

Intervención SUP-REP-641/2018, así como SUP-REP-642/2018

El dilema en ambos asuntos consiste en determinar cuándo se configura la infracción de uso indebido de la pauta, esto es, si es con la transmisión del *spot* de televisión o si es con la solicitud del pautado, en el caso en el cual se haya solicitado la transmisión de un *spot* y éste, por efecto de las medidas cautelares, ya no sea transmitido.

Entonces, consecuentemente, el punto específico es saber si, aunque no sea transmitido el *spot*, hay o no sanción correspondiente.

La propuesta del 642 es que propone que la infracción solo puede actualizarse cuando los promocionales son transmitidos, mientras que en el 641 se propone lo contrario, es decir, con solamente alojarlos en el portal de pautas del INE, aunque no se transmitan, habría sanción e ilícito en consecuencia.

Considero, al igual que el magistrado Reyes, que la acción de solicitar el pautado por sí mismo no es sancionable, pues es un acto preparatorio de la transmisión, el cual no existe norma alguna que lo sancione, porque la infracción que analizamos requiere la producción de un resultado material.

La transmisión o difusión en radio o televisión es el acto con el que se afectaría la equidad en la contienda, que al final del día es el bien jurídico tutelado en la infracción de uso indebido de la pauta. Solamente con la transmisión podría darse difusión y, por lo tanto, sobreexponerse a un candidato de manera indebida.

Ahora, en el REP-641 se dice que el potencial riesgo de lesión es lo que justifica el análisis y revisión de los promocionales que se publican en el portal, porque los partidos tienen un especial deber de cuidado para verificar que se cumpla la normativa, a fin de evitar poner en riesgo cualquier valor o principio del sistema democrático, pero si esa fuera la razón, entonces podría llegarse al extremo de sancionar a los partidos con incluso retirar involuntariamente los promocionales, como además ya ha pasado en algún asunto concreto.

En fin, entonces la pregunta es: ¿es sancionable la tentativa de uso indebido de la pauta? Yo lo pondría en esos términos. En el proyecto 641 se sanciona la mera intención, y eso llevaría justamente a decir, que como potencialmente puede afectarse el bien jurídico tutelado, consecuentemente la tentativa en sí misma es un ilícito sancionable.

Desde mi perspectiva, no podemos sancionar la tentativa en el derecho administrativo sancionador, porque no está expresamente prevista en ley, esto es, no existe un tipo de uso indebido de la pauta por tentativa.

Pero, además, sería necesario que la ley justamente tuviera medidas o parámetros de cómo sancionar la tentativa, porque la tentativa no tiene la misma sanción, que el ilícito en sí mismo. Normalmente se dice que la tentativa se sanciona con un tercio

de la pena que se le impone al tipo primigenio, es decir, al completo, al que sí lleva la sanción.

Ahora, como no existe normatividad esto pudiera significar que, en materia electoral de uso indebido de la pauta, la tentativa tuviera la misma sanción que la infracción consumada, lo cual, a mi juicio no es suficiente.

En fin, coincido entonces con el REP-642, no coincido con el 641 específicamente por cuanto hace a no sancionar los promocionales que no fueron transmitidos y emitiría un voto particular, si me lo permite el magistrado Reyes, conjuntamente con él.

Y bueno, solamente iría a un último punto, para mí los precedentes que se hacen notar en el 641 no resultan aplicables, la gran mayoría porque son medidas cautelares y uno en particular porque se trata de un sobreseimiento de la Sala Especializada que se le revoca, la resolución para que en el fondo analizara si existía o no infracción, pero no porque se considera que el simple alojamiento de un *spot* en el portal de internet configuraba la infracción; es decir, me parece que el criterio en sí mismo todavía no se encontraba establecido.

Entonces, consecuentemente, votaría en contra de la parte respectiva del proyecto 641.

...

Yo diría nada más, una muy breve reflexión, porque me ha parecido muy interesante lo que ha dicho.

El primer tema es que sí, efectivamente, el uso indebido de la pauta fue una creación jurisprudencial a través de los principios que se encuentran en la Constitución, en la ley, en los reglamentos del INE y a veces hasta en los lineamientos.

Y bueno, ahora tenemos una nueva creación jurisprudencial que es la tentativa de uso indebido de la pauta.

La segunda cuestión es que quizás los precedentes tienen que leerse a la luz de que el uso indebido de la pauta sin transmisión se vuelve sancionable cuando se refiere quizá a otros valores; es decir, el uso indebido de la pauta es la razón por la cual se sanciona, por ejemplo, la utilización de menores sin los requisitos correspondientes o violencia política de género o algunas otras cuestiones. Y ahí sí, sin que haya transmisión pueden estarse violando otros principios.

Pero si cuando se trata solamente de sobreexposición por la utilización de pautados locales con candidatos federales, por ejemplo, o al revés, lo veo un poco menos racional, es decir, en la lectura racional, no estoy diciendo que no sea racional las

ideas, no. Estoy diciendo que la interpretación racionalista, digamos, sería la consecuencia.

En fin, da mucho qué pensar, me quedo con muchas cuestiones y sin duda será un tema que puede debatirse bastante.