

VOTO PARTICULAR QUE, CON FUNDAMENTO EN LOS ARTÍCULOS 187, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y 11 DEL REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, EMITEN LOS MAGISTRADOS REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, FELIPE DE LA MATA PIZANA Y FELIPE ALFREDO FUENTES BARRERA, RESPECTO DE LOS RECURSOS DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR IDENTIFICADOS CON LAS CLAVES SUP-REP-24/2017, SUP-REP-25/2017 Y SUP-REP-27/2017 ACUMULADOS.

Los que suscribimos el presente voto nos apartamos del criterio mayoritario expresado en la sentencia, en atención a las consideraciones que sustentaron el proyecto que el Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón sometió a consideración del Pleno y fue votado en contra por la mayoría de integrantes de la Sala Superior. Los argumentos esenciales del proyecto original son los siguientes:

a) Planteamientos de los recurrentes

Los planteamientos de MORENA y la precandidata Delfina Gómez Álvarez en contra de la decisión de la Comisión, son, sustancialmente, los siguientes:

i) La Comisión no analizó de forma debida los promocionales RV0095-17 “Alma Gasolinazo” de Televisión, y RA00103-17 “América Gasolinazo” de Radio. El partido inconforme y las actoras de estos recursos, afirman que no se configuraron los elementos de procedencia en los cuales se basó la Comisión para otorgar la medida cautelar solicitada sobre los promocionales de Alma América Rivera Tavizón y, en ese sentido, señalan que, en todo caso, fue tal autoridad quien estableció una inequidad con su decisión.

Para sostener lo anterior, refieren que de forma indebida la Comisión concluyó que no se apreciaba en los promocionales objeto de la queja, entre otros elementos, **“la mención direccionada del mensaje hacia**

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

las personas de alguna de las precandidatas". Sobre esta base, la Comisión concluyó que había un desequilibrio en la contienda interna.

Sin embargo, los inconformes mencionan **que, contrario a lo afirmado por la Comisión responsable, sí existió un equilibrio en la distribución de los promocionales entre las precandidatas.**

Mencionan que, en el Estado de México la precandidata Alma América Rivera Tavizón no quiso invertir los recursos necesarios para la elaboración de promocionales relacionados con su precampaña, sino que **solicitó a la instancia interna del partido que le permitiera hacer uso de su promocional, al cual colocaría un cintillo con su nombre** lo cual la Comisión pasó por alto.

Por ello insisten en que los promocionales enviados por las dos precandidatas fueron pautados de forma equitativa, y que le correspondió a cada una de ellas la mitad de los tiempos en radio y televisión, hasta el veintidós de febrero de dos mil diecisiete.

Además, también refieren que basta la simple lectura del informe de monitoreo obtenido por el Sistema de Verificación y Monitoreo con corte al veinticuatro de febrero para poder advertir que el total de *spots* pautados por MORENA para televisión, el cuarenta y cinco por ciento corresponde a material de Delfina Gómez, el treinta y cinco por ciento para Alma América Rivera Tavizón y el resto son genéricos.

Por ello sostienen que son erróneas las afirmaciones de la Comisión en las que se basó para concluir que los promocionales de Alma América Rivera Tavizón resultaban genéricos y, en ese sentido, argumentan que

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

la medida cautelar solicitada por el PRI es improcedente porque no se acreditó ni la apariencia del buen derecho ni el peligro en la demora, premisas necesarias para la procedencia de la medida cautelar.

ii) La Comisión determinó una cuestión de fondo y se excedió en el ejercicio de sus facultades. Los recurrentes alegan que la Comisión se excedió en sus atribuciones porque estableció una medida compensatoria que no se justifica a la luz de medidas cautelares. Al respecto, sostienen que según el artículo 65 del Reglamento de Radio y Televisión la autoridad electoral no puede ordenar, a través de la adopción de una medida cautelar, que se haga un promocional específicamente para una de las precandidatas. En todo caso, suponiendo sin conceder que fuera ilegal el promocional, debe ordenarse que se ponga un promocional de naturaleza genérica.

Además, sostienen que con esa determinación se desconoce el derecho de MORENA a decidir libremente la distribución de tiempos en radio y televisión.

iii) Censura previa. MORENA destaca que al imponer determinados contenidos a los promocionales se actualiza una censura previa, porque se condicionan antes de salir al aire, lo cual en su opinión es ilegal.

iv) Garantía de audiencia. Alma América Rivera Tavizón sostiene que la Comisión debió privilegiar su garantía de audiencia de la quejosa, lo cual señala no aconteció porque no fue emplazada a ningún procedimiento.

