar, por un lado, que la *spotcracia legislativa*, por más que tenga mala prensa, es parte de la comunicación política que, por la función de representatividad, puede realizar cualquier legislador para comunicarse con su electorado; pero, por el otro, el hecho de que un legislador tenga la facultad para difundir su trabajo e incluso contratar tiempo aire en

medios de comunicación masiva, no significa que tenga carta blanca para realizar propaganda fraudulenta que vulnere el principio de equidad electoral. El cargo público representativo no puede servir de base para crear una superioridad mediática a favor de algunos de los competidores que afecte la garantía de la elección libre. La cuestión, en todo caso, residirá en determinar cuándo estamos en presencia de la inequidad propagandística por la *spotcracia legislativa*. La solución, a mi juicio, no es prohibir tajantemente, sino permitir con límites estrictos para favorecer la cláusula de igualdad en el acceso a los medios de comunicación.

Desde luego que en una sociedad abierta la comunicación política es un derecho de los partidos para construir la identidad en la representación política. Los ciudadanos apoyan o rechazan la propuesta de los políticos en función de lo que comunican. El poder público, por su parte, está sujeto a la publicidad de sus actos, principio conforme al cual se articula el derecho de las personas a investigar, recibir y difundir la información en poder de las entidades públicas. Al Estado, sin embargo, no le basta con publicar sus actos, le gusta publicitarlos. En la doctrina nadie discute que las instituciones públicas tengan la facultad e incluso la obligación de comunicar sus actividades oficiales para facilitar el acceso a los servicios públicos.⁵⁵ Lo que resulta discutible, a mi juicio, es la concepción propagandística o informativa de la publicidad institucional. En el primer caso, leer la facultad de las instituciones públicas de difundir sus actividades oficiales como un derecho de los funcionarios públicos permite justificar la propaganda política y electoral en cualquier caso; en cambio, entender que la potestad estatal representa un derecho fundamental de la información de las personas significa permitir la propaganda institucional en la medida en que lo exijan las prestaciones de información que se requieren justificar a favor de las personas. No es lo mismo hacer una campaña de información para difundir el acceso a un servicio público (horarios, precios y lugares del registro civil), de un programa social (convocatorias para participar en subsidios sociales), o el cumplimiento de una función pública (campaña de vacunación), que hacer propaganda de los logros de esos servicios, programas y funciones (“tenemos el mejor registro civil”, “hemos superado la pobreza”, “no hay niños con poliomielitis”). En el primer caso la autoridad está informando, en el segundo exclusivamente realiza una actividad propagandística. En ambos casos la publicidad, a mi juicio, es necesaria para la formación de la opinión libre, pero la primera debe estar sujeta a estrictos contenidos informativos porque se paga con recursos públicos que tienen por objeto beneficiar al ciudadano con la información; mientras que en el segundo supuesto, en todo caso, podrá ser una labor propagandística de los partidos en

⁵⁵ SÁNCHEZ MUÑOZ, O. *op. cit.*, p. 295.

las campañas políticas para sacar provecho del buen o mal gobierno, e incluso puede ser objeto de financiamiento a través de los recursos públicos que el Estado entrega a los partidos para tales efectos, pero en ningún caso debieran ser para que los funcionarios hagan propaganda a favor de ellos, de su gobierno o de sus partidos. El problema es que la concepción que predomina es la publicidad institucional como un derecho de los funcionarios públicos.

Por tal razón, la cuestión sugiere elaborar el *test del poder salvaje* de la propaganda institucional que afecte la equidad electoral, de tal manera que se evalúe la mayor o menor superioridad relevante que un competidor tiene por el acceso a los medios de comunicación masiva, que le brinda un mayor tiempo aire, una mayor *spotcracia*. En los modelos jurídicos en donde se permita la propaganda institucional, la prueba de la equidad es un problema a considerar. El grado de inequidad propagandística se puede construir de diferentes formas, entre otras: una, constatando una violación clara y terminante de una norma que tutela la equidad en la contienda; dos, evaluando cualitativamente la mayor o menor influencia en el debate libre que puede tener una propaganda política por la notoria desventaja que produce el privilegio del poder mediático; tres, mediante la calificación cuantitativa del tiempo aire que afecta la pluralidad informativa, y cuatro, una combinación de los diferentes criterios que permita analizar una violación de la equidad electoral por la propaganda fraudulenta. En este trabajo pretendo analizar estas cuestiones relacionadas con la comunicación política de los legisladores. Me interesa analizar, por una parte, si el legislador puede aprovecharse de su trabajo oficial para hacer propaganda política a favor de sus preferencias partidistas, y, por otra, si esta función de comunicación legislativa permite o no, bajo el actual modelo de comunicación electoral en México, la posibilidad de contratar libremente spots en radio y televisión para hacer difusión de su trabajo legislativo. Trataré, asimismo, de formular una concepción limitada de la *spotcracia legislativa*.

Los antecedentes son ejemplificativos. El caso *Tabasco* (2000) revela el primer precedente en donde se anula una elección, entre otras razones, por considerar que la ventaja indebida en el acceso a los medios de comunicación del partido en el gobierno produce inequidad y ocasiona, por ende, una limitación en las opciones que tiene el elector para decidir libremente entre las distintas propuestas de los partidos políticos que participan en los comicios. El ciudadano —dijo el juez electoral— está más en contacto con la plataforma política de quien ha aparecido más en el medio de comunicación indicado, y en mayor o menor medida se le hace perder el contacto con los partidos políticos que menos aparecen en el propio medio de comunicación, lo cual afecta la libertad con la que

se debe ejercer el derecho al sufragio. En el caso *Colima* (2003), por su parte, el TEPJF llevó al extremo el principio de neutralidad gubernamental con base en una ley local: anuló una elección por afectar el sufragio libre cuando un alto funcionario participa libremente en los actos proselitistas del candidato del partido del gobierno, por la influencia a favor o en contra que produce su liderazgo derivado del encargo público. En forma reciente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó en el caso *Coahuila* (2009) ambos temas a partir de los derechos políticos de los funcionarios, de tal manera que resulta polémico determinar cuándo la presencia política de un alto funcionario en una campaña, aunque sea fuera del horario de trabajo, produce inequidad en los comicios. Pero esta línea argumentativa de la equidad ha tenido una mayor precisión en el tema de las precampañas, en los cuales el TEPJF ha tenido la oportunidad desde hace tiempo de formular una doctrina que permita describir en qué momento una propaganda simulada o encubierta resulta un acto anticipado de campaña que afecta la equidad. Pues bien, ahora el tema se traslada al fraude a la ley en la propaganda institucional, en específico a la cuestión de la propaganda mediática del trabajo legislativo, que puede constituir un fraude al modelo de comunicación política en México. ■