

VOTO PARTICULAR DE LOS MAGISTRADOS FELIPE DE LA MATA PIZAÑA Y REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, EN RELACIÓN CON EL RECURSO DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR SUP-REP-641/2018¹

No compartimos el criterio mayoritario expresado en la sentencia del presente asunto, que establece que **la infracción** relativa al uso indebido de los tiempos en radio y televisión destinados a la promoción electoral de partidos y candidaturas **se actualiza** cuando los institutos políticos: **a) solicitan la** transmisión de los promocionales; o bien, **b) cuando los promocionales se alojan y difunden** a través del portal de internet del Instituto Nacional Electoral (INE), pues tal postura supone ampliar indebidamente el tipo administrativo definido a partir de la legislación y la jurisprudencia 33/2016 de esta Sala Superior, sin que sean aplicables los precedentes que se citan en la sentencia; tal como se explicará enseguida.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El siete de junio de dos mil dieciocho, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) denunció al Partido del Trabajo (PT) por la difusión del promocional denominado “VOTA DIPUTADOS LOCALES OAXACA”, con folio RV02577-18 (versión televisión) y RA03288-18 (versión radio, ya que dicho spot fue pautado para la etapa de campañas dentro del **proceso electoral local** en el estado de Oaxaca, y en éste se promocionaba también a Andrés Manuel López Obrador (AMLO), entonces candidato a la Presidencia de la República por la Coalición “Juntos Haremos Historia”², lo que para el PRI constituía un uso indebido de los tiempos en radio y televisión destinados al ámbito local.

El PRI también solicitó que el promocional se retirara provisionalmente y, derivado de ello, el ocho de junio, la Comisión de Quejas y Denuncias del INE declaró procedente la solicitud de medidas cautelares, argumentando principalmente que, en apariencia del buen derecho, la mención de AMLO en los promocionales que se denunciaron, y respecto de los cuales se ordenó su difusión dentro de la pauta local, podría constituir una probable infracción en materia electoral.

¹ Colaboraron en la elaboración del presente voto particular Paulo Abraham Ordaz Quintero y María Cecilia Guevara Herrera, Secretarios de Estudio y Cuenta adscritos a la ponencia del Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón y Felipe de la Mata Pizaña, respectivamente.

² Integrada por los partidos políticos MORENA, del Trabajo y Encuentro Social.

Cabe referir que **el spot en radio no fue transmitido**. El promocional en **televisión** fue transmitido **dos veces, después de que se emitió la medida cautelar**, conforme a lo siguiente:

Reporte de detecciones por fecha y material

FECHA DETECCION	VOTA DIPUTADOS LOCALES OAXACA 3
	RV02577-18
10/06/2018	1
11/06/2018	1
Total general	2

El contenido de los promocionales se describe de forma completa y puntual en la sentencia, pero el tema litigioso del caso se centra exclusivamente en las frases que evidencian que el tiempo en televisión reservado al **proceso electoral local en Oaxaca**, se utilizó para hacer **referencia a AMLO**, esto es, a un candidato que competía en un **proceso federal**, tal como se muestra enseguida:

VOTA DIPUTADOS LOCALES OAXACA 3 RV02577-18	
Imágenes representativas	Audio
	<p>Voz Noé Doroteo:</p> <p>Soy Noé Doroteo</p>
	<p><u>y de la mano de López Obrador</u></p>
	<p>y los productores del campo</p>

VOTA DIPUTADOS LOCALES OAXACA 3 RV02577-18	
Imágenes representativas	Audio
	<p>fortaleceremos la industria del maguey</p>
	<p>y del mezcal.</p>

Seguidos los trámites correspondientes, la **Sala Regional Especializada de este Tribunal** emitió sentencia en el procedimiento especial sancionador federal **SRE-PSC-182/2018**³, en el sentido de **determinar la existencia de la infracción denunciada** a partir de las consideraciones siguientes:

- a) Que si bien el PT determinó que el promocional denunciado se transmitiría en los tiempos de radio y televisión asignados de forma exclusiva al ámbito local, del contenido de los mismos se observaba que contiene un mensaje en el que se alude a un candidato federal (AMLO), con expresiones tales como: “de la mano de López Obrador fortaleceremos la industria del maguey y del mezcal”.

