

**RECURSO DE REVISIÓN DEL
PROCEDIMIENTO ESPECIAL
SANCIONADOR**

EXPEDIENTE: SUP-REP-5/2019

RECURRENTE: MORENA

AUTORIDAD RESPONSABLE:
SALA REGIONAL
ESPECIALIZADA DEL TRIBUNAL
ELECTORAL DEL PODER
JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ
LUIS VARGAS VALDEZ

SECRETARIOS: HÉCTOR
RAFAEL CORNEJO ARENAS Y
ANTONIO MUSI VEYNA

COLABORADOR: DIEGO
SUÁREZ BERISTAIN

Ciudad de México, a trece de febrero de dos mil nueve.

SENTENCIA

Que dicta la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la que se revoca la resolución de la Sala Regional Especializada de este Tribunal¹, emitida el veintinueve de enero de dos mil diecinueve, en el expediente SRE-PSC-4/2019, por la que se determinó sancionar al partido MORENA, por la aparición de menores de edad sin cumplir los requisitos atinentes, mediante la difusión del promocional “MORENA CRECE 2”.

ÍNDICE

ANTECEDENTES	2
CONSIDERANDOS	3
RESUELVE	23

¹ En adelante Sala Especializada.

ANTECEDENTES

1. De las constancias que obran en el expediente se advierte lo siguiente:
2. **I. Denuncia.** El veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, el Partido Acción Nacional, presentó escrito de queja en contra de del partido político MORENA, por vulnerar el interés superior de la niñez, al no haber difuminado la imagen de varios niños que aparecen en el promocional “MORENA CRECE 2” –*folio RV0334-18*– difundido en televisión a nivel nacional.
3. **II. Medidas cautelares.** El diez de enero², la Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral, declaró procedente la adopción de las medidas cautelares solicitadas por el partido político denunciante.
4. **III. Resolución impugnada.** Una vez desahogado el procedimiento especial sancionador por la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral del Instituto Nacional Electoral, la Sala Especializada dictó sentencia en el expediente SRE-PSC-4/2019, en la que determinó en lo que interesa, que es existente la vulneración del interés superior del menor atribuible a MORENA, por la difusión del promocional “MORENA CRECE 2”.
5. Como resultado de lo anterior, la Sala Especializada impuso a MORENA una multa de **1,500 UMAS** equivalentes a la cantidad de **\$120,900.00 (Ciento veinte mil novecientos pesos 00/100 M.N.)**.
6. **IV. Recurso de revisión.** El primero de febrero de este año, el partido político MORENA, interpuso recurso de revisión del

² En lo sucesivo, las fechas corresponden al año dos mil diecinueve.

procedimiento especial sancionador en contra de la citada resolución.

7. **V. Turno.** Recibidas las constancias en esta Sala Superior, el Magistrado Presidente Felipe Alfredo Fuentes Barrera acordó integrar el expediente SUP-REP-5/2019 y turnarlo a la ponencia del Magistrado José Luis Vargas Valdez.
8. **VI. Admisión y cierre de instrucción.** En su oportunidad, el Magistrado Instructor admitió a trámite el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador. Asimismo, declaró cerrada la instrucción, quedando los autos en estado de dictar sentencia, y

CONSIDERANDOS

9. **PRIMERO. Competencia.** La Sala Superior es competente para conocer y resolver el presente medio de impugnación, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 41, párrafo segundo, base VI, 99, párrafo cuarto, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 186, fracción X, y 189, fracción XIX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 3, párrafo 2, inciso f); 4, párrafo 1, y 109, párrafo 2, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación³ en Materia Electoral, por tratarse de un recurso de revisión del procedimiento especial sancionador, a través del cual se impugna una sentencia de la Sala Especializada emitida en un procedimiento especial sancionador.
10. **SEGUNDO. Requisitos de procedencia.** Se tienen por satisfechos los requisitos de procedencia previsto en los artículos 7, párrafo 1; 9, párrafo 1; 13, párrafo 1; 45, fracción II; 109 y 110, párrafo 1, de la Ley de Medios, en los siguientes términos:

³ En lo posterior, Ley de Medios.

SUP-REP-5/2019

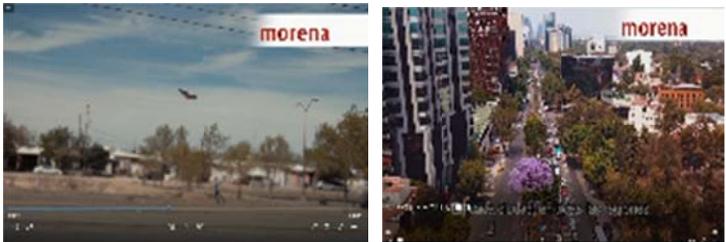
11. **I. Forma.** La demanda se presentó por escrito ante la autoridad responsable, y en ella se hizo constar: el nombre del partido político, así como el domicilio para oír y recibir notificaciones; señala la autoridad responsable, expone los hechos en que sustenta su impugnación; expresa los motivos de inconformidad; ofrece pruebas y asienta el nombre y firma autógrafa de su representante.
12. **II. Oportunidad.** El recurso de revisión se presentó oportunamente toda vez que la sentencia controvertida se notificó al actor el treinta de enero, en tanto que el escrito de demanda fue presentado ante la autoridad responsable el inmediato día primero de febrero, esto es, dentro del plazo de tres días previsto en el artículo 109, párrafo 3 de la Ley de Medios.
13. **IV. Legitimación y personería.** Los requisitos señalados se encuentran satisfechos, porque el medio de impugnación se interpone por un partido político por conducto de su representante ante el Consejo General del Instituto Nacional Electoral, en términos de lo dispuesto por los artículos 45, párrafo 1, inciso a), en relación con el 110, párrafo 1, de la Ley de Medios.
14. **V. Interés jurídico.** Se advierte que el recurrente cuenta con interés jurídico para interponer el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador, dado que fue denunciado en el procedimiento administrativo sancionador, y sancionado por la Sala responsable, por lo que se estima que dicha determinación le afecta, la presente vía es la idónea para reparar las violaciones alegadas, en caso de que los agravios sean fundados.
15. **V. Definitividad.** La sentencia controvertida constituye un acto definitivo, toda vez que en su contra no procede otro medio de impugnación en virtud del cual pueda ser modificada, de ahí que se estime colmado dicho requisito de procedencia.

16. Por encontrarse satisfechos los requisitos de procedencia del medio de impugnación y al no advertirse el surtimiento de alguna causa de improcedencia, lo conducente es entrar al fondo de la controversia planteada.

TERCERO. Estudio de fondo.

I. Contenido del promocional.

17. Con la finalidad de realizar el estudio de fondo de los planteamientos hechos valer por el partido recurrente, resulta oportuno realizar la descripción del promocional “MORENA CRECE 2”, materia de la controversia.

Promocional MORENA CRECE 2 Folio RV03534-18	
IMÁGENES REPRESENTATIVAS	CONTENIDO
	<p>Voz en Off:</p> <p><i>En México está creciendo la esperanza.</i></p>
	<p><i>Un movimiento que se vuelve cada día más grande, con la honestidad, las propuestas y la alegría de nuestra gente.</i></p>
	<p><i>Estamos unidos y eso nos hace más fuertes para transformar lo que parecía imposible cambiar.</i></p> <p><i>En cada ciudad, en todas las regiones somos más los mexicanos con</i></p>

Promocional MORENA CRECE 2 Folio RV03534-18		
		<p>MORENA.</p> <p><i>Y contigo, seremos la mayoría que va a comenzar un nuevo capítulo en la historia de México.</i></p>
		<p><i>Vente a MORENA la esperanza de México.</i></p> <p><i>Juntos haremos historia</i></p>

II. Síntesis de la resolución controvertida

a. Existencia de la irregularidad atribuida a MORENA.

18. La Sala Especializada determinó la vulneración del interés superior de la niñez por la difusión en televisión en cadena nacional del promocional “MORENA CRECE 2”, por la aparición de dos menores de edad cuya imagen no fue difuminada para evitar su identificación y MORENA no presentó la documentación necesaria para demostrar contar con las autorizaciones correspondientes. Dicha aparición se aprecia en la toma siguiente:



19. La Sala Especializada determinó la existencia de la irregularidad en comento, debido a que operaba la figura jurídica de la eficacia refleja de la cosa juzgada⁴, con motivo de lo resuelto previamente por dicha instancia en el procedimiento **SRE-PSC-276/2018**.
20. Esto, porque la toma referida en el cuadro que antecede fue empleada por MORENA en el promocional denominado “**GRACIAS**” en su versión para televisión, el cual **fue objeto de análisis** al resolver el procedimiento especial sancionador **SRE-PSC-276/2018**, en el que se determinó la existencia de una vulneración del interés superior de la niñez atribuida al mismo instituto político, al no haber acreditado contar con los permisos correspondientes, tal y como en el caso ocurre.

b. Individualización de la sanción y sanción impuesta

21. La Sala responsable consideró que la conducta debía calificarse como grave ordinaria⁵, tomando como parámetro el precedente SUP-REP-24/2018, atendiendo a las particularidades y circunstancias del caso concreto:
 - a) La conducta infractora tuvo impacto a nivel nacional;
 - b) Se detectaron 6,114 (seis mil ciento catorce) impactos, distribuidos durante el periodo que abarca el veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho al diez de enero;
 - c) Se vulneró el interés superior de la niñez;
 - d) La conducta fue intencional, es decir, generada de manera directa por MORENA ya que fue quien pautó los promocionales;y,

⁴ “**COSA JUZGADA. ELEMENTOS PARA SU EFICACIA REFLEJA**”, consultable en el siguiente link: http://sief.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=12/2003&tpoBusqueda=S&sWord=COSA_JUZGADA.,ELEMENTOS.PARA.SU.EFICACIA.REFLEJA

⁵ Con sustento en la tesis histórica **S3ELJ 24/2003**, de rubro “**SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA ELECTORAL. ELEMENTOS PARA SU FIJACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN**”.

SUP-REP-5/2019

e) De la conducta señalada no se advierte beneficio o lucro económico aun cuando si se genera un beneficio de índole político electoral, dada su presencia en un medio de comunicación masivo.

22. Con sustento en estas consideraciones, se impuso una sanción a MORENA consistente en una multa por el equivalente a 1,500 UMAS (Unidad de Medida y Actualización)⁶, resultando la cantidad de \$120,900.00 (Ciento veinte mil novecientos pesos 00/100 M.N.). Asimismo, consideró que la misma no resultaba excesiva ni desproporcionada al tratarse del equivalente al 0.137% de la ministración mensual del citado instituto político.

III. Pretensión, agravios y metodología de estudio.

23. De la lectura integral de la demanda del recurrente, se advierte que su pretensión consiste en que se revoque la sentencia impugnada, para efecto de que se determine inexistente la infracción consistente en el uso indebido de la imagen de menores de edad en propaganda político-electoral, con motivo de la difusión del promocional objeto de la denuncia.
24. Para alcanzar la referida pretensión aduce, esencialmente, los siguientes motivos de agravio:
25. **A.** MORENA arguye que la Sala Especializada no acreditó la intencionalidad de la falta sancionada, pues el recurrente no obtuvo un lucro o beneficio económico por la aparición de los menores en el promocional denunciado; por lo que, a su juicio, al tratarse de una aparición “incidental”, en ningún momento se puso en peligro el interés superior de la niñez, por lo que al no haber

⁶ El diez de enero del dos mil dieciocho, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la actualización al valor de la Unidad de Medida y Actualización (UMA), cuyo valor actual a partir del primero de febrero de ese año es de \$80.60 (ochenta pesos y sesenta centavos moneda nacional).

violentado ninguna norma electoral, resulta inexacta la decisión de imponerle una multa.

