

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS FELIPE DE LA MATA PIZAÑA Y REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, EN RELACIÓN CON EL RECURSO DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR SUP-REP-11/2018.

Índice

Glosario

1. Consideraciones previas.
2. Decisión mayoritaria.
3. Sentido y razones del voto particular.
4. Justificación y consideraciones del disenso.
 - a) Marco normativo de las medidas cautelares.
 - b) Marco normativo de la improcedencia.
 - c) Análisis y valoración del caso concreto.
 - d) Conclusión

GLOSARIO

Constitución:	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Comisión:	Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral
Ley de Medios:	Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.
PES/Recurrente:	Partido Encuentro Social.
PNA:	Partido Nueva Alianza.
Sala Superior:	Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Tribunal:	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

1. Consideraciones previas.

No compartimos el sentido y algunas consideraciones de la sentencia aprobada por la mayoría.

En nuestro concepto, el presente asunto debe desecharse, debido a que, en materia de promocionales de radio y televisión, nos apartamos del criterio de procedencia previsto en la jurisprudencia 13/2015 de rubro **MEDIDAS CAUTELARES. EL MEDIO DE IMPUGNACIÓN EN QUE SE RECLAMEN ES PROCEDENTE, AUN CONCLUIDO EL PERIODO DE TRANSMISIÓN DE LOS PROMOCIONALES**, y dado que el promocional denunciado ya no se transmite, porque:

- La improcedencia contra la medida cautelar respecto de promocionales de esa naturaleza y que han dejado de transmitirse, es conveniente para dar una relativa estabilidad al criterio de un asunto concreto, y conforme a ello, lo conveniente es su revisión sea procedente cuando se revise la resolución de la Sala Especializada que resuelve de fondo, a través de la impugnación que se presente ante la Sala Superior.

- Asimismo, porque una nueva reflexión conduce a sostener que las impugnaciones sobre este tipo de promocionales son improcedentes cuando han dejado de transmitirse, de manera que si en el caso, el promocional motivo de la decisión de adopción de medidas cautelares dejó de transmitirse desde el 17 de enero del presente año, la controversia ha quedado sin materia.

Por ello, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, formulamos el presente **voto particular**, con la finalidad de exponer el sentido de nuestra decisión respecto a la resolución adoptada por el pleno de esta Sala Superior en el presente expediente.

2. Decisión mayoritaria.

La decisión que adopta la mayoría confirma el acuerdo emitido por la Comisión, por el cual declaró procedente la adopción de medida cautelar solicitada por el recurrente respecto del promocional “NA HOMENAJE A LOS HÉROES” con folio RV01188-17, en su versión en televisión, al estimar esencialmente que los agravios formulados por el recurrente son infundados.

Para ello, tuvieron presente que el caso se originó a partir de la queja que presentó el PES en contra de los partidos políticos Revolucionario Institucional, Verde Ecologista de México y PNA. El quejoso denunció el uso indebido de la pauta y solicitó la adopción de medidas cautelares, porque en su concepto, el promocional denominado “NA HOMENAJE A LOS HÉROES”, en su versión de televisión identificado con el folio RV01188-17, infringe la normativa electoral porque contiene símbolos religiosos: la imagen de la *Virgen de Guadalupe*.

Al respecto, la Comisión de Quejas y Denuncias del INE declaró procedentes las medidas cautelares solicitadas por el PES.

En contra de la citada determinación, el PNA presentó el recurso que ahora se resuelve. Su pretensión es que se revoque la decisión de la Comisión, ya que, a su parecer, es una restricción injustificada a la libertad de expresión. Además, argumenta que la imagen de la *Virgen de Guadalupe*: **a)** es accesorio y/o secundaria, ya que no forma parte de la línea narrativa y del contexto del mensaje del promocional; **b)** se encuentra en un segundo o tercer plano, únicamente aparece uno de los veintinueve cuadros del promocional, y es una imagen auténtica, recabada de las labores derivadas del sismo del 19 de septiembre; es decir, no fue elaborada para fines políticos, y **c)** que su cambio de color se debe a una técnica para que se aprecie mejor.