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

Afirma que la calificación que le otorgó la Comisión a sus promocionales en el sentido de que no pueden ser considerados como propaganda de precampaña, vulnera su estrategia de comunicación con los recursos que tiene a su disposición.

Asimismo, refiere que lo anterior provoca una afectación a su derecho a ser votada y la pone en una situación de desventaja respecto de otros contendientes internos.

Por ello concluye que se violó su derecho al acceso a los tiempos de radio y televisión sin ser emplazada y sin darle la oportunidad de ser escuchada.

De lo manifestado por los recurrentes, esta Sala Superior advierte que los planteamientos identificados con los incisos **ii) y iii)** dependen del análisis y de la conclusión a la que se llegue del análisis del planteamiento identificado en el inciso **i)** relativo a la problemática de si en la pauta de precampaña una precandidatura puede emplear promocionales de carácter genérico, y si, en el caso, se trata o no de promocionales de esta naturaleza, para efecto de verificar si resultaba necesaria la medida cautelar.

b) Prohibición para que los promocionales de radio y televisión en la etapa de precampañas refieran temas de interés social objeto del debate público

Esta Sala Superior considera que la normativa electoral aplicable no prohíbe expresamente la utilización del tiempo de radio y televisión destinado a precampaña para la difusión de mensajes con contenido genérico; así como tampoco existe una exigencia de que el contenido deba identificar de alguna manera precisa que los contenidos se

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

relacionen con una precampaña, siempre que se identifique que se trata de promocionales de esta etapa o impliquen un posicionamiento frente a las campañas electorales.

Tratándose de promocionales de precampaña, esta Sala Superior ha sostenido que **es lícito que el aspirante de algún partido**, en sus mensajes, **aluda a temas de interés general que son materia de debate público**, pues tal proceder está protegido por el derecho a la libertad de expresión (SUP-REP-3/2017, SUP-REP-4/2017 y SUP-REP-9/2017).

Es decir, no hace falta que en los promocionales pautados por un partido en precampaña aparezca necesariamente una precandidata o precandidato, puesto que lo relevante es la circulación de ideas que enriquezcan el debate público y en todo caso, la identificación de que se trata de promocionales de precampaña.

La necesidad de proteger la difusión de información y la expresión de pensamientos relacionados con **temas de interés general**, encuentra su justificación en la función estructural de la libertad de expresión en un sistema democrático, particularmente en su carácter de elemento imprescindible para el mantenimiento de una ciudadanía informada capaz de deliberar activa y abiertamente sobre los asuntos de interés público.

En ese sentido, de una apreciación preliminar, y contrario a lo determinado por la autoridad responsable, no resulta necesaria la adopción de una medida cautelar respecto de promocionales como los denunciados, porque, como se expuso, las expresiones emitidas por un

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

aspirante a una candidatura por un cargo de elección popular, **o bien por integrantes de su partido** que aborden temas de interés público y forman parte, del debate político. Dicho contenido no puede considerarse como ilícito para justificar la necesidad y urgencia de una medida cautelar.

Es decir, si no se advierte objetivamente que, mediante los promocionales denunciados se solicita el voto en relación a un proceso electoral constitucional que lleve presuntivamente a concluir que existe un posicionamiento anticipado indebido que justifique, por su urgencia o su irreparabilidad, entonces no se justifica la adopción de una medida cautelar.

Al respecto, el artículo 13, numeral 4, del Reglamento de Radio y Televisión establece que: “Si por cualquier causa un partido político o coalición, sus militantes y precandidatos/as a cargos de elección popular debidamente registrados/as por cada partido político no realizan actos de precampaña electoral interna, los tiempos a que tengan derecho serán utilizados para la difusión de mensajes del partido político de que se trate, en los términos que establezca la ley”.

En ese sentido, la norma establece la posibilidad de que se difundan **promocionales genéricos** cuando no se lleva a cabo un proceso de selección interno que implique precampaña, sin que se advierta una prohibición expresa para que los partidos que sí llevan a cabo dicho proceso utilicen su tiempo de radio y televisión para la transmisión de mensajes genéricos, **sobre todo, si se identifica la etapa de precampaña.**

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

El análisis cautelar de los promocionales debe cuidar de no identificar de forma injustificada la noción de “promocionales genéricos” de los partidos con aquellos “mensajes genéricos” presentados como parte de una estrategia de propaganda en la etapa de precampaña.

Por el contrario, de una interpretación de la normativa aplicable a la luz del marco constitucional y convencional, se estima que aun cuando, como en el caso, exista más de una precandidatura, los partidos pueden válidamente pautar promocionales de contenido genérico, que aborden temas de interés general, a condición de que no implique un posicionamiento anticipado indebido o una violación evidente, que por su urgencia o irreparabilidad, justifique la adopción de las medidas cautelares.

Además, los promocionales que se analizan tampoco contienen elementos que permitan considerar de manera evidente que ponen en riesgo el principio de equidad en la contienda o el de legalidad, para de este modo estar en posibilidad de justificar la concesión de la medida cautelar o que existe una probabilidad razonable de que suceda.

Lo anterior, en atención a que, durante el desarrollo del promocional de televisión, aparece el cintillo en el que de forma expresa se advierte la leyenda que señala: “*Precandidata Alma América Rivera Tavizón MORENA*”, y además, al final del promocional, también se advierte la imagen de la precandidata y a un costado, la siguiente leyenda: “AMÉRICA RIVERA Precandidata a Gobernadora Estado de México. Unidos para un Mejor Estado. Propaganda dirigida a militantes y simpatizantes de MORENA. MORENA”.

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

Respecto del promocional de Radio, una voz de mujer específica de forma clara que se trata de propaganda de Alma Rivera Tavizón, precandidata a gobernadora y que está dirigida a simpatizantes y militantes de Movimiento de Regeneración Nacional.

Por lo tanto, al no advertirse de manera preliminar una manifiesta ilicitud de los mensajes o un riesgo evidente o razonable de afectación del principio de equidad en la contienda, debe revocarse la determinación de la Comisión y declararse la improcedencia de la medida cautelar respecto de los promocionales que se acaban de analizar.

Lo anterior, considerando que la determinación sobre la licitud del contenido de los promocionales corresponde a la autoridad competente al momento de resolver sobre el fondo del procedimiento.

En tales condiciones, en un examen preliminar y cautelar, como se indicó, a juicio de esta Sala Superior, **asiste la razón** al partido recurrente, porque, de un análisis del contexto integral e intertextual de los promocionales denunciados, se considera que se trata de promocionales que abordan temas de interés general, tales como el aumento a los precios de la gasolina. Esto no significa ni implica necesariamente o de manera indubitable un posicionamiento anticipado indebido o un riesgo razonable de que se materialice una violación directa o inmediata al principio constitucional de equidad, que por su urgencia o irreparabilidad, justifique la adopción de la medida cautelar decretada.

Además, en ambos promocionales -radio y televisión-, se identifica de forma expresa el nombre de la precandidata que se está

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

promocionando, su partido y se especifica, de forma clara que se trata de la etapa de precampaña.

Por ello, de acuerdo a las consideraciones expuestas, lo que procede es revocar el acuerdo impugnado, con respecto al apartado denominado: "Propaganda genérica difundida durante precampaña".

c) Distribución inequitativa de las prerrogativas de radio y televisión de MORENA sobre sus precandidatas

La Comisión consideró que, bajo la apariencia del buen derecho, en el presente caso se actualizó una violación al principio de equidad, porque existió una sobre exposición de la precandidata Delfina Gómez Álvarez sobre la diversa Alma América Rivera Tavizón.

Lo anterior, considerando que en los promocionales en los que participa Delfina Gómez Álvarez, su participación es activa porque interviene de manera personal, se hace referencia a su nombre, cualidades, carrera política etcétera.

En cambio, sostuvo que con respecto a Alma Rivera Tavizón, no se alude a ninguna circunstancia especial de la precandidata y, además, estimó que, en un apartado previo del acuerdo impugnado, ya se había establecido que habían sido calificados de genéricos tales promocionales y por consiguiente ilegales.

Sin embargo, de acuerdo a las razones expuestas en el apartado anterior, no hay elementos que permitan suponer que de manera evidente la distribución de las prerrogativas de radio y televisión que

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

MORENA realizó entre sus precandidatas a la Gubernatura en el Estado de México se distribuyó de manera inequitativa.

Lo anterior porque existieron promocionales de ambas candidatas, siete de Delfina Gómez, tres de Alma América Rivera y dos genéricos. En ese contexto, como la propia Comisión estableció en el acuerdo impugnado, cada partido político decide de forma libre la distribución de los mensajes que le correspondan para la precampaña.

d) Medidas restitutorias a través del dictado de una medida cautelar

La Comisión en el acuerdo impugnado estableció que, si bien MORENA, de acuerdo a su derecho de auto determinación y auto organización puede elegir de forma libre cómo usar su tiempo de radio y televisión para la precampaña, tenía el deber legal de distribuir este tiempo entre las dos precandidatas registradas a fin de privilegiar el principio de equidad, no sólo en la misma contienda interna, sino frente a los demás partidos políticos.

La Comisión estimó que al no haber ocurrido lo anterior, MORENA violó el principio de equidad en la contienda por el hecho de posicionar solamente la imagen de Delfina Gómez Álvarez y en ese sentido, concluyó en apariencia del buen derecho, que dicho instituto político inobservó el modelo de comunicación política por la falta de distribución de promocionales en igualdad de circunstancias.

La Comisión consideró que si uno de los motivos para conceder la medida cautelar es la posible vulneración al principio de equidad, entonces MORENA tendría que sustituir todos los promocionales de la precandidata Delfina

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

Gómez Álvarez, por diversos que fueran alusivos a la precandidata Alma América Rivera Tavizón.

Asimismo, expresó que lo anterior sí resultaba posible porque el veintidós de febrero se presentó en la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral, un escrito en el que MORENA pautó para la precampaña, el promocional identificado como: RV00138-17 en el que aparece Alma América Rivera Tavizón y cuyo periodo de transmisión sería del veintiséis de febrero al tres de marzo del año en curso.

En consecuencia, ordenó a través de una medida cautelar que se hiciera la restitución de los promocionales a fin de lograr, en su opinión, una distribución equitativa de las prerrogativas de MORENA entre sus precandidatas.

Como se precisó en el apartado anterior, no es verdad que del análisis preliminar de los promocionales, que son materia de debate, pueda advertirse una evidente o manifiesta distribución inequitativa.

La finalidad de la medida cautelar dentro de un procedimiento electoral sancionador es tutelar los derechos y principios rectores del derecho electoral y prevenir riesgos que lo afecten en forma grave, sobre la base de conductas manifiestamente ilícitas o con apariencia de ilicitud que impliquen dicho riesgo y hagan necesaria y urgente la intervención del Estado a través de la adopción de una medida cautelar que garantice los elementos fundamentales de un Estado democrático. En particular, cuando se trata del análisis de propaganda, el derecho a la información que tiene la ciudadanía y el electorado en particular, así como la libertad y pluralidad del debate público.

Por ello, cuando se le presenta a la autoridad electoral una solicitud de medida cautelar en un procedimiento sancionador electoral relacionado con pautas de radio y televisión, debe valorar el contenido del promocional a partir de un juicio de probabilidad respecto a su ilicitud o grado de afectación a otros derechos y principios. Lo anterior supone una **valoración o ponderación**

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

diferenciada de los principios y valores en juego, respecto de la valoración que en su momento se realice en el pronunciamiento de fondo.

En la valoración con fines de protección cautelar se debe analizar de forma particular el riesgo de afectación serio o grave por una conducta manifiesta o aparentemente ilícita y la necesidad y urgencia de la medida considerando la posible demora de la resolución final del procedimiento; mientras que para el pronunciamiento de fondo se debe analizar la licitud de la conducta, la atribución de responsabilidades y, en su caso, la individualización de la sanción que corresponda.

Por ello, no basta la mera apariencia de ilicitud si no existe una necesidad y urgencia de la medida considerando los derechos y principios en juego y su impacto en un proceso electoral o en los principios que rigen la materia.

En el caso concreto, la Comisión a través de la concesión de una medida cautelar, consideró que MORENA realizó una distribución inequitativa de sus prerrogativas de radio y televisión entre sus precandidatas y estableció una “medida compensatoria” en beneficio de la precandidata Alma América Rivera Tavizón consistente en ordenar la prohibición de transmitir los diversos *spots* de Delfina Gómez Álvarez y ordenar que sólo se transmitan aquéllos que se emitan a favor de la primera de las precandidatas.

Sin embargo, como ya se precisó en el apartado anterior, si no puede concluirse de manera provisional que existió una distribución inequitativa de las prerrogativas de radio y televisión de MORENA entre sus precandidatas, es evidente que tampoco puede concluirse que existió un uso indebido de la pauta derivado de una sobreexposición de una de las precandidatas y mucho menos, en apariencia del buen derecho y al peligro en la demora y de forma provisional, ordenarse una medida “compensatoria” so pretexto del otorgamiento de una medida cautelar.

En el caso, la adopción de una “medida compensatoria” excede la finalidad de la medida cautelar consistente, como ya se señaló, en tutelar los derechos y

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

principios rectores del derecho electoral y prevenir riesgos que lo afecten en forma grave, pues parte del supuesto de que el contenido del promocional es ilícito, cuestión que corresponde al estudio de fondo.

Por ello se estima que le asiste la razón a los inconformes respecto a que la decisión de la Comisión de adoptar una “medida compensatoria” supone en el caso un pronunciamiento sobre el fondo que, además, implica un exceso en el ejercicio de sus atribuciones.

En efecto, la Comisión no se limitó a referir que advertía un riesgo de que se incidiera en la equidad en la contienda derivado de la manera como se distribuyeron los tiempos de radio y televisión en el marco de la selección interna de MORENA, **sino que hizo afirmaciones categóricas en cuanto a que dicho partido político había incumplido con una obligación que se había traducido en una afectación en el principio señalado.**

En todo caso, la autoridad electoral debió centrarse en justificar por qué la supuesta sobreexposición de una de las precandidatas generaba un riesgo en la equidad en la contienda. Es decir, el hecho de que la Comisión precisara que sus consideraciones se desarrollaban a partir de la “apariencia del buen derecho” no cambia que sus razonamientos supusieran un pronunciamiento respecto al fondo como condición o base de una “medida compensatoria”.

En ese sentido, la posibilidad de adoptar una medida compensatoria se circunscribe, en principio, a la decisión de fondo, cuando se tiene certeza respecto a la materialización de una situación ilícita que se tradujo en la afectación de un determinado derecho o principio.

Lo anterior no es obstáculo para que la autoridad electoral adopte medidas positivas, distintas a la suspensión de la difusión de un promocional y a su sustitución, cuando se advierta que es necesaria para brindar una tutela preventiva efectiva siempre que se encuentre plenamente justificada.

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

Además, la decisión de adoptar medidas cautelares debe partir de la identificación de un riesgo actual o futuro de que se afecten ciertos intereses. Por ello, la Comisión debió advertir que MORENA había pautado la transmisión del promocional de televisión titulado “América Edomex”, de clave RV00138-17, en el marco de la precampaña de Alma América Rivera Tavizón. De ahí que la medida “compensatoria” resultara innecesaria.

Es decir, la Comisión debió advertir que durante los últimos días de la precampaña también se transmitiría un promocional de la otra precandidata, con lo cual se eliminaba al menos de manera provisional, cualquier riesgo en cuanto a la afectación del principio de equidad en la contienda porque MORENA emplearía su pautado para la difusión simultáneamente los promocionales de sus dos precandidatas.

En consecuencia, al resultar fundado el motivo de queja de los inconformes como ya se precisó, lo que procede es revocar la determinación de la Comisión.

Ahora bien, dado que los promoventes han alcanzado su pretensión, resulta innecesario analizar el motivo de queja en el cual MORENA expresó que la medida cautelar impugnada se traduciría en una censura previa y el diverso agravio a través del cual Alma América Rivera Tavizón alegó una violación a su garantía de audiencia dentro del procedimiento en el cual se decretó como medida cautelar dejar de transmitir sus pautados de radio y televisión identificados con las claves: RV0095-17 “Alma Gasolinazo” de Televisión y RA00103-17 “América Gasolinazo” Radio.

Por las anteriores consideraciones, nos separamos de la mayoría en el presente asunto.

MAGISTRADO

MAGISTRADO

FELIPE DE LA MATA

FELIPE ALFREDO

SUP-REP-24/2017 Y ACUMULADOS

PIZAÑA

FUENTES BARRERA

MAGISTRADO

**REYES RODRÍGUEZ
MONDRAGÓN**