26. **B.** La Sala responsable vulnera el principio de proporcionalidad, al establecer, por un lado, que la aparición de los menores es incidental o referencial, sin el propósito de que sea parte del mensaje y contexto de la propaganda, y por el otro que por la omisión de difuminar la imagen de algunos menores, le imponga una multa mayor a la establecida en el asunto ¿Y si los niños fueran candidatos?
27. **C.** La responsable omitió valorar en la individualización de la sanción, el tiempo mínimo de exposición de los menores, la manera en que son expuestos en el promocional, su falta de identificación, así como la ausencia de un “manejo” intencional o profesional, pues de haber considerado tales elementos debió calificar la falta como levísima, y no grave ordinaria, y en consecuencia, no debió imponerle una multa que asciende a la cantidad de 1500 UMAS (Unidades de Medida y Actualización), equivalente a la suma de \$120,900.00 (ciento veinte mil novecientos pesos 00/100 M.N.).
28. De lo anterior se advierte que la cuestión central a dilucidar en el presente recurso consiste en determinar si la sentencia impugnada se ajustó a los parámetros constitucionales y legales, al determinar la existencia de la conducta atribuida al denunciado.
29. Para emitir una decisión al respecto, esta Sala Superior analizará los agravios en el orden enunciado anteriormente. En primer lugar, se analizará el agravio identificado con la letra **A**, al tratarse de un motivo de disenso dirigido a evidenciar la ilegalidad del acto combatido que, de resultar fundado, daría lugar a la revocación de la resolución controvertida; en caso de resultar infundado, se analizarán posteriormente los motivos de disenso identificados como **B** y **C**.

IV. Marco normativo

30. De conformidad con los artículos 1º y 4º, párrafo noveno, de la Constitución Federal, 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño; 78, fracción I, en relación con el 76, segundo párrafo, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; y 471, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, se advierte que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica que el desarrollo de éstos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida.

31. Así, dentro de tales derechos, se encuentra el derecho a la imagen de las niñas, niños y adolescentes, el cual se encuentra vinculado al derecho a la intimidad y al honor, entre otros inherentes a su personalidad, los cuales pueden resultar eventualmente vulnerados a través de la difusión de su imagen en los medios de comunicación social, como ocurre con los spots televisivos de los partidos políticos.

32. Por tal motivo, esta Sala Superior ha determinado que, si en la propaganda político-electoral se recurre a imágenes de personas menores de edad como recurso propagandístico, deben cumplirse ciertos requisitos mínimos para garantizar sus derechos, como el consentimiento por escrito o cualquier otro medio de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, así como la opinión de la niña, niño o adolescente en función de la edad y su madurez.⁷

33. En el mismo sentido, este órgano jurisdiccional ha concluido que cuando en la propaganda político-electoral, independientemente si

⁷ Véase la **Jurisprudencia 5/2017. PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CUMPLIRSE CUANDO SE DIFUNDAN IMÁGENES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**. Consultable en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 10, Número 20, 2017, páginas 19 y 20.

es de manera directa o incidental, aparezcan menores de dieciocho años de edad, el partido político deberá recabar por escrito el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tutela, y en caso de que no cuente con el mismo, deberá **difuminar, ocultar o hacer irreconocible la imagen**, la voz o cualquier otro dato que haga identificable a los niños, niñas o adolescentes, a fin de salvaguardar su imagen, y por ende, su derecho a la intimidad.⁸

34. Acorde con tal obligación, el Instituto Nacional Electoral emitió los *Lineamientos para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales*⁹, en los que se prevé la obligación de los partidos políticos de obtener el consentimiento de los padres o de quienes ejercen la patria potestad, así como la opinión informada del menor, en los casos en los que se utilice en su propaganda política y/o electoral la imagen de niñas, niños y/o adolescentes.
35. De conformidad con el numeral 5 de los citados Lineamientos, las niñas, niños o adolescentes que aparecen en la propaganda político-electoral y en los mensajes de las autoridades electorales lo hacen de forma directa o incidental. Es directa cuando la imagen, voz y/o cualquier otro dato que haga identificable al niño o adolescente es exhibido con el propósito de que forme parte central de la propaganda político-electoral o mensajes, o del contexto de éstos.
36. En cambio, la aparición es incidental cuando la imagen y/o cualquier otro dato que hace identificable al niño o adolescente es exhibido de manera referencial en la propaganda o mensajes

⁸ Véase la **Tesis XXIX/2018. PROPAGANDA POLÍTICA Y ELECTORAL. CUANDO APAREZCAN MENORES SIN EL CONSENTIMIENTO DE QUIEN EJERZA LA PATRIA POTESTAD O TUTELA, SE DEBE HACER IRRECONOCIBLE SU IMAGEN.** Pendiente de publicación en la Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

⁹ En adelante, Lineamientos.

SUP-REP-5/2019

electorales sin el propósito de que sea parte del mensaje y contexto de esta.

37. En ese contexto, el numeral 14 de los Lineamientos establece que, en el supuesto de exhibición incidental de menores en la propaganda político-electoral, y ante la falta del consentimiento de la madre y/o del padre, de quien ejerce la patria potestad, del tutor, o en su caso, la autoridad que lo supla, se deberá de **difuminar, ocultar o hacer irreconocible la imagen**, la voz o cualquier otro dato que haga identificable al menor de edad, garantizando la máxima protección de su dignidad y derechos.

V. Estudio de los agravios

38. **A.** La pretensión del recurrente consiste que se revoque la resolución de la Sala Regional Especializada mediante la determinación de que el promocional denunciado no transgrede la normativa aplicable, ni tampoco los derechos de los menores al no vulnerar su intimidad y, por ende, la infracción que se le imputa es inexistente y la sanción impuesta no procede.
39. a. Se estima **infundado** el disenso en que MORENA expone que ha respetado la normativa electoral y los derechos de los menores, bajo el argumento de que como no ha celebrado entrevista alguna, no ha vulnerado su intimidad y, por ello, no empleó para su beneficio a menores de edad o hizo un manejo directo de su imagen.
40. Lo anterior porque MORENA incumplió con lo dispuesto en el punto 5 del anexo de los Lineamientos para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes en Materia Propaganda y Mensajes Electorales, emitidos por el Instituto Nacional Electoral, referentes a la obligación que tienen los partidos políticos de difuminar la imagen de los menores de edad que aparezcan de manera incidental en su pauta.

41. Por lo que contrario a lo sostenido por MORENA, al no haber difuminado la imagen de todos los menores que aparecen en el spot difundido, contraviene las disposiciones aplicables, pues los partidos políticos tienen la obligación de proteger el interés superior de la niñez.
42. En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 5, 7 y 14 de los Lineamientos, se advierte que la normativa aplicable reconoce dos formas en que las niñas, niños y adolescentes pueden aparecer en la propaganda político-electoral y en los mensajes de las autoridades electorales, es decir:
 - a) La aparición de un menor en un promocional será **directa**, cuando la imagen, voz y/o cualquier otro dato que haga identificable a la niña, niño o adolescente sea exhibida con el propósito de que forme *parte central* de la propaganda político-electoral o mensajes, o del contexto de éstos.
 - b) La aparición de un menor en un promocional será **incidental**, cuando la imagen y/o cualquier otro dato que hace identificable a la niña, niño o adolescente, sea exhibida de manera *referencial* en la propaganda o mensajes electorales sin el propósito de que sea parte del mensaje y contexto de esta.
43. De lo anterior se desprende que, para que la propaganda o los mensajes en donde aparecen niñas, niños y/o adolescentes, pueda ser difundida, ya sea de manera directa o incidental, debe contarse con la autorización de quien legalmente pueda otorgarla.
44. Por ello, el numeral 14 de los Lineamientos establece que si no se cuenta con la autorización de quien debía otorgarla, debe difuminarse, ocultarse o hacerse irreconocible la imagen, la voz o

SUP-REP-5/2019

cualquier otro dato que haga identificable a la niña, niño o adolescente, esto con el fin de garantizar la máxima protección de su dignidad y derechos.

45. Así, con el fin de salvaguardar el interés superior de la niñez, y que los partidos políticos ajusten su conducta a la normativa aplicable sobre la difusión de la propaganda político-electoral donde aparecen niñas, niños y/o adolescentes, estos deberán contar la autorización correspondiente, o bien difuminar, ocultar o hacer irreconocible cualquier dato que haga identificable a los menores de edad,
46. Al respecto, debe decirse que resulta intrascendente el hecho de que se trate de tomas de eventos masivos, porque la aparición de menores de edad en la pauta, implica necesariamente la obligación de proteger especialmente a los menores de edad, toda vez que se trata de la difusión de su imagen.
47. Ha sido criterio reiterado que los partidos políticos deben cuidar en sus promocionales la imagen de quienes aparecen en las tomas generales de los eventos masivos que llevan a cabo, habida cuenta que su aparición sin la autorización expresa de los asistentes constituye un uso indebido de su derecho a la personalidad.
48. Por ello, cuando en las imágenes aparecen menores de edad que son identificables, el cuidado debe ser especial, puesto que aparecen sin el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la guarda y custodia, lo que puede propiciar ponerlos en riesgo.
49. Así, los Lineamientos referidos prevén que en caso de que la imagen de menores de edad se exhiba en propaganda electoral y no se cuente con el consentimiento respectivo, se debe difuminar, ocultar o hacer irreconocible la imagen, la voz o cualquier otro

- dato que haga identificable al menor de edad, con independencia de las circunstancias, y de que su aparición sea principal o incidental.
50. Por lo anterior, para tener por configurada la infracción, no sea necesario poner en riesgo la integridad física o emocional de los menores de edad, pues basta que se ponga en peligro la afectación de sus derechos para que se materialice el supuesto. Por ello, si MORENA incumplió dicha obligación al no difuminar los rostros de todos los menores de edad que aparecen en el promocional referido, aun cuando se trate de un evento masivo, el disenso en estudio deviene infundado.
 51. b. Igualmente se desestima el disenso en que MORENA alega que la Sala responsable, al reconocer que la aparición de los menores en el promocional era “incidental”, lo sancionó de forma incongruente, pues la obligación a cargo del partido político prevista en la normativa aplicable no establece excepción alguna; es decir, resulta irrelevante que se trate de una toma principal o incidental, ya que la aparición de sus imágenes engloba la obligación de difuminar la totalidad de los rostros de los menores que aparezcan ahí.
 52. Por ello, si el recurrente solamente cumplió de forma parcial la obligación de difuminar los rostros de los menores, transgredió el mandato previsto en los Lineamientos invocados, pues la difuminación debe ser total, sin que sea válido justificar su omisión en el hecho de que se trató de una concentración masiva, en la que los menores aparecen junto a sus padres, tutores o familiares y sin un afán protagónico.
 53. c. Del mismo modo, se desestima que la libertad de expresión incluya la no difuminación de los rostros de todos los menores que aparecen en el spot, porque aun cuando los partidos políticos son libres de definir los contenidos de los promocionales, el ejercicio

SUP-REP-5/2019

de tal derecho no los exime de las obligaciones impuestas en la normativa electoral.

54. Ello, porque cuando se maneja imagen de menores en propaganda electoral, se debe recabar la autorización de los padres y la opinión informada del menor; o bien, se debe difuminar la totalidad de los rostros de los menores que ahí aparezcan, situación que se soslayó.
55. Por las razones expuestas, el motivo de inconformidad en estudio resulta infundado.

B. Vulneración al principio de proporcionalidad

56. El motivo de disenso relacionado con que la imposición de la sanción resulta desproporcionada porque en un asunto distinto "*¿Y si los niños fueran candidatos?*", se impuso una multa menor, es **infundado** por las siguientes razones:
 57. En primer lugar, contrario a lo que sostiene el recurrente, es un hecho notorio para este órgano jurisdiccional que la multa impuesta a la asociación civil Mexicanos Primeros A.C., por medio de la sentencia SRE-PSC-159/2018 y confirmada por esta Sala Superior mediante el SUP-REP-719/2018, se impuso únicamente por la infracción consistente en la indebida contratación de tiempos aire para la difusión del promocional "*¿Y si los niños fueran candidatos?*", y no por la vulneración al interés superior del menor, como ocurre en el presente asunto.
 58. Aunado a lo anterior, la calificación de una determinada falta debe realizarse en atención a las particularidades de cada caso concreto, es decir, mediante el análisis puntual y objetivo de los hechos acreditados, la comisión de la infracción, los elementos que circundan el hecho, así como las excepciones que

interpongan los sujetos denunciados durante la sustanciación y tramitación del procedimiento sancionador.