Para la Sala Regional Especializada, el contenido del mensaje actualiza un uso indebido del tiempo en radio y televisión local, pues se emplea ese espacio destinado a candidatos locales, para hacer referencia también a una candidatura federal.

- b) Que, aunque se había demostrado que **el promocional de radio no fue transmitido** y el de televisión **se transmitió después de que se dictó la medida cautelar correspondiente**, el uso indebido de la pauta se actualiza

³ La sentencia esta disponible en la dirección electrónica que se señala a continuación: <http://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/especializada/SRE-PSC-0182-2018.pdf>

cuando un partido político **le presenta al INE la solicitud de difusión** de los promocionales respectivos.

En efecto, para la Sala Regional Especializada la conducta reprochable consistió en **“haber solicitado la difusión** del promocional “VOTA DIPUTADOS LOCALES OAXACA 3” con números de folio RV02577-18 versión televisión y RA03288-18 versión radio, en la pauta para el periodo de campaña del proceso electoral de Oaxaca, material en que se hace promoción de un candidato a la Presidencia de la República, por lo que indebidamente se utilizó la pauta local para difundir propaganda federal”⁴.

Lo anterior **“con independencia de que fuere difundido o no**, el material que se pautó”⁵.

Para soportar esta consideración, la Sala Especializada se basó en un precedente de la Sala Superior, el SUP-REP-218/2018.

- c) Individualizó la sanción correspondiente, calificando la falta como grave ordinaria, en la que mediaba reincidencia. Por ese motivo consideró que lo procedente era **multar al PT** con 400 UMAS (Unidad de Medida y Actualización), que equivalen a la cantidad de \$32,240.00 (treinta y dos mil doscientos cuarenta pesos 00/100 M.N.).

Inconforme con esa decisión, el PT promovió el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador en que se actúa (SUP-REP-641/2018).

Entre sus agravios, el PT plantea que respecto al promocional denunciado, en su versión de radio, no hay infracción, **pues el spot no se transmitió**, por lo que no se hizo un uso indebido de las prerrogativas respectivas, ni se afectó el bien jurídico protegido, la equidad en la contienda.

2. POSTURA MAYORITARIA

Respecto del planteamiento anterior, la sentencia resuelve **confirmar** la determinación de la Sala Regional Especializada, pues estima que un partido político puede hacer un uso indebido de sus prerrogativas en radio y televisión no sólo cuando efectivamente **se transmiten** sus promocionales con contenido irregular, sino cuando **solicita su difusión** (mediante las órdenes de transmisión) o

⁴ Sentencia SRE-PSC-182/2018, párrafo 92.

⁵ Sentencia SRE-PSC-182/2018, párrafo 77.

bien los spots respectivos **se alojan en el portal de Internet del INE**, teniendo en cuenta que:

- Desde el momento en que los partidos presentan su orden de pauta al INE hacen uso de sus prerrogativas y, desde ese instante, **pueden poner en riesgo** los bienes jurídicos tutelados por la ley electoral.
- Dicha postura se adoptó al resolver el expediente **SUP-REP-218/2018**.
- En el caso concreto, el promocional se alojó en el portal de internet del INE.
- El PT conocía previamente que tiene el deber de solicitar la difusión de promocionales cuyo contenido se apegue a la ley.
- Si sólo pudiera infraccionarse a los partidos cuando efectivamente logran transmitir sus promocionales, las medidas cautelares no tendrían sentido, pues éstas buscan evitar que los materiales irregulares se difundan.

En ese sentido, la sentencia **confirma la decisión de la Sala Regional Especializada** en el tema en estudio.

3. NUESTRO DISENSO

No compartimos ni las premisas ni la conclusión antes señaladas, por los motivos siguientes:

3.1. Para que se actualice la infracción, el tipo administrativo exige que los promocionales se “transmitan”

Esta Sala Superior ha sostenido reiteradamente que un partido político hace un uso indebido de sus tiempos en radio y televisión reservados a la promoción de las candidaturas de un proceso electoral específico, si en dichos espacios se difunden candidaturas o elementos de un proceso electoral diverso; por ejemplo, si en los tiempos de procesos locales se promociona a un candidato federal.

Al respecto, de los artículos 41, párrafo segundo, base III, apartados A y B de la Constitución federal, en relación con los diversos 165, 167, 170, 173 y 174 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE), del contenido de la jurisprudencia 33/2016, de la Sala Superior, y de los casos que dieron origen a la misma, se obtiene que para que se actualice la infracción antes señalada **hace falta que los promocionales** (de contenido irregular) **se transmitan**.

En efecto, la citada jurisprudencia 33/2016 se indica lo siguiente:

“RADIO Y TELEVISIÓN. LOS TIEMPOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEBEN DESTINARSE EXCLUSIVAMENTE A LAS ELECCIONES A QUE FUERON ASIGNADOS.- De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 41, Apartados A y B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 49, 56, 59, 60, 61 y 63, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; se advierte que los partidos políticos tienen derecho al uso de los medios de comunicación social y a decidir sobre la difusión de promocionales en radio y televisión durante los procesos electorales, para lo cual, deben disponer de tiempos para promocionar a sus candidatos en las campañas electorales locales. En ese contexto, cuando las elecciones de las entidades federativas sean concurrentes con la federal, los partidos políticos deben usar los tiempos asignados para cada elección en particular; **por tanto, en las pautas locales no se pueden transmitir promocionales relacionados con el proceso electoral federal**; pues de lo contrario, existiría un mayor posicionamiento de candidatos a cargos de elección popular del ámbito federal, en detrimento de quienes participan en comicios estatales, lo cual contravendría el principio de equidad que debe prevalecer en las contiendas electorales”⁶.

(Énfasis añadido)

Ello guarda relación con el hecho de que, como lo menciona la propia jurisprudencia, la conducta que el tipo administrativo busca evitar es un mayor posicionamiento de candidaturas en los tiempos en radio y televisión a los que, en principio y de forma legal, **no tendrían acceso**.

En esa lógica, la sobre exposición o el posicionamiento indebido —en tiempos en radio y televisión que no se tendría derecho a usar para un fin diverso al legalmente reservado—, sólo se producirían con la **transmisión efectiva** de los materiales de contenido irregular.

De esta forma, el tipo administrativo en estudio se actualiza únicamente **si un partido político**:

- i. Efectivamente hace uso de sus prerrogativas en radio y televisión, pues no podría hablarse de un uso, si de hecho los promocionales respectivos no se transmiten en los medios que componen la prerrogativa (radio y televisión); y

⁶ La Sala Superior en sesión pública celebrada el primero de septiembre de dos mil dieciséis aprobó por unanimidad de votos la jurisprudencia que antecede y la declaró formalmente obligatoria. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 9, Número 19, 2016, páginas 37 y 38.

- ii. Utiliza dichas prerrogativas de forma indebida, por ejemplo, las emplea con un fin distinto para el que le fueron otorgadas.

Si no se transmiten los promocionales presuntamente irregulares, esto es, no se usan los tiempos de radio y televisión, no existe riesgo de sobreexposición en esos medios ni posibilidad de afectar el bien jurídico tutelado, es decir, la equidad en la contienda.

Derivado de lo anterior, también se advierte que la infracción en estudio no se actualizaría mediante la realización conductas diversas a la transmisión **en radio y televisión**, como lo serían la solicitud de pautado o la difusión del material en internet, pues de la legislación o la jurisprudencia **no se desprenden elementos normativos** que permitan afirmar que dichas conductas serían reprochables; y la sentencia no explicita cuales serían tales elementos.

En particular, hay que considerar que la infracción que se analiza se actualiza a partir del uso indebido de tiempos en radio y televisión para promover una candidatura federal en un pautado local, o viceversa, de forma tal que si se emplean otros medios de comunicación para difundir el mismo contenido, no se actualiza dicha infracción, a diferencia de otras infracciones como, por ejemplo, la calumnia, respecto de la cual lo que se califica como ilícito es el mensaje en sí mismo, con independencia del medio.

Tal cuestión que no se advierte en el uso de los tiempos en radio y televisión para promover una candidatura de una elección distinta a la de la pauta correspondiente (federal/local o local/federal), pues no es el contenido en sí mismo lo que se sanciona sino el uso indebido de un tiempo en radio y televisión que no corresponde al ámbito electoral respectivo, y para ello se requiere la trasmisión del promocional en dichos tiempos, no la mera intención de hacerlo o los actos preparatorios para ello.

3.2. No es jurídicamente adecuado ampliar el tipo administrativo respectivo

Si la conducta sancionable es la **transmisión** de material irregular en radio y televisión, la decisión de la sentencia relativa a **infraccionar conductas diversas** —como la solicitud de pautado o la publicación del material que realiza el INE en su portal en internet— supone **ampliar indebida e innecesariamente la definición del tipo** administrativo.

No compartimos esa determinación.

En primer término, observamos que 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. Esta Sala Superior ha señalado que ésta regla es aplicable, en principios, 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.

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 dentro del sistema democrático”, pues la función de los juzgadores se circunscribe a verificar si sea actualiza o no del supuesto típico respectivo, teniendo prohibida la ampliación de conductas reprochables, pues:

- Ello 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,

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.

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.

estimamos inadecuado ampliar, vía interpretativa, las conductas que pueden ser objeto de sanción.

Sirve de respaldo argumentativo a todo lo antes mencionado, la tesis 1a. CCCXVI/2014 (10a.) 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.

3.3. Para imponer la sanción debió acreditarse la afectación al bien jurídico tutelado

En la sentencia se afirma que con independencia de que los promocionales denunciados se lleguen a difundir o no, “la **infracción [...] se actualiza** desde el momento en que **se utilizan materiales que potencialmente ponen en riesgo** cualquiera de los valores y principios dentro del sistema democrático”. Asimismo, señala que “la equidad es un bien jurídico que debe ser tutelado **ante cualquier potencial riesgo de lesión**”¹².

Así, la sentencia establece que, desde el momento en que los partidos presentan su orden de pautado al INE hacen uso de sus prerrogativas y, desde ese instante,

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 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.

¹² Véase la página 26 de la sentencia.

pueden poner en riesgo los bienes jurídicos tutelados por la ley electoral; circunstancia que, por si misma, resultaría jurídicamente reprochable.

No compartimos dicha postura.

En efecto, en el caso, atendiendo a la infracción de que se trata, la sola puesta en riesgo de los bienes jurídicos tutelados **es insuficiente** para sancionar pues:

- Dada la naturaleza del tipo de infracción que se analiza (uso de los tiempos en radio y televisión para un fin distinto al asignado), **no existe base normativa** que justifique la imposición de una pena **por la sola puesta en peligro** del bien jurídico tutelado.
- **El riesgo potencial no produce el efecto reprochable.** El efecto reprochable que el tipo administrativo en estudio busca evitar es la sobreexposición indebida de una candidatura, mediante el uso de un tiempo en radio y/o televisión que no le corresponde, en detrimento del principio de equidad en la contienda.

Si dicho efecto no se produce a partir de conductas que sólo pudieran poner en riesgo el bien jurídico tutelado (tales como lo sería la mera solicitud de pauta), sino únicamente si dicha posibilidad se hace efectiva, entonces la mera peligrosidad de la conducta es insuficiente para actualizar la falta y, consecuentemente, justificar la imposición de una pena.

- En el caso del tipo administrativo que se analiza, no está legislada la infracción en grado de tentativa y dicho elemento tampoco se desprende de una interpretación armónica y funcional del sistema jurídico aplicable.

Así las cosas, atendiendo a su naturaleza, se estima que la infracción en estudio es una conducta de resultado, no de peligro o mera actividad.

Por esa razón, no obstante que las conductas relativas a la producción de promocionales y su integración en una estrategia de transmisión pudieran implicar un peligro real de vulnerar la equidad en la contienda cuando se trata del posible uso indebido de la pauta por la promoción de candidaturas de una elección diversa a la que corresponden, en atención a lo inminente de su transmisión, lo cierto es que, para que se concrete la conducta sancionable, es indispensable que se consume el acto relativo a la difusión de los promocionales en radio o televisión, según sea el caso, pues de otra forma no hay propiamente un “uso indebido” de la pauta.

En el caso concreto, no pasa inadvertido que el recurrente llevó a cabo todas las conductas necesarias para que el promocional denunciado, en su versión de radio, se difundiera, sin embargo, al no haberse transmitido, su actuación es insuficiente para configurar un ilícito, al no estar prevista como indebida en la normativa aplicable y, por consiguiente, no existir una sanción que pudiera aplicarse.

Finalmente, consideramos que hablar de un **potencial riesgo de daño** al bien jurídicamente protegido constituye una fórmula que por su extrema vaguedad no puede servir de justificación para imponer la sanción de que se trata, toda vez que escapa a una clara predeterminación legal propia del auténtico modelo garantista del derecho administrativo sancionador que evita todo decisionismo judicial.

3.4. La difusión de los materiales denunciados a través del portal electrónico del INE no configura un uso indebido de los tiempos en radio y televisión

En efecto, teniendo en cuenta que la infracción en estudio se circunscribe al uso indebido de prerrogativas **en radio y televisión**, la transmisión en internet no podría actualizar la específica falta que se analiza.

Ello no significa que tratándose de otro tipo de infracciones —calumnia electoral, violencia política de género, uso indebido de la imagen de menores— el contenido de los promocionales respectivos no pueda ser analizado incluso desde el momento en que se difunden a través del portal de internet del INE.

Sin embargo, esa circunstancia no significa que la infracción consistente en el **uso indebido de los tiempos en radio y televisión** pueda configurarse con la sola difusión de los spots correspondientes, **en el portal electrónico del INE**, pues ello sería contrario al alcance del tipo administrativo correspondiente.

En efecto, en ese supuesto, la conducta reprochada no se generaría, pues la difusión en internet no produciría una sobreexposición en radio o televisión (que es la específica situación que el tipo busca evitar), ya que la candidatura correspondiente no estaría empleando estos dos últimos medios.

De igual forma, en dicha hipótesis, tampoco habría una afectación a la equidad, pues la candidatura respectiva no estaría teniendo acceso a prerrogativas en radio y televisión a las que legalmente no tendría derecho.

Por otra parte, el hecho de que, con motivo de la **solicitud de medidas cautelares**, se estudie el contenido de promocionales denunciados por un uso indebido de los tiempos en radio y televisión, desde el momento en que los materiales

correspondientes se presentan en el portal electrónico del INE, **no significa que**, para la resolución del fondo del asunto, **dicha difusión deba ser considerada como un uso indebido de los tiempos de radio y televisión**, precisamente porque la misma no ocurre a través de los medios vinculados al tipo administrativo que se analiza.

Por ese motivo, se estima que **no son aplicables** los precedentes que se citan en la sentencia (SUP-REP-115/2018 y SUP-REP-117/2018) con el fin de justiciar que la difusión en internet pudiera implicar un uso indebido de los tiempos en radio y televisión, pues el hecho de que en dichos precedentes se afirme que **con motivo de la solicitud de medidas cautelares** es viable analizar el contenido de los spots correspondientes, no significa que al revisarse el fondo del procedimiento sancionatorio, dicha difusión en internet podría configurar un uso indebido del tiempo en radio y televisión.

Por esa razón, tampoco se comparte la idea referente a que si sólo pudiera infraccionarse a los partidos cuando efectivamente logran transmitir sus promocionales, las medidas cautelares carecerían de sentido, pues precisamente tratándose de medidas cautelares el contenido de los promocionales puede revisarse, aunque de hecho no se estén transmitiendo los promocionales en radio y televisión.

Además, se reconoce una dimensión preventiva de las medidas cautelares, de tal suerte que su adopción implica una suerte de tutela anticipada en estos casos pues con la adopción de la medida se salvaguarda, en sí mismo, el bien jurídico tutelado y se evita su afectación. Con ello se hace efectiva esta tutela preventiva, más allá de la sancionatoria, que es el ámbito de un Estado democrático la medida última (*ultima ratio*).

Finalmente, los promocionales que se difunden por internet, en principio, son lícitos; en ese sentido su difusión a través del portal electrónico del INE es una conducta que, no implicaría, en sí misma, una infracción.

3.5. Lo razonado en el precedente SUP-REP-218/2018 no es aplicable

Uno de los argumentos centrales que la sentencia utiliza para justificar que **el uso indebido** de los tiempos en radio y televisión destinados a la promoción electoral de partidos y candidaturas **se actualiza** desde el momento en que los institutos políticos: entregan la orden de transmisión de los promocionales, o bien, cuando los

promocionales se alojan y difunden en el portal de internet del INE; **es el relativo a que dicha decisión se adoptó en el recurso SUP-REP-218/2018.**

En dicho precedente se dijo lo siguiente:

“...33. A juicio de esta Sala Superior, el motivo de queja es fundado en atención a lo siguiente:

34. De la resolución combatida se desprende que la Sala Regional Especializada concluyó que lo conducente era sobreseer en el procedimiento especial sancionador. Para arribar a esa determinación la responsable, determinó, por una parte, que:

En el caso, se advierte que se actualiza la causal de sobreseimiento prevista en el artículo 11, párrafo 1, inciso b) de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, aplicado supletoriamente de acuerdo con el artículo 441, párrafo 1 de la Ley General, en virtud de haber quedado sin materia el procedimiento especial sancionador, previo a la emisión de la sentencia correspondiente; ya que el promocional denunciado, pautado por el PT, no se difundió en televisión, aun y cuando el mismo se encontraba programado para difundirse en el periodo comprendido por los días cuatro y cinco de mayo; de ahí que no se pueda dilucidar una posible transgresión al modelo de comunicación política o al uso adecuado de la pauta en este medio de comunicación social.

35. Por otro lado, se advierte que, en el caso concreto, la responsable debió sujetarse a lo dispuesto en la jurisprudencia de esta Sala Superior, respecto a que el cese de la conducta investigada no deja sin materia el procedimiento especial sancionador, ni lo da por concluido¹³.

36. En virtud de lo anterior, lo procedente no era sobreseer en el asunto de mérito, **sino determinar lo fundado o infundado a partir de la denuncia primigenia, mediante el estudio de fondo pertinente.**

37. En efecto, lo indebido del sobreseimiento estriba en que el análisis no debió circunscribirse exclusivamente a la difusión en televisión del promocional denunciado, pues en concepto de este órgano jurisdiccional debió estudiarse si la infracción del uso indebido de la pauta se actualiza o no exclusivamente con su difusión en televisión; o en su caso, si pudiera llegar a surtir alguna otra.

38. En ese sentido, esta Sala Superior estima que **existe una indebida apreciación por parte de la Sala Regional Especializada en cuanto al momento en que se debe valorar la**

¹³ Jurisprudencia 16/2009, de la Sala Superior, de rubro: “PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR. EL CESE DE LA CONDUCTA INVESTIGADA NO LO DEJA SIN MATERIA NI LO DA POR CONCLUIDO”. NOTA: Si bien los preceptos normativos referidos en la jurisprudencia son los artículos 367 a 371 del entonces Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, dichos numerales encuentran correspondencia con los artículos 470 a 474 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

difusión o no del promocional como elemento relevante para definir si se actualiza el uso indebido de la pauta. Por lo tanto, se estima necesario que analice en plenitud de jurisdicción el aspecto relativo al momento en que se puede configurar dicha infracción u otra conducta sancionable, por su probable vulneración al modelo de comunicación política.

39. En efecto, tomando en cuenta los criterios jurisdiccionales emitidos por esta Sala Superior, debió advertir **que se han considerado diversos momentos que pueden dar lugar a una infracción respecto al uso de la pauta o una diversa conducta que atente contra el modelo de comunicación política, a saber: i) la puesta a disposición de la autoridad administrativa de los materiales susceptibles de difusión; ii) el alojamiento de dichos materiales en el portal de pautas del Instituto Nacional Electoral; iii) mediante su difusión en radio y televisión.**

40. Al respecto, esta Sala Superior ha desarrollado líneas jurisprudenciales con el propósito de no dejar fuera de control jurisdiccional posibles infracciones al modelo de comunicación política, para dotar de eficacia el principio de tutela judicial efectiva.

41. En ese sentido, ha establecido que la finalización de la difusión de un promocional sustituido no puede dejar fuera de control jurisdiccional el acto impugnado¹⁴.

42. Por otra parte, ha determinado que los promocionales y su contenido, al alojarse en la página web del INE, son de conocimiento público, de tal modo que, al ser difundidos por cualquier medio -como puede ser la página de pautas del citado instituto- la autoridad responsable se encuentra en aptitud jurídica y material de analizarlos¹⁵. En efecto, al resolver el SUP-REP-115/2018, reiteró que el hecho de que los promocionales se encuentren publicados en el portal del INE, implica que pueden ser objeto de análisis para determinar una eventual infracción a la normativa electoral”.

(Énfasis añadido)

Estimamos que dicho precedente no respalda la decisión que se presenta en la sentencia, por lo siguiente:

- a) Porque ni los hechos del caso ni el problema jurídico que se resolvió en el citado precedente guardan similitud con los del asunto que se atiende en la sentencia del SUP-REP-641/2018.** En efecto, en el SUP-REP-218/2018, un partido político controversió el sobreseimiento que la Sala Regional Especializada determinó en un procedimiento especial

¹⁴ SUP-RAP-26-2018 y sus acumulados.

¹⁵ SUP-REP-70/2016

sancionador, sobre la base de que se había dejado de transmitir el material denunciado.

En ese sentido, el problema jurídico que se atendió fue el relativo a si dicho sobreseimiento fue o no apegado a Derecho.

Por esa razón, la decisión del SUP-REP-218/2018 no guarda relación con el problema que ahora se plantea, pues en el citado precedente la Sala Superior no estaba llamada a definir **el tipo de conducta que actualiza el uso indebido de los tiempos en radio y televisión** asignados a los partidos políticos (el uso efectivo de los tiempos; o bien, la solicitud de transmisión correspondiente).

No pasa inadvertido que en el párrafo 39 de esa sentencia se dice que **“se han considerado diversos momentos que pueden dar lugar a una infracción respecto al uso de la pauta o una diversa conducta que atente contra el modelo de comunicación política, a saber: i) la puesta a disposición de la autoridad administrativa de los materiales susceptibles de difusión; ii) el alojamiento de dichos materiales en el portal de pautas del Instituto Nacional Electoral...”**.

No obstante, dicha consideración no se hizo para resolver el problema jurídico que ahora se presenta, relativo a definir el alcance del tipo administrativo en estudio y establecer el tipo de conducta que actualiza la infracción. En ese sentido, se estima que constituye un argumento general y complementario (*obiter dictum* o “dicho de paso”) que no es producto del análisis de un problema jurídico idéntico o similar al que se resuelve en el diverso SUP-REP-641/2018.

Además, el argumento, en sí mismo, no se refiere específicamente al uso de la pauta por la promoción de una candidatura de un ámbito o elección distinta a la que corresponde, de ahí que no puede considerarse como una razón decisoria que tenga un efecto de precedente. De hecho, se dejó el análisis de la Sala responsable el asunto en plenitud de jurisdicción.

- b) Que el citado precedente SUP-REP-218/2018 no resuelve la cuestión que se debate en el SUP-REP-641/2018.** Esto es, el hecho de que en el recurso SUP-REP-218/2018 se diga que “se han considerado diversos momentos que **pueden dar lugar a una infracción** respecto al uso de la pauta o una diversa conducta”, no significa que la infracción consistente en

el empleo de las prerrogativas en radio y televisión para un fin distinto al que estaban asignadas **necesariamente se actualiza** cuando el partido respectivo solicita el pautado del material denunciado.

Dicho en otros términos, el hecho que la Sala Superior haya descrito los momentos en que puede evaluarse una infracción, no significa que haya definido la conducta susceptible de ser sancionada.

Además, en el SUP-REP-218/2018 no hay argumentación alguna que se encamine a justificar que el tipo administrativo consistente en prohibir el uso del tiempo en radio y televisión destinado a la promoción de candidaturas del orden local, con el fin de difundir candidaturas federales **se actualiza con la sola puesta en peligro del bien jurídico tutelado**.

3.6. El conocimiento previo de la irregularidad de la conducta no es un elemento constitutivo del tipo que se analiza

En efecto, contrariamente a lo que se afirma en la sentencia, el hecho de que el PT tuviera conocimiento previo de la ilegalidad del contenido de los materiales que difundía en radio y televisión no constituye un elemento que actualice la infracción relativa al uso indebido del tiempo en radio y televisión destinado a la promoción de candidatura electorales.

En todo caso, dicha circunstancia podría constituir un agravante en caso de que se actualizara la infracción.

Si embargo, en el caso de que el promocional denunciado no se hubiere transmitido, el conocimiento previo de la conducta irregular no es un elemento que permita tener por acreditada la infracción y que justifique la imposición de una pena, tal como lo establece la sentencia.

3.7. Conclusión

En atención a todo lo antes aludido, consideramos que toda vez que el promocional denunciado, en su versión de **radio**, no fue transmitido, no se actualizaba la infracción objeto de la queja del PRI, lo cual era suficiente para **revocar** la sentencia impugnada (SRE-PSC-182/2018).

4. LA SALA ESPECIALIZADA NO MOTIVÓ DEBIDAMENTE LAS CONDICIONES SOCIOECONÓMICAS DEL INFRACTOR PUES OMITIÓ CONSIDERAR LA EXISTENCIA DE MULTAS PREVIAS IMPUESTAS AL PT

Finalmente, aun asumiendo las premisas de la sentencia relativas a la actualización de la infracción, disentimos del resultado del fallo, teniendo en cuenta que la Sala responsable no motivó debidamente la capacidad económica del infractor, pues no consideró como una variable relevante de dicho elemento, la existencia de multas previas pendientes por pagar.

En efecto, para determinar la multa impuesta al PT en el caso en estudio, la Sala Especializada evaluó la capacidad económica del infractor, pero únicamente considero los montos que el PT recibiría por concepto de financiamiento mensual ordinario en Oaxaca, **sin tomar en cuenta alguna otra variable.**

Inconforme, el PT argumenta que la decisión de la responsable está **indebidamente motivada**, pues no consideró diversos factores relevantes para evaluar su capacidad económica, como lo es, la **imposición y pago de sanciones anteriores.**

La sentencia desestima dicho planteamiento, sobre la base de que considera correcta la motivación de la responsable, que para evaluar la capacidad económica del infractor se basó únicamente en el monto de la ministración mensual del PT en Oaxaca, pero sin tener en cuenta la existencia de multas previas.

No se comparte esa decisión, pues es contraria a lo que definimos en la sentencia del procedimiento especial sancionador **SUP-REP-651/2018**, que se resolvió en la pasada sesión pública de dieciocho de julio, en el sentido de establecer que una de las condiciones socioeconómicas que se debe apreciar a efecto de mantener el equilibrio entre la multa que se fija y la capacidad financiera del responsable, es el relativo a la existencia de sanciones pendientes por cubrir.

En ese sentido, si del expediente respectivo no era posible determinar la existencia de multas previas y su monto, para efectos de evaluar adecuadamente la capacidad económica del infractor correspondiente, lo procedente era revocar la sentencia impugnada para que se motivara debidamente, en los términos expuestos; no así la confirmación de la sentencia reclamada.

Por tales motivos, disentimos de la sentencia y, respetuosamente, formulamos el presente voto particular.

MAGISTRADO

MAGISTRADO

FELIPE DE LA MATA PIZAÑA

REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN