

VOTO PARTICULAR¹ DE LOS MAGISTRADOS FELIPE DE LA MATA PIZAÑA Y REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR SUP-REP-642/2018²

En esencia disentimos del criterio mayoritario expresado en la sentencia del presente asunto, por el que se confirma la sentencia dictada en el Procedimiento Especial Sancionador SRE-PSC-196/2018, en la que determinó se actualizaba la infracción consistente en el uso indebido de la pauta.

1. Planteamiento del problema

La infracción consiste en el uso indebido de la pauta por parte del Partido del Trabajo³, al solicitar la difusión de promocionales de campaña de candidatos a presidencias municipales en Quintana Roo⁴, que corresponde a pauta local y en los que se menciona al otrora candidato a la presidencia de la República postulado por la coalición “Juntos Haremos Historia”, respecto de lo cual la Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral⁵ declaró la **procedencia** de las medidas cautelares solicitadas, al considerar que los promocionales contienen elementos que se relacionan con un proceso electoral distinto al que le corresponde la pauta asignada, lo que fue **confirmado** por esta Sala Superior.

Una vez sustanciado el procedimiento, se determinó declarar existente la infracción atribuida al PT por el uso indebido de la pauta local y se le impuso una **multa** de **2000 UMAS**, equivalente a **\$161,200.00 (ciento sesenta y un mil doscientos pesos 00/100 m.n.)**

2. Postura mayoritaria

¹ Participaron en la elaboración del voto particular: Luis Rodrigo Sánchez Gracia, Javier Miguel Ortiz Flores y Alejandro Arturo Martínez Flores.

² Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187, último párrafo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

³ En adelante PT.

⁴ Los promocionales denunciados son los siguientes:

Folio	Medio de difusión	Versión	Entidad	Pauta
RV02582-18	televisión	VOTA PRESIDENTES LOCALES 4 QROO	Quintana Roo	Campaña Local
RA03284-18	radio			

⁵ En adelante INE.

En la sentencia aprobada por la mayoría, se confirma la sentencia reclamada al considerar que la infracción cuya existencia se determinó, consistente en el uso indebido de los tiempos en radio y televisión, se actualiza desde el momento de incluir los promocionales en las órdenes de transmisión y su publicación en el portal de internet del INE, sin que sea necesaria su difusión.

3. Nuestro disenso

No compartimos la postura de la mayoría, en virtud de que la conducta analizada es la asociada al uso indebido de la pauta, en su vertiente de incluir en el pautado de un proceso electoral determinado, elementos de un diverso proceso comicial, en contravención al modelo de comunicación política.

En el caso concreto, se denunció la mención del entonces candidato a la presidencia de la República, Andrés Manuel López Obrador, en promocionales a difundirse en emisoras de radio y televisión que transmiten la pauta local de Quintana Roo, destacando que se trata de una conducta que vulnera la equidad en la contienda, en atención a que, como se ha desarrollado con antelación, implica la sobreexposición de una candidatura al otorgarle más tiempo del que tiene derecho conforme al pautado aprobado por el INE.

Ahora, para que este tipo de infracción se actualice, y por consiguiente se imponga la sanción correspondiente, es requisito indispensable que el promocional se difunda en los medios a los que está destinado, es decir, estaciones de radio o canales de televisión, pues la única forma en que se genere un daño es que, por medio de alguna de las emisoras que se encuentran obligadas a transmitir un pautado determinado, el material sea visto o escuchado, de conformidad con el catálogo aprobado por el INE.

En efecto, la conducta denunciada tiene relación con la prerrogativa con que cuentan los partidos políticos respecto al uso de los medios de comunicación social, particularmente en el acceso a radio y televisión, el cual tiene diversas reglas, de conformidad con el tipo de pauta y proceso electoral en el que se participe.

Al respecto, se precisa que cuando se lleven a cabo procesos electorales concurrentes, el tiempo destinado al acceso a radio y televisión se distribuye a cada proceso de forma específica y equitativa con base en los parámetros previstos en la normativa aplicable, el cual debe destinarse exclusivamente a la elección prevista, sin que se permita incluir elementos de un proceso comicial diverso.

Así, se reafirma que los partidos políticos tienen derecho a difundir propaganda en radio y televisión durante los diversos procesos electorales, por lo que, para ejecutar esta prerrogativa y se evalúen los posibles efectos irregulares de su uso, es indispensable que se lleve a cabo la difusión de los promocionales respectivos en las emisoras que tengan la obligación de transmitirlos, siendo hasta este momento cuando se tendrá por realizado efectivamente el acceso a dichos medios de comunicación.

En concordancia con lo expuesto, en el plano del derecho administrativo sancionador, se precisa que, para efectos de tener por acreditada alguna irregularidad por el uso indebido de la pauta, en virtud de haber incluido en un pautado específico elementos relativos a un proceso electoral que no le corresponde, no es suficiente con que los promocionales se encuentren integrados en una orden de transmisión, sino que se requiere necesariamente, para actualizar el tipo respectivo, su difusión a través de radio o televisión, según sea el caso.

Lo anterior, en atención a las siguientes razones:

En primer lugar, en el Estado constitucional democrático, conforme al principio de legalidad, la infracción presupone una acción antijurídica, cuando la antijuridicidad consiste en la contradicción entre la acción y el Derecho objetivo, en el entendido de que el principio de estricta legalidad asegura, mediante diversas garantías, entre otros aspectos, la denotación taxativa de la acción y del daño o lesión.⁶

En segundo lugar, porque el valor o bien jurídico que se tutela es la equidad en la contienda, en el sentido de evitar la sobreexposición de alguna candidatura, esto no ocurre cuando un promocional no se difunde en los medios previstos para el ejercicio de la prerrogativa en cuestión, es decir,

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2006, pág. 96.

radio o televisión, por lo que, ante la ausencia de transmisión, el posible contenido irregular no trasciende al electorado, por lo que no se genera ningún efecto o impacto contrario a la normativa.

Lo anterior es así, ya que el uso indebido del tiempo en radio y televisión es una falta a la normatividad electoral de resultado, es decir, una lesión a un determinado objeto que, en el caso concreto, se trata de la equidad en la contienda electoral.

Sirve de respaldo argumentativo a lo anterior, las razones que sustentan la tesis jurisprudencial 7/2015, de rubro: **RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES.**

Con base en lo señalado, consideramos que no es jurídicamente adecuado ampliar el tipo administrativo respectivo, ya que si la conducta es la **transmisión** de material irregular en radio y televisión, la decisión de la sentencia relativa a **infraccionar conductas diversas** —como la solicitud de pauta o la publicación del material que realiza el INE en su portal en Internet— supone **ampliar indebida e innecesariamente la definición del tipo** administrativo.

Esto es incorrecto, pues interpretar extensivamente el tipo administrativo en estudio con el fin de sancionar conductas diversas a las que originalmente se definieron, supone una contravención a la regla constitucional en materia sancionatoria que prohíbe imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena o sanción alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito o falta de que se trata; regla que esta Sala Superior ha señalado que, en principio, es aplicable a los procedimientos administrativos sancionatorios en materia electoral, en tanto que es compatible con las garantías de seguridad jurídica que rigen a estos últimos⁷, como lo son la legalidad, la tipicidad⁸ y la previsibilidad.

⁷ Tesis XLV/2001, de la Sala Superior, de rubro: “**ANALOGÍA Y MAYORÍA DE RAZÓN. ALCANCES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL**”. Disponible en: Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 5, Año 2002, página 31.

⁸ Jurisprudencia 7/2005, de la Sala Superior, de rubro: “**RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES**”. Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, páginas 276 a 278.

En efecto, en nuestro concepto, —en el modelo de Estado constitucional democrático—, los jueces están impedidos para crear infracciones que no estén previstas en la ley, de conformidad con el principio de legalidad aplicable al derecho administrativo sancionador electoral⁹.

Asimismo, la autoridad jurisdiccional electoral no puede válidamente extender o ampliar los tipos administrativos existentes a supuestos o hipótesis no cubiertos en la normativa aplicable, por más que se apele, como se hace en la sentencia, a “los valores y principios del sistema democrático”, pues la función de los juzgadores se circunscribe a verificar si se actualiza o no del supuesto típico respectivo, teniendo prohibida la ampliación de conductas reprochables, pues:

- Acota la arbitrariedad y la ilegítima expansión de la potestad sancionadora.
- Permite un control democrático de la política sancionatoria.
- Genera previsibilidad para los sujetos normativos de un procedimiento administrativo sancionador sobre las consecuencias de sus actos.

Finalmente, cabe referir que otro de los principios aplicables al régimen administrativo sancionador electoral es el de interpretación y aplicación estricta de las disposiciones en materia de infracciones, tal como se afirma en la jurisprudencia 7/2015, de la Sala Superior¹⁰. En ese sentido, como se adelantó, estimamos inadecuado ampliar, vía interpretativa, las conductas que pueden ser objeto de sanción.