59. Por lo tanto, contrario a lo afirmado por el recurrente, no resulta válido realizar una analogía sancionatoria de una conducta, respecto de otra que fue sujeta de sanción mediante un procedimiento diverso, esto, porque cada conducta trae aparejadas diversas circunstancias de modo, tiempo y lugar, y así como cuestiones relacionadas con la comisión de la conducta y los hechos inherentes a la misma, y en consecuencia, cada conducta denunciada que pueda ser susceptible de sanción debe analizarse en su contexto particular, de ahí lo infundado del agravio.

C. Indebida calificación de la sanción

60. El motivo de disenso relacionado con la inadecuada graduación de la sanción y multa, así como respecto de la omisión de la Sala responsable de valorar el tiempo mínimo de exposición de los menores, la manera en que son expuestos en el promocional, su falta de identificación, así como la ausencia de un “manejo” intencional o profesional, resulta **fundado** debido a los siguientes motivos:
 61. En la sentencia controvertida, la Sala responsable expuso los distintos elementos que sirvieron de base para individualización del grado de ilicitud de la conducta infractora:
 - Sostuvo que la finalidad del bien jurídico tutelado es salvaguardar el interés superior de los menores de edad y que en el presente caso se inobservaron las exigencias constitucionales y legales relativas a su protección;
 - En cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, razonó que (i) la conducta ilícita consistió en la difusión del promocional denominado “MORENA CRECE 2”, pautado por

SUP-REP-5/2019

MORENA, en el cual aparecen un total de cinco menores de edad de manera incidental, de los cuales únicamente los rostros de dos de ellos son plenamente identificables; (ii) que se encontraba acreditado que el promocional denunciado se transmitió del veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho al quince de enero¹⁰; (iii) que el promocional se transmitió en emisoras de televisión con cobertura a nivel nacional.

- Respecto a la singularidad de la falta, sostuvo que una sola conducta actualizó la infracción, la cual fue replicada en 6,411 (seis mil cuatrocientos once) ocasiones.
- Como parte del contexto fáctico y el medio utilizado para la comisión de la falta, consideró que la conducta se transmitió por televisión, es decir, de un medio de comunicación masiva, durante el desarrollo de cinco procesos electorales locales.
- En cuanto a la intencionalidad concluyó que el promocional fue pautado por MORENA como parte de sus prerrogativas constitucionales, y que a través de la difusión transgredió la normativa electoral, al omitir salvaguardar el interés superior de la niñez. Lo anterior, dado que no difuminó, ocultó o hizo irreconocible, el rostro de dos de los cinco menores que aparecen de manera incidental en el promocional denunciado.
- En relación con la reincidencia de la conducta, consideró que no se acreditaba dicho elemento al no colmarse los requisitos previstos en la Jurisprudencia 41/2010, de rubro: **“REINCIDENCIA. ELEMENTOS MÍNIMOS QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA SU ACTUALIZACIÓN.”**

¹⁰ La Sala responsable consideró para efecto de la sanción el periodo comprendido entre el veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho y el diez de enero, tomando como punto de partida que fue en esta última fecha cuando la Comisión de Quejas determinó la procedencia de la medida cautelar solicitada por el denunciante, por lo cual dejó de surtir efecto la orden de transmisión generada por MORENA.

- En seguida, concluyó que, derivado del análisis de los elementos previamente señalados, la conducta infractora debía calificarse de grave ordinaria, e impuso una multa por el equivalente a 1,500 UMAS (resultando la cantidad de \$120,900.00 (Ciento veinte mil novecientos pesos 00/100 M.N.).
62. Como fue previamente señalado, en el caso concreto, quedó acreditada la comisión de la fracción, es decir, que la conducta del partido político vulneró los 5 y 14 de los *Lineamientos para la protección de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales, emitidos por el Instituto Nacional Electoral*.
63. No obstante, esta Sala Superior considera que para establecer la gravedad de la infracción y el monto sancionatorio que corresponde aplicar, resulta necesario atender al grado de afectación del bien jurídico tutelado, así como a las particularidades que rodearon la comisión de la infracción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 458, párrafos 5 y 6, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.
64. Por tal motivo, si bien se tuvo por actualizada una transgresión al interés superior de los menores que aparecen en el promocional y que su imagen no fue difuminada, la responsable estaba constreñida a ponderar las siguientes características específicas que circundaron la conducta ilícita:
- Que en el caso se tuvo por demostrada la infracción consistente en que MORENA difundió un spot en el que aparecen dos menores y que fue omisa en difuminar la imagen de ellos, a pesar de que son identificables;

SUP-REP-5/2019

- Que las dos formas de aparición de los menores (directa o incidental) constituyen una infracción a los Lineamientos, cuando no se cuenta con la autorización de quien puede otorgarla y no se difuminan, ocultan o hacen irreconocibles los datos que los hacen identificables;
 - Que, para efectos de individualizar la sanción, cobra especial relevancia la forma en la que los menores aparecen en el promocional;
 - Que cuando los menores aparecen en forma directa, el grado de afectación a su interés es notablemente superior a aquellos casos en que aparecen sólo en forma circunstancial o referencial. Esto, porque los menores se convierten en los personajes centrales de la propaganda o del mensaje, su imagen se ve expuesta en mayor medida que cuando su aparición es meramente circunstancial, pues en este último caso, no se pretende exponer su imagen como un elemento relevante de la propaganda o mensaje;
65. De tal forma que no puede calificarse con la misma gravedad la vulneración al interés superior de la niñez, por las apariciones directas de las niñas, niños y/o adolescentes que, por las apariciones incidentales, porque en las primeras existe un mayor grado de afectación al bien jurídico tutelado, que es el bien superior del menor.
66. Así, la Sala Especializada al momento de graduar la gravedad de la infracción debió tener en cuenta que en el caso concreto la aparición de las niñas y niños fue incidental o referencial, ya que no se advierte la intención de convertir a los menores en la imagen central de la propaganda, ni se aprecia algún interés por destacar su presencia en los eventos difundidos.

67. En ese mismo sentido, la responsable debió considerar que el promocional denunciado tiene una duración de treinta segundos y que contiene aproximadamente diez tomas panorámicas, las cuales se visualizan entre el segundo dos al veinticinco y que en una de ellas, que tiene una duración menor al segundo, aparecen los menores cuyas imágenes no se difuminaron, ocultaron o hicieron irreconocibles.
68. De esa forma, las características precisadas cobran relevancia para la individualización de la sanción en el caso concreto, en razón de la cantidad de tomas panorámicas que contiene el *spot* y por el tiempo que dura la reproducción de la toma que actualiza la infracción, obligaba a la responsable a considerar que, el tiempo de exposición de la imagen en donde aparecen los infantes cuyas imágenes no se difuminaron es relativamente corto.
69. Así, la Sala responsable debió razonar que se trató de un promocional político pautado en televisión, cuyas características particulares derivaron de tomas panorámicas generales de videograbaciones que, al parecer corresponden a actos proselitistas, y con base en ello, debió analizar las condiciones en que fueron expuestas las imágenes de las niñas y niños para estar en condiciones de valorar el grado de afectación al interés superior de la niñez; en el entendido de que, a pesar de que se trate de tomas panorámicas generales de los mítines, el interés superior de la niñez debe tutelarse.¹¹
70. Lo anterior, con base en el punto 14 de los Lineamientos que señala que, en el caso en que los niños y niñas se exhiban de manera incidental y no se cuente con los consentimientos correspondientes, el partido político deberá difuminar, ocultar o hacer irreconocible la imagen, la voz o cualquier otro dato que los

¹¹ Tal como se sostuvo en los precedentes SUP-REP-170/2018 y SUP-REP-640/2018.

SUP-REP-5/2019

haga identificables, garantizando la máxima protección de su dignidad y derechos, entre ellos, su derecho a la imagen.

71. Así, al haberse omitido valorar dichas circunstancias, la calificación e individualización de la sanción carecen de la debida motivación, por lo que esta Sala Superior concluye que el examen realizado por la responsable no fue apegado a Derecho.
72. Cabe señalar que la solución que se propone en el presente caso no tiene como propósito el establecer una regla general que opere en todos los casos similares que se presenten en el futuro, puesto que el análisis para individualizar las sanciones respectivas debe efectuarse en forma casuística, tomando en consideración todas las circunstancias particulares en cada caso concreto.
73. Esto es, no toda toma panorámica de un evento masivo, por el hecho de serlo, exime a los actores políticos de la obligación de cumplir con los Lineamientos emitidos por Instituto Nacional Electoral para la salvaguarda de los menores en materia de propaganda y mensajes electorales, en particular, de difuminar, ocultar o hacer irreconocible la imagen, voz o cualquier otro dato que haga identificable a los menores de edad, cuando sean exhibidos de forma incidental, como lo establece el numeral 14 del citado ordenamiento.
74. Lo anterior, porque puede darse el caso de que en alguna toma panorámica de un evento masivo como el analizado en el presente asunto, se exhiba de forma incidental la imagen de un menor, pero que por la edición del promocional, este permita la plena identificación de los menores, por lo que la sanción tendría que individualizarse en forma diversa.
75. Por ello, se insiste que, para la individualización de este tipo de sanciones, deben valorarse de manera concatenada todos y cada

uno de los elementos, circunstancias particulares, y contexto de cada caso concreto.

CUARTO. EFECTOS

76. De conformidad con lo expuesto a lo largo de la presente ejecutoria, lo procedente es confirmar que el partido político MORENA transgredió los numerales 5 y 14 del anexo de los *Lineamientos para la protección de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales*, emitidos por el Instituto Nacional Electoral, y en consecuencia, ante lo **fundado** del último agravio en estudio, se ordena a la Sala Regional Especializada en un plazo de cinco días hábiles, emitir un nuevo fallo, en el que en forma fundada y motivada califique de nueva cuenta la infracción e imponga la sanción que estime procedente conforme a Derecho.
77. Realizado lo anterior, deberá notificar a la Sala Superior del cumplimiento dado a esta ejecutoria, en un lapso de veinticuatro horas a que ello ocurra.

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE

ÚNICO. Se **revoca**, en la materia de la impugnación, la resolución reclamada, para los efectos precisados en el último considerando de esta ejecutoria.

NOTIFÍQUESE; como corresponda.

En su oportunidad, devuélvanse las constancias que correspondan y, acto seguido, archívese el expediente como asunto total y definitivamente concluido.

Así, por **mayoría** de votos, lo resolvieron las y los Magistrados Electorales que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con el voto razonado de los Magistrados Felipe de la Mata Pizaña y Janine M. Otálora Malassis, y el voto en contra del Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón, ante la Secretaria General de Acuerdos quien autoriza y da fe.

MAGISTRADO PRESIDENTE

FELIPE ALFREDO FUENTES BARRERA

MAGISTRADO

MAGISTRADO

**FELIPE DE LA MATA
PIZAÑA**

**INDALFER INFANTE
GONZALES**

MAGISTRADA

MAGISTRADO

**JANINE M. OTÁLORA
MALASSIS**

**REYES RODRÍGUEZ
MONDRAGÓN**

MAGISTRADA

MAGISTRADO

**MÓNICA ARALÍ SOTO
FREGOSO**

**JOSÉ LUIS VARGAS
VALDEZ**

SECRETARIA GENERAL DE ACUERDOS

BERENICE GARCÍA HUANTE

VOTO RAZONADO QUE FORMULAN LA MAGISTRADA JANINE M. OTÁLORA MALASSIS Y EL MAGISTRADO FELIPE DE LA MATA PIZAÑA RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE SUP-REP-5/2019¹²

I. Introducción II. Consideraciones generales respecto del derecho a la propia imagen de personas adultas III. La protección reforzada del derecho a la propia imagen de menores de edad IV. Posición respecto del sentido de la sentencia aprobada V. El uso de la imagen de quienes acuden a actos proselitistas, para la configuración de promocionales políticos-electorales VI. Conclusión

I. Introducción

Si bien compartimos el sentido de la sentencia, emitimos el presente voto a fin de establecer nuestra posición respecto de una de las cuestiones centrales que plantea este asunto, y que consideramos amerita un análisis por parte de esta Sala Superior, en torno a lo que se conoce como el Derecho a la propia imagen.