Para la mayoría, la actuación de la autoridad responsable no fue errónea, en tanto que la inclusión de una imagen religiosa pudiera suponer un riesgo inminente e irreparable para el proceso electoral que se desarrolla actualmente.

Asimismo, la mayoría sostiene que el partido recurrente hace depender la supuesta vulneración a la libertad de expresión a partir de argumentos que no pueden ser estudiados en el dictado de una medida cautelar, sino que atañen al estudio de fondo que se realice de la infracción denunciada.

3. Sentido y razones del voto particular.

Nos apartamos de los argumentos y conclusiones señaladas porque a nuestro parecer es **improcedente** el presente recurso de revisión del procedimiento especial sancionador.

Consideramos que en los asuntos en los que se cuestionen los promocionales de radio y televisión y que han dejado de transmitirse, debemos apartarnos de la Jurisprudencia 13/2015 de rubro “MEDIDAS CAUTELARES. EL MEDIO DE IMPUGNACIÓN EN QUE SE RECLAMEN ES PROCEDENTE, AUN CONCLUIDO EL PERIODO DE TRANSMISIÓN DE LOS PROMOCIONALES”.

Ello, porque la razón sustancial en que se apoya dicho criterio jurisprudencial, consistente en la posibilidad de que los institutos políticos puedan solicitar la retransmisión de los promocionales cuestionados para un período posterior, deja de considerar la necesidad de dar estabilidad al criterio sobre la legalidad de un promocional, y existe necesidad de reflexionar sobre la oportunidad para valorar la legalidad de promocionales que han dejado de transmitirse y que finalmente se revisarán en una decisión de fondo, sobre los cuales, cuando se resuelve la medida cautelar y su futura difusión solo constituye una especulación sobre la posible actualización de un hecho futuro e incierto respecto del cual no se pueden extender los alcances tuteladores de las medidas cautelares.

Por tanto, consideramos que el asunto quedó sin materia, al concluir el periodo por el cual fueron pautados los promocionales de radio y televisión denunciados.

4. Justificación y consideraciones del disenso.

En efecto, al considerar que debe decretarse la improcedencia del recurso cuando haya concluido el periodo de transmisión de promocionales de radio y televisión, se abonaría la certeza jurídica y se contribuiría a la estabilidad del criterio (si se niegan o no las medidas).

Esto, porque se evitaría con ello la posibilidad de criterios contradictorios sobre el contenido de un mismo promocional (esto es, *(i)* el análisis que la Comisión de Quejas y Denuncias realiza al conceder o no las medidas cautelares, *(ii)* su revisión posterior por la Sala Superior, *(iii)* el pronunciamiento de fondo de la Sala Especializada, y *(iv)* la revisión sobre éste por nuevamente la Sala Superior).

Además, tratándose de promocionales de radio y televisión, el pronunciamiento que emita la Sala Especializada ordinariamente se concluye en breve término, una vez que se haya pronunciado la Comisión de Quejas y en su caso existe la posibilidad que el afectado pueda defenderse de un promocional que estime ilegal, a través del recurso de revisión del procedimiento especial sancionador, que se promueve ante la Sala Superior, en contra de la decisión de fondo de la Sala Especializada.

Asimismo, desde nuestro punto de vista, si la finalidad de una medida cautelar es la prevención de cualquier afectación que pudiera causarse a un derecho o principio, en lo que se resuelve el fondo del asunto, y en el caso, el promocional denunciado ya no se está transmitiendo, cualquier pronunciamiento que pudiera hacerse sobre la determinación que se tomó sobre las medidas cautelares es innecesario.

Aunado a lo anterior, en materia de medidas cautelares existe una imposibilidad legal de pronunciarse sobre hechos futuros de realización incierta.

Desde nuestra perspectiva, al haber concluido la transmisión del promocional denunciado, queda sin objeto la finalidad de la medida cautelar, la cual se vincula directamente con preservar la materia de la *litis* y evitar perjuicios de imposible reparación.

a. Marco normativo de las medidas cautelares.

Esta Sala Superior ha sustentado que las medidas cautelares en materia electoral constituyen un mecanismo de tutela preventiva o instrumento jurídico para evitar la posible afectación a un derecho, a los principios rectores en la materia, o para garantizar el cumplimiento de alguna obligación jurídica, en forma inmediata y eficaz, previamente a cualquier resolución de fondo y definitiva en la materia.¹

Las medidas cautelares tienen como finalidad constituir un instrumento de protección contra el peligro de que una conducta ilícita o probablemente ilícita **continúe o se repita** y con ello evada el cumplimiento de una obligación, se afecte algún derecho o se lesione un valor o principio protegido por el sistema jurídico.

Tal protección debe dirigirse contra situaciones, hechos, conductas o determinaciones que constituyan una amenaza o afectación real, de manera que sea necesaria una garantía específica, oportuna, real, adecuada y efectiva, a través de medidas que cesen las actividades que causan el daño o prevengan el comportamiento lesivo.

¹ Jurisprudencia 14/2015, cuyo rubro es: "**MEDIDAS CAUTELARES. SU TUTELA PREVENTIVA**".

Los elementos básicos que deben analizarse para la procedencia de las medidas cautelares tienen la finalidad de lograr el cese de los actos o hechos que constituyan la infracción denunciada, evitar la producción de daños irreparables, la afectación de los principios que rigen los procesos electorales, o se ponga en riesgo la vulneración de bienes jurídicos tutelados por las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias.

b. Marco normativo de la improcedencia.

La Ley de Medios dispone que los medios de impugnación se desecharán de plano cuando su notoria improcedencia derive de las disposiciones del propio ordenamiento².

Igualmente, señala que el sobreseimiento del juicio procede cuando la autoridad responsable modifique o revoque el acto o resolución controvertido, de tal manera que el medio de impugnación quede totalmente sin materia, antes de que se dicte resolución o sentencia³.

Al respecto, esta Sala Superior ha expresado que en dicho supuesto se encuentra establecida la causal de improcedencia que se actualiza cuando el medio de impugnación queda sin materia por cualquier motivo⁴, al tener como finalidad resolver un litigio mediante el dictado de una sentencia por parte de un órgano dotado de jurisdicción.

En este orden de ideas, cuando desaparece el conflicto por el surgimiento de una solución o porque deja de existir la pretensión, el proceso queda sin materia, sin que tenga objeto alguno dictar una sentencia de fondo.

² De conformidad con el artículo 9, párrafo 3 de la Ley de Medios.

³ Artículo 11, párrafo 1, inciso b) de la Ley de Medios.

⁴ Véase Jurisprudencia 34/2002 de rubro: “**IMPROCEDENCIA. EL MERO HECHO DE QUEDAR SIN MATERIA EL PROCEDIMIENTO ACTUALIZA LA CAUSAL RESPECTIVA**”, consultable en *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, suplemento 6, año 2003, pp. 37 y 38.

c. Análisis y valoración del caso concreto.

El recurrente impugnó, mediante este recurso, el acuerdo dictado por la Comisión, respecto de la solicitud de medidas cautelares del promocional cuestionado, identificado como “NA HOMENAJE A LOS HÉROES” con folio RV01188-17, en su versión en televisión. Como lo razonó la responsable, al tratarse de una prohibición categórica la utilización de símbolos religiosos en la propaganda de los partidos políticos (en particular, la imagen de la Virgen de Guadalupe), se concluyó que era ajustada a derecho la suspensión de la difusión de un promocional con tal característica.

En nuestra opinión, con los elementos que obran en el expediente, es **improcedente** el recurso en el caso concreto.

Esto, porque consideramos que en los asuntos en los que se cuestionen los promocionales de radio y televisión, al apartarnos de la Jurisprudencia 13/2015, se considera la necesidad de dar estabilidad al criterio sobre la legalidad de los promocionales de radio y televisión.

Como se indicó, porque la razón sustancial en que se apoya dicho criterio jurisprudencial, consistente en la posibilidad de que los institutos políticos puedan solicitar la retransmisión de los promocionales cuestionados para un período posterior, deja de considerar la necesidad de dar estabilidad al criterio sobre la legalidad de un promocional, y existe necesidad de reflexionar sobre la oportunidad para valorar la legalidad de promocionales que han dejado de transmitirse y que finalmente se revisarán en una decisión de fondo, sobre los cuales, cuando se resuelve la medida cautelar y su futura difusión solo constituye una especulación sobre la posible actualización de un hecho futuro e incierto respecto del cual no se pueden extender los alcances tuteladores de las medidas cautelares.

Por otra parte, de los datos obtenidos como resultado de la investigación preliminar que realizó la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral del INE; se advierte que el periodo de difusión del pautaado concluyó, por lo que no se puede arribar a la conclusión lógica y razonable de que exista un riesgo de que la propaganda denunciada se siga transmitiendo, y solo constituye una especulación sobre la posible actualización de un hecho futuro e incierto.

De la propia resolución reclamada y de las constancias de autos, se advierte que **la fecha de conclusión de transmisión del promocional denunciado era el 17 de enero⁵, fecha en la cual se presentó la demanda.**

Por ello, quedó sin materia el asunto, porque ya concluyó el periodo por el cual fueron pautaados los promocionales de radio y televisión y a ningún fin práctico conduciría pronunciarse sobre medidas cautelares de promocionales que ya se transmitieron, con independencia del dictado de la sentencia por parte de la Sala Especializada, respecto a la acreditación de una posible infracción y la responsabilidad que en todo caso pudiera generarse con la conducta denunciada.

Debe destacarse que el análisis de ponderación para determinar la adopción o no de una medida cautelar, debe considerar de manera preliminar el grado de afectación que dicha medida puede tener sobre el derecho que se estima vulnerado, así como su necesidad real y urgencia objetiva derivado de la actualización del supuesto hecho infractor o de la inminencia de su realización,

⁵ Página 24 del Acuerdo impugnado:

de la investigación preliminar efectuada por la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral se desprende que respecto de la difusión del promocional denunciado para el periodo de precampaña local, toda vez que su vigencia del se encuentra programada de la siguiente forma: del tres al diecisiete de enero de dos mil dieciocho en los Estados de Baja California Sur, Coahuila, Morelos, Nuevo León y San Luis Potosí; del trece al diecisiete de enero de dos mil dieciocho en los Estados de Aguascalientes, Campeche, Michoacán, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tamaulipas y Zacatecas; del catorce de diciembre al diecisiete de enero en la Ciudad de México; el diecisiete de enero en Oaxaca; del veinticuatro de diciembre de dos mil diecisiete al diecisiete de enero de dos mil dieciocho en Tabasco; del tres al dieciséis de enero en Veracruz y, por último del catorce de diciembre de dos mil diecisiete al diecisiete de enero de dos mil dieciocho en Yucatán.

De lo anterior se advierte que la vigencia del promocional denunciado, tratándose de precampaña local, concluirá el próximo diecisiete de enero, por lo que se procederá a realizar el análisis correspondiente respecto de la procedencia o no de la medida cautelar solicitada por el Partido Encuentro Social.

y considerando la brevedad de los plazos en los procedimientos especiales sancionadores.

En ese sentido, este tipo de determinaciones no podrían adoptarse si del análisis preliminar que realice la autoridad electoral no se advierte que existe un riesgo real o inminente de afectación a los principios constitucionales en materia electoral o a los derechos del denunciante. Lo anterior, mediante la apreciación de elementos objetivos y explícitos que generen una fuerte presunción de que se pretende reiterar o repetir una supuesta conducta ilícita, que podrían afectar valores o principios constitucionalmente protegidos que se torne irreparable.⁶

Ahora bien, en el caso concreto, como ya se destacó, el periodo solicitado por el PNA, para la difusión del promocional denunciado ya concluyó, y con los elementos que obran en el expediente, que es la orden de transmisión, y el reporte de vigencia de materiales, no se puede arribar a la conclusión lógica y razonable de que existiera un riesgo de que la propaganda denunciada pudiera volver a difundirse.

Asimismo, no basta jurídicamente para analizar y, en su caso, adoptar medidas cautelares en su enfoque tutelar preventivo, la mera afirmación de que es probable que determinada conducta o hecho pudiera acontecer.

Es necesario que existan hechos objetivos de los que se pueda advertir que se está preparando su realización, por lo que están próximos a cometerse, porque de esta manera es como se podría advertir una posible puesta en riesgo o afectación de bienes jurídicamente tutelados.

⁶ Criterio sostenido en la sentencia recaída al expediente SUP-REP-16/2017, en la cual se confirmó el acuerdo ACQyD-INE-18/2017, emitido por la Comisión de Quejas y Denuncias del INE, en el que se declaró improcedente la adopción de medidas cautelares por la supuesta difusión de propaganda electoral impresa con contenido alusivo al programa social relacionado con vales de medicinas.

En el caso, porque bajo la apariencia del buen derecho, no se obtiene con certeza que el PNA vaya a ordenar otra vez la difusión de tal promocional, porque la solicitud de transmisión únicamente abarcó como máximo el día 17 de enero.

En efecto, los hechos futuros de realización incierta se refieren aquellos de los que no se puede afirmar que ocurrirán con certeza. Es decir, que su verificación puede ser contingente o eventual, por lo que no existe seguridad alguna de que acontecerán.

Asimismo, la tutela preventiva que sería el objetivo de las medidas cautelares solicitadas, versa sobre conductas que han cesado, y en el caso que es inminente su conclusión, no existen elementos de prueba que permitan sostener razonablemente que volverán a acontecer.

Si bien es cierto que la Jurisprudencia 13/2015 de rubro “MEDIDAS CAUTELARES. EL MEDIO DE IMPUGNACIÓN EN QUE SE RECLAMEN ES PROCEDENTE, AUN CONCLUIDO EL PERIODO DE TRANSMISIÓN DE LOS PROMOCIONALES.” señala que el medio de impugnación es procedente aun cuando el plazo fijado para su transmisión haya concluido o esté por hacerlo, esto constituye una cuestión de carácter procesal para la procedencia del medio de impugnación, lo cual no prejuzga sobre el concedido o no de las medidas cautelares.

Sin embargo, se estima que debe abandonarse este criterio jurisprudencial, ya que como se ha expresado, en principio, no hay certeza de que un partido político vaya a ordenar otra vez la difusión de tal promocional, aunado a que es indispensable considerar la conveniencia de dar estabilidad al criterio, y de que, tratándose de promocionales de radio y televisión, el pronunciamiento que emita la Sala Especializada ordinariamente se concluye en breve término, una vez que se haya pronunciado la Comisión de Quejas y en su caso existe la posibilidad que el afectado pueda defenderse de un promocional que estime ilegal, a través

del recurso de revisión del procedimiento especial sancionador, que se promueve ante la Sala Superior, en contra de la decisión de fondo de la Sala Especializada.

De otra manera, razonar lo contrario conduciría a analizar en todos los casos medidas cautelares sobre promocionales que ya no son objeto de difusión, a que existe la posibilidad de un segundo criterio sobre un mismo promocional por parte de la Sala Superior, un tercero en la decisión de fondo y un cuarto en la revisión que de esta pudiera hacer la Sala Superior.

En ese sentido, como ocurre en la especie, si el promocional cuestionado dejó de transmitirse el 17 de enero del año en curso, desde nuestro punto de vista resulta improcedente entrar al estudio de la medida impugnada.

En todo caso, es opinión de los suscritos que, ante la actualización de dicha eventualidad, queda abierta la posibilidad de los interesados de acudir ante las instancias competentes y solicitar, precisamente, ante la existencia de un nuevo hecho concreto, la adopción de medidas cautelares.

Incluso, ante el posible riesgo de transmisión o no de determinados promocionales, consideramos que resultarían aplicables otros criterios tendentes a preservar principios electorales, como es el caso de la tesis LXXI/2015, de rubro “MEDIDAS CAUTELARES. LA AUTORIDAD DEBE PRONUNCIARSE SOBRE SU ADOPCIÓN RESPECTO DE PROMOCIONALES PAUTADOS AUN CUANDO LA DENUNCIA SE PRESENTE ANTES DE SU DIFUSIÓN” (precedente SUP-REP-325/2015).⁷ O, en su *ratio essendi*, los precedentes SUP-REP-70/2016⁸ y SUP-REP-86/2016.⁹

⁷ Relacionado con la difusión del promocional en televisión "PRI PUEV.3" de folio RV01506-15, atribuible a un partido político, cuyo contenido se estimó presuntamente calumnioso.

⁸ Relacionado con transmisión de propaganda presuntamente calumniosa a través del promocional de radio y televisión con folios RA01328-16 y RV01166-16, respectivamente, intitulados HYL Miguel YA.

⁹ Relacionado con la difusión de propaganda en televisión identificada como Llamado al voto V2 con número de folio RV01547-16 [versión televisión].

Por último, en principio, no se advierten de las constancias del expediente elementos objetivos y explícitos que generen una presunción de que se pretende reiterar o repetir su difusión.

Criterios que ha sostenido la Sala Superior, en los expedientes SUP-REP-16/2017¹⁰, SUP-REP-26/2017¹¹ y SUP-REP-100/2017¹².

c. Conclusión.

En atención a lo expuesto, consideramos:

1. Es improcedente el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador en contra del acto en el que se suspendió la transmisión de un promocional de televisión.

2. Que esta Sala Superior debe apartarse de la Jurisprudencia 13/2015 de rubro “MEDIDAS CAUTELARES. EL MEDIO DE IMPUGNACIÓN EN QUE SE RECLAMEN ES PROCEDENTE, AUN CONCLUIDO EL PERIODO DE TRANSMISIÓN DE LOS PROMOCIONALES”, porque en general no hay certeza de que un partido político vaya a ordenar otra vez la difusión de tal promocional una vez concluido el periodo por el cual fue pautado.

De ahí que sostenemos la postura de decretar la improcedencia del medio de impugnación.

¹⁰ Relacionado con la difusión de propaganda electoral impresa con contenido alusivo al programa social relacionado con vales de medicinas, entre otras conductas, atribuible a un partido político en el proceso electoral local 2016-2017, en el Estado de México.

¹¹ Relacionado con la difusión de la difusión de los promocionales “Riquelme Empleo” RA00075-17, “Riquelme Seguridad” RA00116-17 y “Riquelme Empleo” RV00081-17 correspondientes al precandidato al cargo de gobernador de Coahuila, por presunto uso indebido de la pauta y violación al modelo de comunicación política.

¹² Relacionado con la difusión en radio, televisión e internet, de propaganda gubernamental del Gobierno del Estado de México, relativa a programas sociales en materia de educación, en el proceso electoral local 2016-2017, en el Estado de México.

MAGISTRADO

MAGISTRADO

FELIPE DE LA MATA PIZAÑA

**REYES RODRÍGUEZ
MONDRAGÓN**