Sirve de respaldo argumentativo a todo lo antes mencionado, la tesis 1^a CCCXVI/2014 (10^a) de la Primera Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: **DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEBE MODULARSE EN ATENCIÓN A SUS ÁMBITOS DE INTEGRACIÓN**¹¹.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ **Datos:** Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, septiembre de 2014, Tomo I, p. 572. Registro: 2007406. **Texto:** El ámbito constitucionalmente legítimo de participación de la autoridad administrativa en los procesos de producción jurídica en el derecho administrativo sancionador, debe determinarse por referencia a los imperativos de tres valores en juego, a saber: 1) el control democrático de la política punitiva (reserva de ley); 2) la previsibilidad con la que han de contar las personas sobre las consecuencias de sus actos; y, 3) la proscripción de la arbitrariedad de la autoridad (ambas vertientes del principio de tipicidad). Así, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación suscribe la premisa de que los componentes del principio de legalidad no pueden tener un grado de exigencia idéntico en todos los ámbitos del derecho citado, sino que han de modularse de acuerdo con la función desempeñada por el Estado, por lo que para determinar el balance debido es necesario establecer en qué terreno se encuentra la materia de escrutinio constitucional y cuáles son los elementos diferenciados a considerar. Ahora

Una vez que se ha señalado lo anterior, se destaca que en la sentencia reclamada se cita el informe que rindió la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos del INE, del que se desprende que, con relación a los promocionales materia de la presente sentencia, únicamente se detectaron dos impactos de la versión de radio, sin tuviera difusión la de televisión, en atención a la sustitución que se realizó con motivo del dictado de medidas cautelares.

En este sentido, se precisa que, en el caso de análisis, el bien jurídico tutelado es la equidad en la contienda y la conducta sancionable es la sobreexposición en radio y televisión de una candidatura relativa a un proceso electoral determinado, en detrimento de otras de ese mismo proceso, al incluir elementos que la hacen identificable en el tiempo que se utilice al amparo de la pauta de un proceso electoral distinto.

Con base en lo señalado, para que el ilícito se actualice, debe hacerse uso del tiempo en radio y televisión, lo que ocurre cuando las emisoras transmiten el promocional que deriva en la exposición indebida ante las audiencias.

Al respecto conviene describir el procedimiento que se sigue para que un promocional se transmita:

- Aprobación de la pauta por parte del Comité de Radio y Televisión del INE.

bien, de una lectura íntegra de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que, al menos, existen cinco ramas del derecho referido, sin que ello implique que no puedan aceptarse posteriormente nuevas manifestaciones: 1) las sanciones administrativas a los reglamentos de policía, del artículo 21 constitucional; 2) las sanciones a que están sujetos los servidores públicos, así como quienes tengan control de recursos públicos, en términos del Título Cuarto de la Constitución Federal; 3) las sanciones administrativas en materia electoral; 4) las sanciones a que están sujetos los agentes económicos y operadores de los mercados regulados en el contexto de la planificación económica y social del Estado; y, 5) una categoría residual, donde se prevén las sanciones a que están sujetos los particulares con motivo de una actividad de interés público regulado administrativamente (aduanero, inmigración, ambiental, entre otros). Este listado no tiene el fin de establecer los únicos ámbitos integrantes del derecho administrativo sancionador, pero sí evidencia los que han sido explorados en la jurisprudencia, en que se han fijado distintos balances de acuerdo a los elementos normativos y jurisprudenciales que definen una naturaleza propia que, por ejemplo, en el caso de las sanciones administrativas establecidas en los reglamentos, ha llevado a concluir que no es aplicable el principio de reserva de ley, pero sí el de tipicidad, a diferencia del ámbito donde el Estado se desempeña como policía, en el que los tres principios exigen una aplicación cercana a la exigida en materia penal. Entre ambos extremos, cabe reconocer ámbitos intermedios, donde el Estado desempeña un papel regulador en el que los tres valores adquieren una modulación menor al último pero mayor al primero, pues se permite la integración de los tipos administrativos con fuentes infralegales, pero siempre bajo los lineamientos generales establecidos en las leyes. Por tanto, el grado de exigencia del principio constitucional de legalidad exige un ejercicio previo de reconocimiento del ámbito donde se ubica la materia de estudio.

- Captura de estrategias de transmisión en el Sistema Electrónico señalado en el artículo 3, párrafo 3, inciso I) de los Lineamientos aplicables a la entrega y recepción electrónica o satelital de las órdenes de transmisión y materiales¹², por parte de los partidos políticos y candidatos independientes, mediante el uso de firma electrónica.
 - Los promocionales los produce cada actor político con derecho a la prerrogativa en radio y televisión.
 - La Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos del INE les asigna un folio y revisa si cumplen con los requisitos técnicos para su transmisión, en caso de ser así, informa a la parte interesada que el material es óptimo para su difusión, por lo que pueden ser incluidos en las estrategias de transmisión respectivas.
- Elaboración, con base en las estrategias señaladas, y puesta a disposición de las emisoras mediante el sistema de las órdenes de transmisión y materiales correspondientes.
- Publicación en el portal de internet del INE, de los promocionales incluidos en las órdenes de transmisión, el mismo día de la puesta a disposición.
- **Transmisión de los promocionales por parte de las emisoras.**

Del procedimiento descrito se desprende que, para que un promocional se transmita en radio o televisión, deben realizarse diversos actos, precisando que, para efectos del análisis del ilícito que se estudia en el presente expediente, no todos son sancionables.

En efecto, atendiendo a su naturaleza, la infracción susceptible de sanción es de resultado, no así de peligro o mera actividad, pues la conducta ilícita se actualiza al momento en que se produce el hecho que resulta reprochable por la normativa electoral, el cual es la sobreexposición de un candidato mediante el uso del tiempo en radio y televisión que no le corresponde. De esta forma, el uso indebido de ese tiempo es el hecho que

¹² Artículo 3

Glosario

Se entenderá por:

(...)

3. En cuanto a los términos aplicables a los Lineamientos:

(...)

I) Sistema Electrónico: Portal habilitado en internet para suministrar los servicios de recepción, entrega y puesta a disposición electrónica de materiales y órdenes de transmisión

constituye la infracción, lo cual, como se ha detallado, se actualiza hasta el momento en que el promocional se difunde, no así cuando se produce o se aloja en el portal de internet del INE.

En este sentido, no obstante que las conductas relativas a la producción de promocionales y su integración en una estrategia de transmisión refieren un peligro real de vulnerar la equidad en la contienda cuando se trata del posible uso indebido de la pauta, en atención a lo inminente de su transmisión, lo cierto es que, para que se concrete la conducta sancionable, es indispensable que se consuma el acto relativo a la difusión de los promocionales en radio o televisión, según sea el caso, pues es este acto en concreto el que prohíbe la jurisprudencia de esta Sala Superior identificada con el número 33/2016.

No pasa inadvertido el hecho de que el recurrente llevó a cabo todas las conductas necesarias para que el promocional se difundiera, sin embargo, al no haberse transmitido, las conductas son insuficientes para configurar un ilícito, al no estar previstas como indebidas en la normativa aplicable y, por consiguiente, no existir una sanción que pudiera aplicarse.

En el caso que nos ocupa, los spots que pudieron vulnerar el uso indebido de la pauta, porque la Comisión de Quejas y Denuncias del INE dictó la procedencia de la medida cautelar correspondiente, no se transmitieron.

En ese sentido, dichas medidas reflejaron una tutela anticipada, porque una vez que se agotaron las etapas del procedimiento especial sancionador, se pudo apreciar que la equidad en la contienda, como bien jurídico tutelado por el uso indebido de las pautas, no se vulneró, por lo que resulta innecesaria la imposición de una sanción sobre la base de una conducta que no se actualizó, precisamente por la adopción oportuna de medidas cautelares que tuvieron un efecto preventivo eficaz.

En este orden, consideramos que, dada la naturaleza del bien jurídico tutelado, consistente en la equidad en la contienda, y una vez analizado el material probatorio correspondiente, no se actualiza infracción alguna relacionada con el material de televisión denunciado, al no estar acreditada su difusión de conformidad con el monitoreo que realiza el INE, el cual tiene pleno valor probatorio, y dado que su contenido no está controvertido, con

base en la jurisprudencia 24/2010 de rubro: **“MONITOREO DE RADIO Y TELEVISIÓN. LOS TESTIGOS DE GRABACIÓN DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL TIENEN, POR REGLA, VALOR PROBATORIO PLENO”**.

Acorde con lo anterior, se concluye que, al no haberse difundido el promocional de televisión denunciado, su contenido no trascendió al electorado, por lo que la conducta no tuvo un efecto reprochable susceptible de ser calificado como una irregularidad objeto de sanción.

Es por lo expuesto que consideramos que la infracción consistente en el uso indebido de los tiempos en radio y televisión únicamente puede actualizarse cuando se difundan los promocionales en alguno de los medios señalados, lo que en el caso concreto no ocurre respecto del material de televisión denunciado, por lo que lo procedente es revocar la sentencia impugnada con el fin de la infracción declarada exista exclusivamente por lo que hace al material de radio y se reindividualice la sanción.

MAGISTRADO

MAGISTRADO

FELIPE DE LA MATA PIZANA

REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN