

VOTO PARTICULAR QUE EMITEN LOS MAGISTRADOS REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN Y FELIPE DE LA MATA PIZAÑA, RESPECTO DEL RECURSO DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR SUP-REP-643/2018.

No compartimos el criterio de la mayoría del pleno de esta Sala Superior, emitido en la sentencia dictada en el presente asunto, que confirma la resolución de la Sala Especializada que declaró inexistentes las violaciones a la normativa electoral denunciadas, consistentes en la adquisición indebida de tiempo en televisión, atribuidas a Televisión Azteca, S. A. de C. V. y a Víctor Oswaldo Fuentes Solís, entonces candidato al Senado de la República.

En nuestro concepto, los agravios son suficientes para considerar que las infracciones denunciadas sí quedaron acreditadas; particularmente sostenemos que la presencia del elemento consistente en un llamamiento expreso a votar (*express advocacy*) constituye una condición suficiente para tener por actualizada la infracción relativa a la indebida adquisición o contratación de tiempos en radio y televisión, tal como se expondrá enseguida.

1. Planteamiento del problema

El recurrente denunció que el candidato adquirió 20 minutos de promoción en televisión, al asistir a una entrevista en el programa “Azul de Noche”, que es un programa de entretenimiento, no noticioso ni informativo.

En dicha entrevista televisiva, el conductor hizo la mención expresa “vota por Víctor” (el candidato).

Cabe apuntar que la concesionaria denunciada informó a la autoridad instructora, que dicho programa es uno de variedades; es decir, que se presentan contenidos de todo tipo de entretenimiento, político, social y cultural desde una perspectiva amable y divertida.¹

Por tanto, el problema a dilucidar es si con las expresiones realizadas en dicho programa, se actualizó la adquisición de tiempo en televisión prohibida en la normativa electoral.

¹ Esta calificativa se realizó en el escrito de alegatos de Televisión Azteca, S. A. de C.V. presentado ante la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral del INE el veintiocho de junio de dos mil dieciocho (foja 373 del anexo único del expediente SUP-REP-543/2018)

2. Postura mayoritaria

La mayoría considera que debe confirmarse la sentencia recurrida que resolvió que las infracciones eran inexistentes.

Lo anterior porque la Sala Especializada a su vez consideró que la expresión “Vota por Víctor” no se trataba de un llamado al voto ni de un intento por influir en las preferencias electorales, sino que fue una manifestación espontánea del conductor que no tenía un fin inequívoco de promocionar o favorecer al entonces candidato Víctor Oswaldo Fuentes Solís.

Asimismo, la mayoría considera también que el recurrente no expresa agravios con los que desvirtúe las consideraciones de la Sala Especializada; además de que, no obstante que la infracción denunciada fue la adquisición de tiempo en televisión, dicho recurrente se limita a combatir únicamente la utilización de la frase “Vota por Víctor”.

3. Disenso con la sentencia aprobada

No compartimos las consideraciones ni la decisión adoptada en la sentencia, porque desde nuestro punto de vista, cuando en un programa o mensaje de televisión no pautado por el INE, se realiza alguna mención expresa de llamado al voto a favor o en contra de una candidatura o partido político (*express advocacy*) es dable tener por actualizadas las infracciones relacionadas con la contratación o adquisición indebida de tiempo en televisión.

También en nuestro concepto, lo que se hace valer en los agravios es suficiente para llegar a la conclusión anterior, toda vez que el recurrente alega incongruencia de la sentencia reclamada, ya que la frase “Vota por Víctor” es una expresión inequívoca que no deja duda de que se trata de un llamado al voto a favor del candidato, y que tal expresión llegó al electorado que vio la transmisión del programa, sin que el caso amerite una medición gradual de dicha frase.

4. Razones que sustentan el disenso

4.1. Alcance de la prohibición de adquisición de tiempos en radio y televisión prevista en la Constitución General y en la normativa electoral ²

La Constitución General en su artículo 41, base III, apartado A, párrafos segundo y tercero, establece dos prohibiciones con relación a la contratación o adquisición de tiempos o propaganda en radio o televisión.

² Este apartado se apoya en las consideraciones sustentadas en el SUP-REP-165/2017 y acumulados.

La primera está dirigida a los partidos políticos y a los candidatos y les prohíbe adquirir tiempos en radio y televisión fuera de los administrados por el INE en cualquier modalidad, por sí o a través de terceros:

[...]

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

[...]

La segunda prohibición está dirigida a cualquier persona física o moral y les prohíbe contratar propaganda:

[...]

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.

[...]

Por su parte, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales reitera tales prohibiciones: ³

Artículo 159.

[...]

4. Los partidos políticos, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión. Tampoco podrán contratar los dirigentes y afiliados a un partido político, o cualquier ciudadano, para su promoción personal con fines electorales. La violación a esta norma será sancionada en los términos dispuestos en el Libro Octavo de esta Ley.

5. Ninguna 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 propaganda contratada en el extranjero. Las infracciones a lo establecido en este párrafo serán sancionadas en los términos dispuestos en esta Ley.

Por cuanto a la primera prohibición, esta Sala Superior ha considerado que se acredita la infracción cuando un partido político (coalición), candidato o precandidato resulta beneficiado como resultado de la transmisión por un tercero, en radio y televisión, de determinados contenidos fuera de los tiempos administrados por el INE.

Respecto a la segunda prohibición, se ha estimado que cuando no se trate de partidos políticos, candidatos y precandidatos, la contratación o adquisición de propaganda en radio o televisión por personas físicas y morales estará prohibida, ya sea que esté “dirigida a influir en las preferencias electorales de los

³ En adelante, esta ley se citará como LGIPE.

ciudadanos” o se difunda “a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos (y precandidatos) a cargos de elección popular”.

En este sentido, ambas prohibiciones obligan a las autoridades electorales a analizar el contenido de los mensajes e imágenes en radio y televisión, así como el contexto espacial y temporal en el que se emiten y sus modalidades de difusión, a efecto de determinar si constituyen propaganda política o electoral y están orientadas a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, o se difundió, a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular, y a efecto de determinar si se vio beneficiado un partido político o candidato por dichos contenidos en radio y televisión fuera de los tiempos administrados por el INE.

En suma, basta que se acredite que la propaganda influye en las preferencias electorales para que se actualice la infracción de adquisición indebida en radio y televisión, con mayor razón, si dicha propaganda de manera expresa e inequívoca hace un llamado al voto a favor de un determinado candidato o partido político.

4.2. Elementos que deben considerarse para actualizar la prohibición

Para demostrar una modalidad de adquisición de tiempos en radio o en televisión, basta que se acredite la contratación en cualquier modalidad, o bien la difusión de propaganda política o electoral, en tiempos de radio o televisión, distinta a la ordenada por el INE, y que tal difusión tuvo por finalidad o resultado beneficiar a algún partido político, coalición, candidatura o precandidatura.⁴

En este sentido, la infracción consistente en la adquisición indebida de tiempos de radio y televisión no requiere para su actualización que se acredite un vínculo entre el partido político y la entidad o persona que contrató, adquirió o difundió la propaganda, sino que basta que se demuestre que la propaganda se difunde fuera de los tiempos del Estado administrados por el INE y que beneficia a un partido político, candidatura o precandidatura para considerar que se acredita la adquisición indebida de dichos tiempos, pues con ello se vulnera, por sí mismo, el propósito de la norma de que sea el INE la instancia que administre el acceso a dicha prerrogativa, y la prohibición constitucional y legal de adquirir por cualquier

⁴ Jurisprudencia 17/2015 de esta Sala Superior. “**RADIO Y TELEVISIÓN. PARA ACREDITAR LA ADQUISICIÓN DE TIEMPO ES INNECESARIO DEMOSTRAR SU CONTRATACIÓN.**.- De la interpretación sistemática de los artículos 41, Base III, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 49, párrafo 3, y 344, párrafo 1, inciso f), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se advierte que la única vía para que los actores políticos puedan acceder a la radio o la televisión es a través de los tiempo del Estado que administra el Instituto Federal Electoral. De tal manera que basta con que se acredite la difusión de mensajes por radio y televisión, fuera de los tiempos otorgados por el Estado, con el objeto de favorecer a una determinada fuerza política o candidato, para tener por acreditada la adquisición prohibida por la ley, con independencia de que exista algún vínculo contractual entre el beneficiado y el tercero que solicitó la transmisión; pues ello vulnera, por sí mismo, la exclusividad del referido Instituto para administrar el acceso a esta prerrogativa de los partidos y candidatos, así como la prohibición de adquirir tiempo en radio y televisión para efectos político electorales”.

persona o entidad tiempos en radio y televisión que beneficien a una fuerza política a fin de proteger y garantizar el principio de equidad en la contienda electoral.⁵

En ese sentido, la mera difusión de propaganda política o electoral es suficiente para actualizar la prohibición, sin que sea necesario acreditar su “contratación” en sentido formal.

En consecuencia, se actualiza la infracción por parte de los partidos, candidatos o precandidatos cuando resultan beneficiados por la trasmisión en radio y televisión de propaganda política o electoral prohibida, si no realizaron un acto de prevención o de deslinde suficiente y eficaz que les resulte exigible.⁶

La falta de un acto de prevención o deslinde oportuno, por parte de los partidos, coalición, precandidatos o candidatos, cuando les resulta exigible, o, de hacerlo, cuando el mismo resulte insuficiente, permite presumir su consentimiento o participación en el ilícito constitucional.

En consecuencia, la prohibición no solamente se actualiza cuando la adquisición se perfecciona por un acuerdo de voluntades (contratación) sino por la mera difusión de propaganda política o electoral en tiempos de radio y televisión distintos a los administrados por el INE, si con ella se beneficia de forma ilegítima a un precandidato, candidato, partido o coalición si no realizó ningún acto de prevención o deslinde oportuno, siéndole exigible un comportamiento de esa naturaleza.

Por ello, la autoridad judicial, al momento de analizar una presunta adquisición de tiempos de radio y televisión ajenos a los administrados por el INE, debe dilucidar quiénes son los responsables de la conducta ilícita por el hecho de haber realizado un acuerdo de voluntades, así como la forma en que participa, por no haber previsto o haberse deslindado del resultado de la conducta o en todo caso, si existió la imposibilidad de prevenir, de hacer dicho deslinde, o al no serle exigible, que lo hiciera dadas las circunstancias del caso.⁷

⁵ Jurisprudencia 23/2009 de esta Sala Superior. **“RADIO Y TELEVISIÓN. EL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL ES EL ÚNICO FACULTADO PARA ORDENAR LA DIFUSIÓN DE PROPAGANDA POLÍTICA O ELECTORAL.** De la interpretación de los artículos 41, base III, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 228, párrafo 3; 345, párrafo 1, inciso b), y 350, párrafo 1, inciso b), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se colige que el Instituto Federal Electoral es la única autoridad encargada de la administración del tiempo que corresponde al Estado en radio y televisión destinado a sus propios fines, al de las demás autoridades electorales y al ejercicio del derecho de los partidos políticos. Por tanto, los concesionarios y permisionarios de radio y televisión deben abstenerse de contratar con terceros y difundir propaganda de contenido político o electoral que favorezca a un candidato o partido político, mediante la divulgación de su propuesta, ideología o emblema. En ese contexto, la infracción a dicho mandato se tendrá por actualizada cuando se realice la difusión de la citada propaganda, con independencia de si el concesionario o permisionario recibió o no pago por ello”.

⁶ Véase SUP-RAP-234/2009 y SUP-REP-47/2017.

⁷ Véase el SUP-REP-47/2017.

Asimismo, la autoridad debe analizar de manera pormenorizada y minuciosa las particularidades de cada caso, para estar en condiciones materiales y jurídicas de determinar si también se acredita la responsabilidad o corresponsabilidad de los medios de comunicación (concesionarias de radio y televisión).⁸

4.3. Propaganda electoral y *express advocacy*

El artículo 242, apartado 3, de la LEGIPE, prevé que por “propaganda electoral” se entiende el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la campaña electoral producen y difunden los partidos políticos, los candidatos registrados y sus simpatizantes, con el propósito de presentar ante la ciudadanía las candidaturas registradas.

Ahora bien, esta Sala Superior ha desarrollado el criterio de manifestación expresa (*express advocacy*) como un elemento que permite determinar objetivamente que ciertas expresiones admiten ser consideradas como propaganda electoral, dentro del marco de probables hechos y conductas prohibidas por la ley.⁹

Tales elementos implican en el contexto de la radio y la televisión, que será propaganda expresa cuando el contenido analizado incluya alguna palabra o manifestación que de forma objetiva, manifiesta, abierta e inequívocamente denote un llamamiento a votar a favor o en contra de una candidatura o partido político, la publicitación de una plataforma electoral o el posicionamiento de alguien con el fin de obtener una candidatura, o que posea un significado equivalente de apoyo o rechazo hacia una opción electoral de una forma inequívoca.

Para el caso en estudio, estimamos que la figura de la *express advocacy* admite ser considerada para dilucidar los casos sobre probables infracciones a la norma que prohíbe la contratación o adquisición de tiempo en radio y televisión.

⁸ Jurisprudencia 29/2010 de esta Sala Superior. “**RADIO Y TELEVISIÓN. LA AUTÉNTICA LABOR DE INFORMACIÓN NO CONTRAVIENE LA PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR O CONTRATAR TIEMPO.** De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 6, 7 y 41, base III, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 350, párrafo 1, inciso b), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se advierte que la prohibición constitucional de adquirir o contratar tiempo en radio y televisión, en cualquier modalidad, no comprende el utilizado por los medios de comunicación en la auténtica labor de información, puesto que ésta implica el derecho de ser informado, siempre que no se trate de una simulación. El derecho a informar y ser informado comprende, en tiempo de campaña electoral, la difusión de las propuestas de los candidatos. Por tanto, en cada caso se deben analizar las circunstancias particulares para determinar si existe auténtico ejercicio del derecho a informar o simulación que implique un fraude a la ley, por tratarse de propaganda encubierta”.

⁹ Actos anticipados de precampaña o de campaña.

Lo anterior es así, porque como se ha visto en el apartado que precede, esta Sala Superior ha sustentado el criterio de que la adquisición indebida de tiempo en radio y televisión puede darse con la sola difusión, en esos medios, de propaganda política o electoral en tiempos distintos a los administrados por el INE, si con ella se beneficia de forma ilegítima a una precandidatura, candidatura, partido o coalición, al margen de que exista contratación formal o no del espacio difundido en esos medios de comunicación masiva.

También es de destacarse que, inclusive, se ha considerado que la falta puede actualizarse con independencia de si existen pronunciamientos explícitos a favor o en contra de una fuerza política; es decir, no es imprescindible una expresión manifiesta de apoyo o rechazo.¹⁰

Por consiguiente, si el modo expreso de mencionar el voto a favor de un candidato, partido o coalición política, es una de las formas inequívocas en que puede realizarse la propaganda electoral en los medios de comunicación masivos como los son la radio y la televisión, es evidente que tal proceder puede constituir una infracción si desatiende a los lineamientos establecidos en la normativa, como en el caso acontece al expresarse el voto a favor de un candidato en un proceso electivo, tal como se verá enseguida.

4.4. Caso concreto: la *express advocacy* electoral actualiza la infracción denunciada

De acuerdo con las normas citadas en este estudio, así como en los criterios sustentados por esta Sala Superior, es válido sustentar lo siguiente:

- La Ley establece que en tiempos no administrados por el INE no está permitido difundir propaganda electoral.
- La *express advocacy* es una figura que establece parámetros objetivos para determinar que una clase de expresiones constituyen propaganda electoral.
- Por tanto, en tiempos no administrados por el INE, no está permitida la *express advocacy* electoral definida conforme a los criterios de este órgano jurisdiccional.

Quienes emitimos el presente voto sustentamos lo anterior y consideramos que en el caso concreto se colman los elementos de la *express advocacy*, lo que es suficiente para actualizar la infracción denunciada, porque:

¹⁰ SUP-REP-131/2018 y acumulado.

i) En una parte de la entrevista, el conductor del programa emite expresamente la siguiente frase: “*dicen por ahí que **la canción de su campaña va a ser ´vota por Víctor´**; si no tiene ahí quién le ayude con la campaña aquí estoy*”.

Tal expresión, por sí misma, **expresa** oralmente de forma objetiva, manifiesta, abierta e inequívocamente las palabras relacionadas con el **voto** y a favor de **quién** se solicita, ya que es manifiesto e indudable que se está refiriendo al candidato que se está entrevistando.

ii) Esa manifestación se realizó en un programa transmitido en televisión, de tal modo que trascendió a la percepción de los ciudadanos que vieron dicho programa.

En cuanto al análisis del contexto espacial y temporal en el que se emitió dicha expresión, resulta que se realizó en una temporada en la que se estaban desarrollando las campañas electorales de senadores de la República, particularmente en el estado de Nuevo León y se difundió a través de un programa de televisión calificado como de variedades por la propia concesionaria.

Así las cosas, consideramos que las prohibiciones previstas en la normativa se actualizan con la sola existencia de la expresión que constituye propaganda electoral, ya que sí existe un pronunciamiento expreso y realizado a favor del candidato referido.

La *express advocacy* nos permite llegar a esta conclusión.

En el caso no nos encontramos, incluso, en un supuesto en el que veladamente se esté realizando propaganda a favor o en contra de un candidato u opción electoral, dentro de un proceso electivo, en el que sea difícil la apreciación del mensaje de apoyo a un candidato o tendente a influir en la preferencia del electorado. Por el contrario, estamos en un caso en el que sí se emite una frase o conjunto de palabras que expresamente especifican el voto a favor del candidato entrevistado.

Lo anterior es con independencia de las razones externas o intrínsecas que llevaron al conductor a emitir dicha frase, pues en nuestro concepto, tales aspectos no constituyen razones válidas que eximan o flexibilicen los alcances de la prohibición constitucional; ya que al margen de que las personas involucradas tengan o no el ánimo de lesionar el bien jurídico protegido por la prohibición (no influir en las preferencias electorales y garantizar la equidad en la contienda) lo cierto es que fue infringida la norma que prohíbe la emisión de mensajes de

propaganda electoral en televisión, que sean distintos a los tiempos pautados por el INE.

Así, dado lo expuesto, estimamos que en el presente caso la expresión realizada en la entrevista queda enmarcada dentro del marco normativo y los criterios de esta Sala Superior, para ser considerada como propaganda electoral prohibida, al ser emitida expresamente en tiempos de televisión no pautados por el INE y, en consecuencia, consideramos que, se actualiza la infracción consistente en la adquisición en dicho medio de propaganda prohibida.

En ese sentido, en nuestro concepto, lo procedente era **revocar** la sentencia impugnada para el efecto de devolver el expediente a la Sala Regional Especializada, a fin de que, con base en las razones expresadas en este estudio sobre la actualización de la falta, determinara las responsabilidades correspondientes de los sujetos denunciados y las sanciones aplicables.

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

MAGISTRADO

**REYES RODRÍGUEZ
MONDRAGÓN**

MAGISTRADO

**FELIPE DE LA MATA
PIZAÑA**