Esta autoridad judicial ha establecido una línea jurisprudencial referida a la protección de los derechos de la niñez y, en dicho sentido, ha construido y sancionado la infracción por el indebido uso de la imagen en propaganda y mensajes electorales, aun cuando la aparición de dicha imagen resulte incidental.

¹² Con fundamento en los artículos 187 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 11 del Reglamento Interno de este Tribunal Electoral.

Este asunto se enmarca en dicha tesis y, por tanto, coincidimos con lo resuelto. Sin embargo, el presente asunto nos permite exponer algunas consideraciones para evidenciar que, en nuestro concepto, tal línea jurisprudencial tiene como uno de sus fundamentos la salvaguarda del derecho a la propia imagen, de la cual son titulares los menores de edad, pero también las personas adultas y, en tal virtud, consideramos que los criterios de esta autoridad judicial deberían hacerse cargo de dicha perspectiva a fin de determinar, en casos futuros, las implicaciones de dicha perspectiva, por ejemplo:

- i) Si es admisible que los partidos políticos o candidatos configuren promocionales de televisión utilizando —presuntivamente sin consentimiento de sus titulares — la imagen de personas que asisten a eventos proselitistas, ya se trate de menores de edad o adultos;
- ii) Si es posible la obtención y utilización de tomas panorámicas o aéreas de tales eventos, por parte de los partidos políticos, para su libre utilización en los promocionales políticos;
- iii) Si la elaboración y difusión de promocionales con características como las del que se analizó en el caso concreto, podría implicar una violación en perjuicio de quienes ahí aparecen, a su derecho a la propia imagen o algún otro vinculado con su privacidad.

En suma, deseamos resaltar dicha perspectiva de análisis para hacer patente que el estudio se ha centrado de tal manera en el derecho a la imagen de menores de edad que

se ha perdido de vista que el enfoque debe ser quizá más general¹³.

II. Consideraciones generales respecto del derecho a la propia imagen de personas adultas

El derecho a la privacidad y, por ende, el derecho a la propia imagen corresponde a todos los seres humanos y no solo a los menores de edad. Está reconocido como derecho fundamental en el artículo 6 y 16 de la Constitución Federal.

Cabe referir que en términos del artículo 6 de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, la imagen propia constituye un derecho personal protegido por el referido artículo 6º de la Constitución Federal.

En el amparo directo en revisión 2044/2008, a partir de resoluciones nacionales e internacionales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁴ reconstruyó la noción de “vida privada”, como aquel derecho que tienen las personas a gozar de un ámbito de proyección de su existencia que queda reservado de la invasión y la mirada de los demás, que les concierna sólo a ellas y les provea de condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad —para el desarrollo de su autonomía y libertad— y más concretamente, el derecho a mantener fuera del conocimiento

13 Ello, sin desconocer que, la Sala Especializada, desde 2015 ha emitido sentencias sobre la tutela del derecho a la imagen de personas mayores de edad, que han salido en promocionales de partidos políticos sin que dieran su consentimiento para ello. Al respecto puede consultarse, entre otras, la sentencia del expediente SRE-PSC-94/2015, que fue el primer asunto que analizó este tópico y del que fue ponente, el Magistrado Felipe de la Mata Pizaña cuando integraba la Sala Especializada de este Tribunal Electoral. Sentencia que, además, no fue impugnada ante la Sala Superior, a través del Recurso de Revisión del Procedimiento Especial Sancionador (REP).

¹⁴ A continuación SCJN.

de los demás (y dentro de quienes ellas elijan) ciertas manifestaciones o dimensiones de su existencia.

En el mismo precedente, se agregó que la protección constitucional a la vida privada guarda conexiones con otros derechos: la libertad de tomar decisiones relativas al propio plan de vida, el derecho a ver protegidas ciertas manifestaciones de la integridad física y moral, el derecho al honor o reputación, el derecho a no ser presentado bajo una falsa apariencia, el derecho a impedir la divulgación de ciertos hechos o la publicación no autorizada de cierto tipo de fotografías, y la protección contra el espionaje o el uso abusivo de las comunicaciones privadas.

La SCJN señaló que el contenido del derecho a la vida privada varía tanto por motivos internos al propio concepto, como por motivos externos, derivados del comportamiento de sus titulares y de los derechos e intereses que en el caso concreto se encuentren en juego¹⁵.

Sostuvo que, en principio, no existe un conflicto interno o en abstracto entre los derechos a la libertad de expresión y aquellos de la personalidad¹⁶. Será hasta que una persona, o cualquier actor legitimado, estime que existe una intromisión a su honor, vida privada o propia imagen derivada de la difusión de un hecho, idea u opinión que tendrá que valorarse cuál derecho deba prevalecer.

¹⁵ Dicho criterio se plasmó en la tesis 1a. CCXIII/2009, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, diciembre de 2009, página 276, de rubro: "*DERECHO A LA VIDA PRIVADA. SU CONTENIDO ES VARIABLE TANTO EN SU DIMENSIÓN INTERNA COMO EXTERNA.*"

¹⁶ Amparo directo 28/2010.

SUP-REP-5/2019

Así, en los años recientes, la SCJN ha desarrollado criterios respecto de conflictos en los que se implica el derecho a la propia imagen, como una especie o derivación del derecho a la privacidad y que también se reconoce en la legislación de derechos de autor.

En el amparo directo 6/2008, el Pleno de la SCJN destacó que el derecho a la propia imagen deriva de la dignidad humana, principio que a su vez está implícitamente contenido en el artículo 1º constitucional.

En dicho precedente, también se sostuvo que este derecho *“implica la imagen que uno conserva para mostrarse a los demás y que, como tal, gran parte de la doctrina ubica, a su vez, dentro del derecho a la intimidad, constituyéndose como derechos personalísimos, pertenecientes al ámbito propio del ser humano, fuera de la injerencia de personas extrañas”*, de tal manera que *“[e]l individuo tiene el derecho de decidir, en forma libre, sobre su propia imagen”*.

Por otra parte, en el amparo directo en revisión 3619/2015, se señaló que el *“derecho a la propia imagen se delimita estableciendo tanto un aspecto positivo de este derecho consistente en la facultad de publicar o difundir su propia imagen; y correlativamente, este derecho cuenta con un aspecto negativo, consistente en la facultad de autorizar o de impedir la reproducción de su imagen”*.

En la misma sentencia, la SCJN sostuvo que *“la difusión de una imagen de una persona, sin su consentimiento, en principio acarrea una violación al aspecto negativo del*

derecho a la propia imagen". No obstante, *"dado que el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, pueden existir hipótesis en las que dicha difusión no consentida esté constitucionalmente justificada a partir del ejercicio legítimo de otros derechos humanos, cuando el interés público en dicha difusión lo amerita"*.

En el amparo directo 24/2016, la SCJN señaló que, además de un derecho fundamental, para algunas personas la propia imagen puede ser un derecho de contenido patrimonial susceptible de explotación económica.

Asimismo, en el amparo directo 49/2013, la SCJN refirió que la existencia de este tipo normas en las legislaciones autorales se justifica por la necesidad de contar con criterios para resolver los potenciales conflictos que pudieran surgir entre los derechos del autor y los del titular de la imagen.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 87 la Ley Federal del Derecho de Autor protege el derecho a la propia imagen en aquellos casos en los que su utilización se hace sin el consentimiento del titular.

Dicha norma indica que, por regla general, *"el retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes"*.

Y, por otro lado, el último párrafo del citado artículo señala que *"no será necesario el consentimiento a que se refiere este artículo cuando se trate del retrato de una persona que*

forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos”.

A mayor abundamiento, es de destacarse que el reconocimiento y protección de tal derecho ha sido objeto de pronunciamiento por cortes de otros países e incluso por instancias internacionales.

Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca que el Estado tiene obligaciones tanto negativas como positivas para respetar la vida privada, lo cual *“también aplica para la protección de la imagen de una persona en contra del abuso por terceros”* (Bogomolova vs. Rusia, párr. 53, traducción libre).

En el caso *Reklos y Davourlis vs. Grecia*, el propio Tribunal sostuvo que *“la imagen de un individuo es uno de los atributos principales de su personalidad, por el hecho de revelar su originalidad y permitirle diferenciarse de sus congéneres”* (párr. 40, traducción libre).

En el mismo párrafo de la sentencia citada, se señala lo siguiente: *“El derecho de la persona a la protección de su propia imagen constituye de esta manera uno de los componentes esenciales para alcanzar la plenitud personal y presupone el control del individuo sobre su propia imagen. Si tal control implica en la mayoría de los casos la posibilidad para el individuo de rechazar la difusión de su imagen, comprende al mismo tiempo el derecho de éste de oponerse a la captura, la conservación y la reproducción de la misma por un tercero. En efecto, siendo la imagen una de las*

características ligadas a la personalidad de cada uno, su protección efectiva presupone, en principio [...], el consentimiento del individuo desde el momento de su captura, y no solamente en el momento de su posible difusión al público. En caso contrario, un atributo esencial de la personalidad podría ser detentado por otro sin que el interesado tuviera el control sobre su eventual uso posterior.”
(traducción libre)

En otra sentencia, el Tribunal reiteró que la “*publicación de una fotografía puede invadir la vida privada de una persona*”, y aclaró que “*lo mismo aplica para una grabación de video*” (Bremner vs. Turquía, párr. 62, traducción libre).

En el mismo sentido, en la sentencia 72/2007, el Tribunal Constitucional de España señaló que “*el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación*”, por lo cual corresponde al titular del derecho “*decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero*”.

Al mismo tiempo, reconoce que “*no es un derecho absoluto*”, así que cuando “*entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o*

difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen”.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España define el derecho a la propia imagen como *“el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos, supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización de la imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”* (Recurso 1120/2008).

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia No. T-090/96, estimó que *“toda persona tiene derecho a su propia imagen y que, sin su consentimiento, ésta no puede ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro”*. En el caso concreto, aunque se autorizó la reproducción del material filmado en un programa de televisión nacional, la Corte determinó que *“la utilización del material fílmico, por fuera de la finalidad convenida, vulnera la intimidad, pues en esas condiciones no opera el consentimiento de la persona concernida”* (fundamento 5).

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló, en la sentencia del caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, que por *“el contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes, su*

potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto”.

Por tanto, es posible concluir que el derecho a la propia imagen forma parte o deriva del derecho fundamental de la vida privada y supone la salvaguarda o protección de aquella frente a usos indebidos o no consentidos, como puede ser la captura y posterior difusión de fotografías y videos, lo cual implica un desarrollo relevante en aras de proteger la intimidad o privacidad de la persona.

III. La protección reforzada del derecho a la propia imagen de menores de edad

Los menores de edad, como cualquier persona, gozan del derecho a la propia imagen, como un derivado del derecho a la privacidad y, en dicho sentido, tienen la protección de dicho derecho fundamental frente a intromisiones indebidas.

Esto ha sido reconocido no sólo por los tribunales nacionales, sino por diversos organismos internacionales.

La Convención sobre los Derechos del Niño, firmada en 1989, establece que (Artículo 16):

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

El Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (Unicef), en el documento de debate sobre los derechos de los niños en el mundo digital,¹⁷ señala que, a pesar de que el derecho a la intimidad de los menores y las personas adultas tiene la misma protección, es evidente que, considerando los demás derechos, el mejor interés y capacidades en evolución de los menores, es necesario un enfoque diferenciado de la protección del derecho a la intimidad de los menores

En dicho sentido, en la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño (CRC/C/GC/14), se explica que el “*interés superior del niño*” es un concepto triple que involucra un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento.

Como principio interpretativo, este concepto implica que “*si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño*”. Como norma de procedimiento implica que “*siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados*” (párr. 6).

En el caso de que los derechos de otras personas entren en conflicto con el interés superior del niño y no sea posible armonizarlos, el referido Comité resalta que las autoridades “*habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los*

¹⁷ Página 9, disponible en: https://www.unicef.org/csr/files/UNICEF_CRB_Digital_World_Series_PRIVACY.pdf

interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones” (párr. 39).

El principio del interés superior de la niñez está también reconocido en el artículo 4, párrafo 9, de la Constitución Federal.

En cuanto a la protección de la imagen de los menores, en el contexto español, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España considera que *“siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la ausencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico”* (Recurso 2895/2013).

En dicho caso, el Tribunal determinó que publicar la fotografía de un menor en una revista gratuita sin el permiso de sus padres, vulnera su derecho a la imagen, a pesar de que la fotografía fue capturada por el tío del niño. Enfatizó que la violación se actualiza *“por la inclusión de la imagen del menor en una revista con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado”* y que lo decisivo es *“la entrega de esta fotografía de un codemandado a otro sin que se acredite la existencia del consentimiento necesario para su publicación”*.

En el caso de *Reklos y Davourlis vs. Grecia*, los recurrentes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se quejaron de que la administración del hospital en el que nació su hijo

permitió que un fotógrafo tomara fotografías de su hijo, sin el consentimiento de los padres, y que se quedara con los negativos correspondientes.

El Tribunal resaltó que *“la persona involucrada era un menor y que el ejercicio del derecho a la protección de su imagen fue supervisado por sus padres. Por ello, el previo consentimiento de los recurrentes para la toma de fotografías de su hijo fue indispensable para establecer el contexto de su uso”* (párr. 41, traducción libre).

Consideró, como la cuestión principal del caso, *“no la naturaleza, inofensiva o no, de la representación del hijo de los recurrentes en las fotografías denunciadas, sino el hecho que el fotógrafo las conservó sin el consentimiento de los recurrentes. [...] con la posibilidad de su uso posterior en contra de la voluntad de la persona afectada y/o sus padres”* (párr. 42, traducción libre).

En el contexto interamericano, la Corte Constitucional de Colombia señaló que en los casos en que *“los derechos de los menores de edad colisionan con la libertad de expresión [...], en atención a los mandatos que ordenan dar prevalencia a los derechos de los niños y al interés superior del menor, la libertad de expresión debe ceder ante la protección de los derechos de los miembros más jóvenes de la sociedad”* (T-904/13, consideración 24). Sin embargo, señaló que no debe entenderse como una regla en abstracto, sino que es necesario llevar a cabo una ponderación atendiendo a las particularidades de cada caso concreto.

Esta sentencia trató de la difusión de fotografías y un video en los que aparecían los hijos de un servidor público, dentro del contexto de reportajes noticieros sobre su conflicto con sus vecinos.

La Corte Constitucional determinó que, aunque existía una afectación a los derechos de los menores, fue desproporcionada la prohibición de difundir la totalidad del reportaje denunciado, ya que *“bastaba la supresión de las imágenes en las que se exponía la fisonomía de los niños y se daban a conocer otros datos sensibles del hijo de la accionante para de ser el caso, remplazarlas por otro tipo de apoyos visuales que, sin afectar los derechos a la intimidad y a la propia imagen, permitieran al medio accionado satisfacer su propósito informativo”* (consideración 51).

Lo anterior permite sostener, como ya se indicó, que el reconocimiento y protección del derecho a la propia imagen está reconocido plenamente para los menores de edad, e incluso implica para todos los sujetos y entes del Estado involucrados con estos últimos, un deber específico de cuidado.

En este contexto, resulta relevante precisar las razones por las cuales el Instituto Nacional Electoral¹⁸ emitió los *Lineamientos para la protección de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales*.

Con motivo de un caso concreto, la Sala Regional Especializada de este Tribunal consideró necesario cumplir con la obligación de velar por el debido respeto y vigilancia de

¹⁸ A continuación INE.

SUP-REP-5/2019

los derechos humanos de la niñez, cuando en diversos promocionales de televisión se apreciaba la inclusión de rostros de personas que, según su fisonomía, podían ser menores de edad identificables.

A partir de ello, consideró que en razón de que los partidos políticos producían materiales con la presencia central de niñas o niños, la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos del INE debía implementar un método a fin de verificar la posible existencia de una situación de vulnerabilidad de personas con discapacidad auditiva o de menores de edad¹⁹.

En cumplimiento a lo anterior, el Comité de Radio y Televisión del INE emitió un acuerdo en la materia²⁰. Esta Sala Superior concluyó que, al hacerlo, el mencionado Comité se extralimitó en sus facultades al regular cuestiones que competen al Consejo General del INE²¹.

Derivado de lo anterior, este órgano jurisdiccional vinculó a dicha autoridad a que, en plenitud de atribuciones, emitiera los lineamientos, acuerdos o reglamentos conducentes, con el propósito de regular de manera integradora, a través de medidas idóneas y eficaces los requisitos que debe cumplir la propaganda política electoral de cualquier índole, cuando se estime necesario proteger el interés superior del menor y de

¹⁹ Al resolver el procedimiento especial sancionador identificado con la clave SRE-PSC-32/2016.

²⁰ INE/ACRT/18/2016, emitido en cumplimiento a lo ordenado por la Sala Regional Especializada en las sentencias pronunciadas en los procedimientos especiales sancionadores identificados con los números de expedientes SRE-PSC-27/2016, SRE-PSC-28/2016, SRE-PSC-29/2016, SRE-PSC-32/2016 y SRE-PSC-59/2016.

²¹ Al resolver el SUP-REP-60/2016.

personas en situación de vulnerabilidad, en los términos de dicha sentencia.

Así, fue emitido el Acuerdo INE/CG20/2017 por el que se aprobaron los *Lineamientos para la protección de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales*. Posteriormente dicho Acuerdo fue modificado mediante el diverso INE/CG508/2018²², el cual fue confirmado por esta Sala Superior al resolver el recurso de apelación SUP-RAP-149/2018.

En los referido Lineamientos, se establecieron directrices para la protección del interés superior de los menores cuando aparezcan directa e indirectamente en la propaganda político-electoral, de los partidos políticos, coaliciones, candidatos/as de coalición y candidatos/as independientes, así como de los mensajes transmitidos por las autoridades electorales federales y locales o las personas físicas o morales que se encuentren vinculadas directamente a uno de los sujetos mencionados, atendiendo a su calidad o naturaleza jurídica, por cualquier medio de comunicación y difusión”.

Como puede advertirse, los lineamientos fueron resultado directo del acatamiento a diversas resoluciones emitidas por este Tribunal, entre ellas la sentencia del expediente SRE-PSC-59/2018 de la Sala Especializada, en donde se fijaron ciertos criterios con relación a la utilización de la imagen de las personas físicas y morales, dentro de los que destacan:

²² De fecha veintiocho de mayo de dos mil dieciocho.

SUP-REP-5/2019

- Los derechos tutelados en el artículo 6 constitucional²³, no son exclusivamente oponibles a los partidos políticos, sino también a los particulares, por lo que es posible concluir que la propaganda y mensajes de contenido político o electoral que difundan las personas físicas y morales en la temporalidad referida por el numeral 247²⁴ de la ley electoral, también deben ajustarse a la norma constitucional citada, siendo posible que en el caso de que no sea así, el sujeto emisor de la misma, pueda ser sancionado.
- La Sala Especializada consideró necesario, a manera de acción preventiva, establecer un llamamiento respecto de aquellas personas físicas y morales vinculadas con cualquier fuerza política²⁵ que elaboren o difundan por cualquier medio de comunicación legalmente previsto para hacerlo, cualquier tipo de propaganda política o electoral que, en determinado momento pudieran emitir en ejercicio de su libertad de expresión y participación política ya sea a favor o en contra de algún partido político, precandidato/a, candidato/a, aspirante, candidato/a independiente, coalición, dentro o fuera de un proceso electoral federal o local, para que tengan especial cuidado al utilizar cualquier elemento audiovisual que pudiera colocar en riesgo el interés superior de la niñez, ya que siempre debe tenerse presente que los derechos humanos de la

²³ Disposición que tiene por objeto el salvaguardar, entre otros, la vida privada, los datos personales y los derechos de terceros.

²⁴ Obligación de que la propaganda y mensajes que en el curso de las precampañas y campañas electorales difundan los partidos políticos, no contravengan lo mandado por el primer párrafo del artículo 6 constitucional.

²⁵ Entendiéndose por estas, a los partidos políticos, coaliciones, candidatos(as), precandidatos(as), candidatos (as) independientes y aspirantes.

niñez requieren de mayor respeto, protección y cuidado reforzado por parte de cualquier persona y no sólo de las autoridades.

En la sentencia referida se destacó que la participación inadecuada de niñas, niños y adolescentes en spots político-electorales puede inducir a la identificación de las personas menores de edad con aspectos ideológicos o preferencias políticas que quizás en su etapa adulta no compartan. Además, esta identificación implica un riesgo potencial de su imagen, honra o reputación en su ambiente escolar o social.

Por tanto, lo que se procuró fue proteger la imagen de los menores, como un aspecto de su vida privada, a efecto de que no se les vincule con determinada preferencia política e ideológica, o incluso con actividades o eventos de índole político.

Esta Sala Superior se ha pronunciado en el sentido de que los Lineamientos en cuestión son un eficaz instrumento por medio del cual el INE pretende salvaguardar el interés superior de los menores que participan en propaganda electoral, pues la autorización de quienes ejercen la patria potestad o la tutela es un mecanismo por el que se garantiza que la participación en tales mensajes no tenga como consecuencia la violación de otros derechos, incluso de modo irreparable.

Por tanto, si bien la protección en cuestión atiende también a otros valores, en casos como el presente se evidencia que el valor en juego es la imagen de los menores, que corresponde a su privacidad, como derecho fundamental.

Entonces, cuando no es protegida, es decir, cuando los actores políticos incumplen con su obligación de salvaguardar el interés de los menores en el contexto de su propaganda política o electoral, se configura una infracción y procede su sanción.

IV. Posición respecto del sentido de la sentencia aprobada

Como ya se indicó, esta Sala Superior ha sostenido como criterio²⁶ que, para tener por acreditada la falta relativa al uso indebido de la imagen de menores de edad en propaganda político-electoral, es suficiente que las personas en cuestión resulten identificables y no se hubiese llevado a cabo la difuminación de los rostros en el promocional, a efecto de que no se les pueda identificar.

Al respecto, debe reiterarse que el derecho que se protege en tales casos lo constituye la privacidad de los menores, a través de la salvaguarda de su imagen.

En dicho sentido, ha sostenido que para tener por configurada la infracción, es irrelevante que las imágenes correspondan a eventos multitudinarios, pues incluso en tales supuestos los partidos tienen el deber de proteger y garantizar los derechos de los menores de edad, lo que implica la necesidad de que los rostros sean difuminados.

Esta autoridad judicial ha determinado que no es necesario demostrar que se ha puesto a los menores en un evidente

²⁶ Pronunciamientos emitidos al resolver los recursos de revisión del procedimiento especial sancionador, identificados con los números de expediente SUP-REP-36/2018, SUP-REP-170/2018, SUP-REP-640/2018 y SUP-REP-650/2018.

riesgo para su integridad física o emocional, precisamente porque el bien jurídico protegido no es la integridad, sino la privacidad.

Sin embargo, para determinar la sanción a imponer, resulta relevante analizar la configuración de cada promocional, a fin de advertir, por el contexto particular, el perjuicio causado y su consecuente sanción.

En dicho sentido debe valorarse si la aparición de los menores de edad en el promocional es deliberada o incidental, así como la relevancia de dicha inserción, respecto de los demás elementos que configuran el spot en estudio.

Para tal efecto debe considerarse, por ejemplo: el tamaño de la imagen del menor, el lapso en que aparece en el video, la velocidad en que se suceden las imágenes que lo conforman, la naturaleza frontal, lateral o panorámica de la toma, entre otros elementos.

En el caso concreto, la Sala Regional Especializada sancionó a MORENA, al advertir que omitió difuminar la imagen de menores de edad, visibles en un promocional creado a partir de videos tomados en eventos proselitistas. La autoridad responsable determinó que se acreditaba la vulneración al interés superior de la niñez, calificó la falta como grave ordinaria y procedió a individualizar la sanción.

En términos de lo ya indicado, compartimos la determinación adoptada por la Sala Especializada, que fue confirmada por este Pleno, en el sentido de que el partido político cometió la infracción en cuestión.

Asimismo, coincidimos en que para la debida fundamentación y motivación de la sanción que resulte idónea, proporcional e inhibitoria, es necesario atender a los elementos que se refirieron con anterioridad, respecto del contenido de la propaganda y el contexto de la aparición de la imagen de los menores en la misma.

En este sentido, en el caso particular debe ponderarse que se trató de un promocional político pautado en televisión, en el que se muestran diversas tomas panorámicas de uno o varios actos proselitistas, por lo que de forma inmediata y directa no es posible detectar a los menores de edad que aparecen.

De ahí que compartimos el sentido de la sentencia, consistente en revocar la resolución de la Sala Especializada, para el efecto de que emita una nueva, en la que individualice la sanción, considerando tales elementos o circunstancias.

Ahora bien, como ya indicamos, el derecho que se protege en casos como el presente es el del uso a la propia imagen del cual no solo son titulares los menores de edad.

V. El uso de la imagen de quienes acuden a actos proselitistas, para la configuración de promocionales político-electorales

A partir de lo expuesto, queremos resaltar que el criterio jurisprudencial de esta Sala Superior para resolver asuntos como el que se resolvió en la presente sentencia considera a los menores de edad como los únicos sujetos cuyos derechos

pueden ser vulnerados, a partir del mal uso de su imagen, al utilizarla en promocionales político-electorales.

Sin embargo, en realidad el derecho fundamental subyacente en tales conflictos jurídicos lo constituye el derecho a la propia imagen, del cual gozan tanto los menores de edad, como las personas adultas.

En dicho sentido, consideramos que la perspectiva de esta Sala Superior, en el análisis de casos como el presente, debería tender a englobar el derecho a la propia imagen de las personas que acuden a eventos proselitistas – adultos y menores de edad – que en principio no han dado el consentimiento para que su imagen sea recabada y posteriormente incluida en promocionales político-electorales.

Lo anterior, sin perder de vista, por supuesto, la particular protección que ameritan quienes no han adquirido la mayoría de edad.

En nuestro concepto, la propuesta de análisis en casos como el presente, debería partir del estudio del derecho a la propia imagen y la facultad de determinar su uso, por parte de su titular o de quienes ejercen sobre ellos la tutela o patria potestad, a fin de analizar si es dable la captación y posterior inclusión de imágenes obtenidas por video en eventos proselitistas, para la configuración de propaganda electoral, bajo la consideración de que la voluntad de participar en tales eventos no implica, necesariamente, la autorización para el uso de la propia imagen.

A continuación, desarrollamos este criterio con mayor profundidad.

V.1. El derecho a la imagen en espacios públicos

Una característica central de los promocionales que incluyen tomas de video respecto de eventos proselitistas es que las grabaciones se realizan generalmente en espacios públicos y, valga la obviedad, en contextos en donde se llevan a cabo manifestaciones políticas. Esto implica que, en el contexto en que se obtienen y difunden las imágenes en cuestión, existe un mensaje ya sea moral o valorativo de que las personas que ahí participan aprueban, en la mayoría de los casos, los mensajes que se están exponiendo en la plaza pública, o bien, que tienen una opinión favorable de las personalidades que ahí participan.

Así, es necesario analizar el alcance de los derechos a la imagen y a la intimidad en el contexto público, tema que ha sido objeto de pronunciamiento por cortes mexicanas y de otros países, así como por instancias internacionales.

La Agencia Española de Protección de Datos considera por ejemplo que, en principio, *“en un espacio público puede grabarse la voz y/o la imagen de las personas que se encuentran en tales lugares, con ciertas limitaciones como las que operan respecto de los menores de edad”*. Sin embargo, lo mismo no aplica para su tratamiento, ya que el mismo requiere *“el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público o bien que existe una Ley que ampara*

ese tratamiento o una relación contractual o comercial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento” (Resolución R/01461/2017).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el hecho de que algo ocurre en un contexto público no necesariamente predetermina su naturaleza ya que existe *“una zona de interacción de una persona con otras, incluso en un contexto público, que entra en el ámbito de ‘vida privada’” (P.G. y J.H. vs. el Reino Unido, párr. 56, traducción libre).*

En la misma sentencia se señala que uno de los elementos relevantes para determinar si hechos que ocurren fuera del domicilio de una persona afectan su vida privada o no es la previsibilidad. *“Dado que existen ocasiones cuando las personas a sabiendas o intencionalmente participan en actividades que son o pueden ser grabadas o reportadas públicamente, las expectativas razonables de una persona sobre su privacidad puede ser un factor importante, aunque no necesariamente conclusivo” (párr. 57, traducción libre).*

En la sentencia Peck vs. el Reino Unido, el Tribunal destacó que *“en casos relacionados con la divulgación de datos personales, [...] las autoridades nacionales competentes deberían tener un margen de apreciación para llegar a un equilibrio entre los intereses públicos y privados relevantes en conflicto” (párr. 77, traducción libre).*

Así, en dicho caso, en relación con la difuminación de fotografías y videos de CCTV del recurrente, caminando en una calle con un cuchillo, momentos antes de su intento de

suicidio, en medios de información nacionales y locales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró existente *“una seria interferencia en el derecho del recurrente al respeto de su vida privada”* (párr. 62, traducción libre), dada la inadecuada o inexistente difuminación de su imagen y que era imprevisto el nivel de divulgación de la grabación de sus movimientos.

A diferencia, en el caso *Flinkkilä y otros vs. Finlandia*, consideró inexistente la violación a partir de la inclusión del nombre, la edad y la fotografía de una persona que no era figura pública en varios artículos. Esto ya que consideró que *“es razonable considerar que entró el dominio público”* al estar involucrada en un disturbio público afuera del domicilio de un alto funcionario público con quien tenía una relación que resultó en su despido (párr. 83, traducción libre), además de que su participación en los eventos era una cuestión de interés público (párr. 85).

En términos similares, en relación con la publicación de imágenes de una actriz y su esposo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España, en la sentencia STS 9309/2011, señaló que, si bien el esposo era una persona sin relevancia pública, *“el hecho de mantener una relación sentimental con un personaje de relevancia pública, hace necesario prever el riesgo que tal relación podía provocar a los efectos de su reflejo en las imágenes después divulgadas por el interés informativo del personaje público”*, además de que manifestó las muestras de afecto a su pareja en un lugar público.

Como criterio general determina que *“Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no solo al personaje a quien corresponde el ejercicio de funciones oficiales o resulta socialmente conocido, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas tiene carácter justificado por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje político al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje político.”*

Así, son elementos clave para determinar el nivel de protección del derecho a la imagen en espacios públicos tanto la previsibilidad de la posible grabación y posterior difusión, así como la justificación o necesidad de difundir los datos obtenidos.

En este sentido, por ejemplo, está construida la legislación de la Ciudad de México e incluso algunos precedentes de la Primera Sala de la SCJN.

En lo que se refiere a la legislación de la Ciudad de México, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen contempla una protección especial para estos derechos, con excepciones claras que implican la proyección o relevancia pública de las personas, cuando su imagen es difundida sin su consentimiento.

Esto es, es principio, la legislación protege tajantemente la reproducción de la imagen de las personas sin su consentimiento. El artículo 18 define como acto ilícito de

difusión, la de cualquiera imagen respecto de la que no se haya recabado el consentimiento expreso de la persona. Sin embargo, el artículo 19 señala que dicha reproducción no será considerada ilícita cuando *“la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público y sean de interés público.”*

De tal suerte, para la legislación de la Ciudad de México, el hecho de que las personas acudan a lugares públicos o a eventos de interés público implica una diferencia sustancial, tanto que es el elemento definitorio para relevar, a quien difundirá la imagen, de la carga de recabar el consentimiento de dicha persona.

En sentido análogo, la Primera Sala de la SCJN falló el amparo directo en revisión 3619/2015, en el que se consideró que una persona que fungió como testigo de cargo en un proceso penal y luego se difundió su imagen en la película titulada “Presunto Culpable” ostentaba el carácter de persona de relevancia pública, esto, pues su labor en el proceso penal, cuya finalidad es encontrar la verdad para esclarecer la responsabilidad penal de las personas, podía implicar que su dicho fuera puesto en tela de juicio, incluso con expresiones tales como “mentiroso”, en tanto la película se consideró un ejercicio de periodismo de denuncia en el que se exponen actos públicos y del Estado.

A partir de los criterios hasta aquí mencionados, nos parece que es posible advertir que puede generarse un parámetro diferenciado para el derecho a la propia imagen de las

personas cuando éstas entran en el terreno de lo público o, yendo un paso más adelante, a lo político.

Cabe precisar que, respecto al tema, la Sala Especializada, a través de las ya referidas sentencias del **SUP-PSC-94/2015**²⁷ y del **SUP-PSC-45/2016**²⁸ inició una línea jurisprudencial respecto a la tutela del derecho a la imagen de las personas mayores de edad en el ámbito político-electoral.

Sin embargo, esta Sala Superior no se ha pronunciado en el tema, en principio, porque no se ha impugnado tal temática ante este órgano jurisdiccional las resoluciones de la Sala Especializada respecto al tema, o bien, porque no ha sido materia de los agravios. Asimismo, no se ha reflexionado sobre la necesidad e importancia de generar una línea jurisprudencial de protección de la imagen de las personas

²⁷ El ponente de dicho asunto fue el Magistrado Felipe de la Mata Pizaña cuando integraba la Sala Especializada de este Tribunal Electoral.

En dicho asunto, un ciudadano denunció que, sin su consentimiento, un partido político había utilizado imágenes públicas en las que aparecía para exponerlas en un spot televisivo.

Al respecto se precisó en la sentencia que la imagen es un valor universal construido con base en la opinión, percepción o buena fama que se tiene de los individuos, por lo que resulta un elemento fundamental, que puede menoscabarse cuando se le atribuye una determinada característica que no le resulta deseable al estimarla desfavorable o porque estima que no es acorde con sus circunstancias particulares.

En ese sentido se estimó existía una afectación ilegal en los derechos del promovente, en concreto en los de su imagen y libertad de afiliación política, ya que en el contexto del spot, se pretendía involucrar al ciudadano con el partido político sin mediar consentimiento o justificación alguna para transmitir su imagen, sobre todo, que el ciudadano no se reconocía como integrante o simpatizante de la causa política del PT, por el contrario, había señalado que no simpatizaba con sus propuestas.

²⁸ En este asunto, una ciudadana denunció que en un spot del partido Movimiento Ciudadano (MC) aparecía su imagen sin su consentimiento y que, además, ella pertenecía a otro partido político.

La Sala especializada sostuvo que en el contexto en el que se presentaba la imagen de la quejosa, resultaba evidente que se le podría vincular con MC, en tanto que el spot correspondía al tiempo pautado por éste y se había utilizado su imagen, como parte del contenido visual del discurso político manifestado a través de la propaganda. Se precisó, además que, aunque la imagen de la ciudadana derivaba de una toma abierta, ello no implicaba que se pudiera utilizar sin su consentimiento, asociándola o atribuyéndole determinadas características, puesto que no había elegido libremente esa manera para mostrarse frente a los demás y, por tanto, se afectaba su imagen y a su libre afiliación política.

mayores de edad que aparecen en promocionales político electorales.

Como ya indicamos, esta Sala Superior ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre la necesidad de proteger al menor de edad en cuanto a su imagen en el contexto político-electoral. Conforme a los criterios antes resumidos, pero por ser un derecho de rango constitucional, nuestra postura es que dicha protección también abarca a las personas adultas.

Tomando en cuenta lo anterior, debe analizarse la posible violación al derecho a la propia imagen por la inclusión de imágenes de personas adultas o menores en promocionales político-electorales cuando no medie su consentimiento. Así, en casos como el que ahora nos ocupa, es necesario analizar si existe una expectativa razonable de previsibilidad de reproducción de la imagen de las personas cuando acuden a un evento de interés público en una plaza pública en la que se presentará un candidato a la presidencia de la república.

V.2. Obligación de los actores políticos de respetar el derecho a la propia imagen

Una vez precisado que el derecho a la propia imagen constituye un derecho fundamental que deriva de la dignidad humana, protegida por el artículo 1º constitucional y del que gozan todas las personas, cuyo ejercicio y protección debe garantizarse por todas las autoridades del país, es necesario pronunciarse respecto de los sujetos que están obligados a observar y respetar ese derecho.

Al respecto, como ya se ha indicado, los derechos humanos no sólo son oponibles a los poderes públicos, sino que también se pueden oponer a los particulares. En consecuencia, es dable sostener que son sujetos obligados ante el referido derecho, cualquier autoridad, partidos políticos y particulares.

Tratándose del uso de la imagen, directa e indirectamente, en propaganda de contenido político-electoral, los partidos políticos, así como las personas físicas o morales que las difundan, en principio deben recabar el consentimiento de las personas involucradas, pues de no ser así pudieran ser sancionados.

Por lo que hace a los partidos políticos, la Ley General de Partidos Políticos en su artículo 25, párrafo 1, incisos a) y u), dispone que éstos deben conducir sus actividades dentro de los cauces legales y ajustar su conducta y la de sus militantes a los principios del Estado democrático, respetando la libre participación política de los demás institutos políticos y los derechos de los ciudadanos.

Lo anterior se encuentra robustecido con la Tesis XXXIV/2004 de rubro *PARTIDOS POLÍTICOS. SON IMPUTABLES POR LA CONDUCTA DE SUS MIEMBROS Y PERSONAS RELACIONADAS CON SUS ACTIVIDADES*, que establece, en esencia, que los partidos políticos son personas jurídicas que pueden cometer infracciones a disposiciones electorales a través de sus dirigentes, militantes, simpatizantes, empleados e incluso personas ajenas al partido político.

SUP-REP-5/2019

Por otra parte, la fracción V, del artículo 2, de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados considera que los partidos políticos son sujetos obligados a la protección de los datos personales de las personas y sus militantes.

De ahí que, en el ámbito de su actuación, los partidos políticos se encuentran obligados a acatar las obligaciones que se derivan del derecho a la propia imagen.

Esta obligación debe cumplirse para los casos en que los partidos políticos recaben y utilicen la imagen de personas privadas en los mensajes y promocionales que difundan.

Al respecto, en el artículo 41, párrafo segundo, base III, apartados A y B, de la Constitución federal, así como el artículo 159, párrafo 1, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, se establece el derecho que tienen los partidos políticos y sus precandidatos y candidatos, al uso permanente de los medios de comunicación social a través del tiempo que administra el INE.

Lo anterior constituye el eje rector del modelo de comunicación política, previsto desde la reforma constitucional electoral de dos mil siete.

En cuanto al contenido de los mensajes, el artículo 37 del Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral, señala que, en ejercicio de su libertad de expresión, los partidos políticos y las y los candidatos independientes, determinarán el contenido de los promocionales que les

correspondan, por lo que no podrán estar sujetos a censura previa por parte del Instituto ni de autoridad alguna.

No obstante, serán sujetos a las ulteriores responsabilidades que deriven de las diversas disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias respectivas.

Así, el artículo 443, párrafo 1, incisos a) y n), de la citada Ley General señala como infracciones de los partidos, el incumplimiento de las obligaciones previstas en esa Ley y demás disposiciones aplicables, así como la comisión de cualquier otra falta que se indique en la normativa aplicable.

Adicionalmente, se destaca que, bajo la estricta responsabilidad del autor de los materiales, es obligación de los concesionarios difundir los promocionales entregados por medio del INE, aun y cuando su contenido pueda vulnerar, a su juicio, la normatividad en materia de acceso a radio y televisión, por lo que se entenderá que su transmisión no les generará responsabilidad.

El artículo 452, párrafo 1, inciso c) de la Ley General, señala que constituyen infracciones a dicha Ley por parte de los concesionarios de radio y televisión, el incumplimiento, sin causa justificada, de su obligación de transmitir los mensajes y programas de los partidos políticos y de las autoridades electorales, conforme a las pautas aprobadas por el Instituto, lo que incluye la temporalidad y programación determinada por dicha autoridad.

Asimismo, el artículo 183 de la Ley General, así como el 34 numeral 5 del Reglamento de Radio y Televisión en Materia

Electoral, refiere que los concesionarios de radio y televisión no podrán alterar las pautas, ni exigir requisitos técnicos adicionales a los aprobados por el Comité de Radio y Televisión del INE y/o la Junta General Ejecutiva de dicho instituto.

De todo lo anterior, es posible concluir que, con independencia de la responsabilidad que pudiera advertirse en otros ámbitos, la construcción de promocionales como el del caso concreto, podría implicar una infracción electoral, aspecto respecto del cual esta Sala Superior no se ha pronunciado.

V.3. Reflexiones sobre la competencia para proteger el derecho a la imagen en los promocionales políticos y electorales

Una vez establecido la obligación de los actores políticos de respetar el derecho a la propia imagen, es necesario determinar quiénes pueden ejercer la acción respectiva en caso de la captación y posterior utilización de la imagen sin el consentimiento del titular.

Al respecto, con independencia de surtirse la competencia de otras autoridades, en otros ámbitos de responsabilidad, en nuestra opinión, no hay duda de que este órgano jurisdiccional debe estudiar los casos en que se alegue un uso indebido de la imagen derivado de la difusión de promocionales de contenido político-electoral.

Esto porque la materia de análisis consiste en el derecho a la propia imagen frente a las obligaciones de los partidos

políticos y sus candidatos, por las razones que se evidencian a continuación.

La imagen propia se encuentra protegida por los principios en materia electoral previstos en la Constitución y las leyes. Al respecto, en tanto el derecho a la propia imagen es la potestad de mostrarse ante la sociedad como cada persona desea, desde el aspecto electoral, lo que se protegería es que otra persona no muestre a otros una imagen política o electoral que esa persona no ha autorizado. Por ejemplo, a una persona podría no gustarle que se le muestre afín a las ideas de derecha o izquierda, al menos no sin su consentimiento.

En este sentido, las instituciones electorales, tanto administrativas como jurisdiccionales, cuentan con una competencia garante ante casos como estos. Es decir, si una persona acude a denunciar el uso no autorizado de su imagen para construir un promocional político-electoral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41, párrafo segundo, base III, apartados A y B, de la Constitución, 159 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electoral, en relación con lo dispuesto en el artículo 6 constitucional, 25, numeral 1, incisos a) y u), de la Ley General de Partidos Políticos, 87 de la Ley Federal de Derechos del Autor y 37 del Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral, corresponde a las autoridades electorales conocer el tema y tutelar los derechos atinentes.

SUP-REP-5/2019

Esto, de inicio, no excluye que no se pueda elevar, a la par, una disputa de carácter civil o patrimonial por ese uso indebido de la imagen propia.

Ahora bien, en cuanto al interés para denunciar la infracción en cuestión, resulta necesario destacar lo que esta Sala Superior ha sostenido al respecto.

El interés jurídico directo se surte cuando, en la demanda se aduce la infracción de algún derecho sustancial del actor y a la vez éste hace ver que la intervención del órgano jurisdiccional es necesaria y útil para lograr la reparación de esa conculcación, mediante la formulación de algún planteamiento tendente a obtener el dictado de una sentencia, que tenga el efecto de revocar o modificar el acto o la resolución reclamados, que producirá la consiguiente restitución al demandante en el goce del pretendido derecho político-electoral violado²⁹.

Es necesario diferenciar el interés jurídico directo y el difuso, puesto que éste último es el ejercido mediante acciones tuitivas con la finalidad de controvertir actos que puedan trasgredir intereses comunes de miembros de una comunidad amorfa, que carece de organización y/o representación común³⁰.

²⁹ Criterio contenido en la jurisprudencia 7/2002, de rubro: "*INTERÉS JURÍDICO DIRECTO PARA PROMOVER MEDIOS DE IMPUGNACIÓN. REQUISITOS PARA SU SURTIMIENTO*", consultable en: Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Año 2003, página 39.

³⁰ Véase la jurisprudencia 10/2005 de rubro: "*ACCIONES TUITIVAS DE INTERESES DIFUSOS. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE LOS PARTIDOS POLÍTICOS LAS PUEDAN DEDUCIR*". Consultable en: Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, páginas 6 a 8.

De tal forma que los ciudadanos cuentan con interés jurídico directo para combatir los actos concretos que les perjudiquen de manera frontal, real y efectiva en su esfera jurídica, no así los que afecten a una colectividad, puesto que ello únicamente lo pueden ejercer los partidos políticos mediante una acción tuitiva de interés difuso³¹.

A partir de lo expuesto, desde nuestra perspectiva, tratándose del uso indebido de la imagen en materia de propaganda de contenido político-electoral, los partidos políticos pueden deducir acciones en defensa del interés público, esto es, ejercer acciones tuitivas de intereses difusos, para impugnar actos que, por su naturaleza y consecuencias, pudieran afectar los principios rectores de la materia electoral, o que evidencia el incumplimiento de los partidos políticos y candidatos a sus obligaciones legales.

La determinación de que cualquier persona puede acudir a denunciar el uso indebido de la imagen atiende al carácter constitucional de la citada prohibición, pues el uso indebido de la imagen constituye una conducta que actualiza una violación directa a una prohibición prevista en la Constitución, y que de forma secundaria se prevé en la ley electoral.

VI. Conclusión

Como ha sido indicado, por regla general, siempre que se capte y difunda la imagen de una persona se requiere el consentimiento de esta o de quien ejerza su tutoría o patria potestad, para el caso de menores de edad.

³¹ Véase la jurisprudencia 15/2000 de rubro: "*PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES. PUEDEN DEDUCIR ACCIONES TUITIVAS DE INTERESES DIFUSOS CONTRA LOS ACTOS DE PREPARACIÓN DE LAS ELECCIONES.*"

SUP-REP-5/2019

Por lo que hace a la competencia de este órgano jurisdiccional, resulta relevante considerar que el hecho que una persona, con independencia de su edad, asista a un evento proselitista en principio no conlleva un consentimiento para que su imagen sea utilizada a efecto de elaborar y difundir contenidos político-electorales en medios de comunicación social.

Al respecto, si bien constituye un deber garantizar fuertemente el interés superior de la niñez en casos como el que nos ocupa, en nuestra opinión, la perspectiva de estudio debe ser distinta, más amplia, para proteger el referido derecho respecto de todas las personas.

Los derechos humanos otorgan acción para lograr que el Estado los respete, por considerarse esenciales e inherentes a las personas, razón por la cual, los atributos de la personalidad, como son los concernientes al honor, la intimidad y a la propia imagen, constituyen derechos subjetivos del ser humano, en tanto son inseparables de su titular, quien nace con ellos, y el Estado debe reconocerlos.

La participación individual o colectiva en la propaganda político-electoral supone una exposición que, en caso de ser inadecuada, puede vulnerar la vida y la integridad, sin que de suyo implique una situación de riesgo, pues el análisis debe ser “ulterior”.

A partir de lo expuesto, es claro que las autoridades electorales debemos garantizar el pleno respeto y protección de los derechos a la propia imagen, cuando, derivado de la

difusión de promocionales que inciden en el debate político o en procesos deliberativos de decisión política, se difunda la imagen de personas distintas a los precandidatos, candidatos o aspirantes.

Lo anterior porque, como ya se ha razonado en este voto, el derecho a la imagen tiene carácter de ser fundamental y es personalísimo, por lo que este órgano jurisdiccional debe promover, respetar y proteger ese derecho humano, en concordancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, realizando en todo momento interpretaciones normativas que garanticen la protección más amplia a las personas.

Los derechos humanos no sólo son oponibles a los poderes públicos, sino que también se pueden oponer a los particulares, en tanto constituyen un parámetro para el ejercicio de la autonomía individual, en los casos en que su goce pueda afectar otros derechos que deban ser tutelados por el Estado por mandato de la Constitución y otros instrumentos jurídicos internacionales.

Desde nuestro punto de vista es necesario que, en cada caso concreto, se analice el contenido de la información difundida y el tipo de sujetos involucrados, a efecto de determinar si, en el contexto de los acontecimientos, la información difundida es, o no, de interés público; si es eminentemente político y no involucra aspectos personales ni íntimos o si es de la vida privada y, a partir de ello, determinar el estándar para evaluar la licitud de lo difundido.

SUP-REP-5/2019

El ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores. Por ello, en cada caso en lo particular, este órgano jurisdiccional deberá determinar si la divulgación de los hechos o la publicación no autorizada de cierto tipo de fotografías o videos genera, o no, una afectación.

Reiteramos que el análisis debe ser particularizado pues, en principio, no existe un conflicto en abstracto entre los derechos a la libertad de expresión y aquellos de la personalidad, pero será en cada caso concreto, cuando este órgano jurisdiccional deberá emitir una determinación al respecto.

En consecuencia, si bien cuando las personas asisten a actos proselitistas resulta razonable que puedan prevenir la presencia de medios de comunicación o que el partido político captará imágenes de menores, ello no implica que, de suyo, manifiesten su voluntad de que su imagen sea usada y difundida en el futuro pues, como la SCJN lo ha señalado, el derecho a la propia imagen permite a su titular determinar cuál será la imagen con la cual se mostrará a la sociedad, así como el poder de decidir sobre las representaciones gráficas, los usos y las finalidades que les pretendan dar ésta.

Desde nuestra perspectiva, la circunstancia de ser mayor de edad y decidir de forma autónoma acudir a un evento político, no implica de suyo, autorizar el uso de la imagen que sea captada a través de medios de comunicación.

En ejercicio de la autonomía para la toma de sus decisiones, toda persona cuenta con el derecho de decidir si la imagen se difunde o no, lo cual implica tomar decisiones que pueden afectar la vida privada. Esto constituye una medida adecuada para su protección.

Una interpretación contraria, implicaría aceptar que terceros se inmiscuyeran indiscriminadamente en la vida privada de las personas, divulgando sus imágenes sin su aprobación.

Aunado a lo que ya he señalado, consideramos importante transitar hacia el análisis de las razones y, en su caso, determinar si es necesaria, o no, la difusión de la imagen de las personas que asisten a manifestar el apoyo en actos proselitistas, en la propaganda político-electoral.

En este sentido, en todo caso en el cual se publiquen o difundan imágenes de una persona, mediante su inclusión en promocionales político-electorales, a partir de su obtención en actos proselitistas, este órgano jurisdiccional debe ponderar la posible afectación al derecho a la propia imagen de todos los interesados.

En nuestra opinión, es necesario reflexionar respecto del uso que se da a la imagen de las personas cuando no se cuenta con su consentimiento, a efecto de evitar la utilización indiscriminada que se realice, *so pretexto* de difundir eventos propagandísticos de los actores políticos durante los procesos electorales.

La protección frente a la utilización no consentida de la propia imagen debe ser proporcional al tipo de difusión que se

SUP-REP-5/2019

realiza, pues consideramos que no tiene el mismo nivel de impacto una visión panorámica de un conjunto de personas, a la eventual intromisión que se genere derivado de mostrar en forma específica a una persona.

Lo anterior, desde nuestro punto de vista, no implica menoscabar la participación política de los militantes y simpatizantes para acudir a manifestar su apoyo en los eventos proselitistas y, mucho menos, un impedimento para que los partidos políticos puedan desarrollar sus actividades durante los procesos electorales, plenamente.

Es importante considerar el alcance del uso de la propia imagen. El uso indebido puede transformarse, por la participación inadecuada de las personas en spots político-electorales, en una condición de riesgo por el que se pueden fomentar estereotipos; inducir a la identificación de las personas con aspectos ideológicos o preferencias políticas que quizás no compartan en el futuro; producir escarnio social o consecuencias de identificación que incluso lleguen a la estigmatización de éstos, todo lo cual puede poner en riesgo su integridad física, psíquica y moral.

De ahí que, si bien, en el caso en concreto compartimos la determinación a la que arribó este órgano jurisdiccional, consideramos que la reflexión debe transitar hacia la protección de la imagen de las personas en lo general.

MAGISTRADA

MAGISTRADO

JANINE M. OTÁLORA MALASSIS

FELIPE DE LA MATA PIZAÑA

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, EN RELACIÓN CON EL RECURSO DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR SUP-REP-5/2019³²

Respetuosamente me aparto del sentido de la sentencia que ordena revocar la resolución de la Sala Especializada para que se vuelva a examinar y se reindividualice la sanción que se le impuso a MORENA por no haber difuminado el rostro de supuestas personas menores de edad que aparecen en el promocional.

Considero que la infracción es inexistente debido a que la obligación de difuminar el rostro de los menores de edad en un promocional **sólo debe cumplirse cuando los niños o niñas sean identificables.**

En el caso concreto, dada la lejanía de las tomas, la falta de claridad de las imágenes y la velocidad del promocional, no es posible identificar a las personas que podrían ser menores de dieciocho años.

Por lo tanto, en los casos en los que las personas no sean identificables, no es requisito cumplir con la obligación de difuminar las imágenes o rostros de aquéllas que podrían ser menores de edad y, mucho menos, sancionar a los partidos políticos por no difuminar estas imágenes.

1. Planteamiento del problema

El veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, el Partido Acción Nacional (PAN) presentó una queja ante el Instituto Nacional Electoral (INE) en contra de MORENA, con motivo de la difusión del promocional denominado “**MORENA CRECE 2**”, en su versión para televisión, identificado con el folio RV0334-18.

³² Colaboraron en su elaboración Santiago J. Vázquez Camacho, Claudia Elvira López Ramos, Christopher Augusto Marroquín Mitre y Lizzeth Choreño Rodríguez.

Al resolver el procedimiento sancionador electoral SRE-PSC-4/2019, la Sala Especializada, determinó que, en cuanto a una de las imágenes³³, se actualiza la figura jurídica de la eficacia refleja de la cosa juzgada, porque la toma en la que aparecen dos menores de edad, también la utilizó MORENA en el promocional denominado “**GRACIAS**” en su versión para televisión, el cual **fue objeto de análisis** por parte de la propia Sala al resolver el procedimiento especial sancionador **SRE-PSC-276/2018**, de veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho. En ese procedimiento se determinó la existencia de la infracción consistente en la vulneración al interés superior de la niñez, atribuida al instituto político referido, ya que no acreditó que contaba con los permisos correspondientes, tal y como caso ocurre en este.

Como resultado de lo anterior, la Sala Especializada le impuso a MORENA una multa de **1,500 (mil quinientas) UMAS** equivalentes a la cantidad de **\$120,900.00 (ciento veinte mil novecientos pesos 00/100 m.n.)**.

MORENA argumenta en esta instancia, entre otras cuestiones, que la Sala responsable omitió valorar que la exposición de los menores fue por un tiempo mínimo, y que no eran identificables.

2. Postura mayoritaria

Conforme a la sentencia, la mayoría concluyó que la no difuminación de la imagen de las personas menores de edad que aparecen en el transgrede la normativa electoral, ya que existe un deber reforzado de garantizar la protección al interés superior de la niñez, independientemente de que se trate de tomas de eventos masivos.

La mayoría sostuvo que, para efectos de tener por configurada la infracción, no es necesario que se exponga a niños, niñas y adolescentes a un evidente riesgo en su integridad física o emocional,

³³ En el promocional denunciado se incluyó una imagen que previamente fue utilizada por MORENA en el promocional denominado “**GRACIAS**” en su versión para televisión.

SUP-REP-5/2019

ya que basta que se ponga en peligro la afectación de sus derechos. De ahí que, si MORENA faltó a ese deber porque no difuminó la totalidad de los rostros de los menores de edad que aparecen en ese promocional, aun cuando deriven de un evento masivo, se acredite la infracción.

Sin embargo, la mayoría estimó que, para la imposición de la sanción, es insuficiente tener por acreditada la falta y señalar el bien jurídico tutelado, ya que para establecer la gravedad de la infracción y el monto de la pena que corresponde aplicar, es necesario considerar el grado de afectación del bien jurídico que se trastocó, así como las particularidades que rodearon los hechos en los que se cometió la infracción.

Para la mayoría, la calificación e individualización de la sanción carecen de la debida motivación, pues la responsable debió considerar, entre otras circunstancias, que el promocional denunciado tiene una duración de treinta segundos y que contiene aproximadamente diez tomas panorámicas, las cuales se visualizan entre el segundo dos y el veinticinco, y que *“en una de ellas, **que tiene una duración menor al segundo**, aparecen los menores cuyas imágenes no se difuminaron, ocultaron o hicieron irreconocibles.”* (Énfasis añadido).

En este sentido, en la sentencia se le ordena a la Sala Regional Especializada que emita un nuevo fallo en el que, de forma fundada y motivada, califique la infracción e imponga la sanción que estime procedente conforme a Derecho.

3. Razones que sustentan mi disenso

Disiento de la postura mayoritaria porque, en mi concepto, los menores que presuntamente aparecen en el promocional no son identificables y, por lo tanto, no se actualiza la infracción.

En efecto, la obligación concreta de “difuminar” el rostro o imagen de una persona menor de edad se establece en el numeral 14 de los Lineamientos del INE, los cuales establecen lo siguiente:

Exhibición incidental sin consentimiento y opinión

14. En el supuesto de exhibición incidental de la niña, del niño o de la o del adolescente en la propaganda político-electoral y mensajes de las autoridades electorales y ante la falta del consentimiento de la madre y/o del padre, de quien ejerce la patria potestad, del tutor o, en su caso, de la autoridad que los supla, se deberá difuminar, ocultar o hacer irreconocible la imagen, la voz o cualquier otro dato que haga identificable al menor de edad, garantizando la máxima protección de su dignidad y derechos. (Énfasis añadido).

Como se observa, cuando se exhiba incidentalmente a una niña, niño o adolescente en la propaganda político-electoral, la obligación de difuminar su imagen o rostro está condicionada a que: **a)** no se tenga el consentimiento de las personas que ejerzan la patria potestad ni la opinión informada del niño, niña o adolescente, y **b)** la persona menor de edad sea identificable.

Si no se cumple con estas condiciones, los partidos políticos no tienen la obligación de difuminar dato o característica alguna relativa a esa persona.

No sería razonable obligar a los partidos políticos a difuminar los rostros de las personas que no son identificables (por ejemplo, al estar de espaldas o al ser videograbados desde arriba) en tomas incidentales, cuando es evidente que no pueden ser reconocidos o identificables por ningún tercero que vea el promocional.

En el caso concreto, la única imagen en la que se sustenta la presunta infracción cometida por MORENA es la siguiente:



Como se reconoce en la sentencia aprobada por la mayoría, el promocional denunciado tiene una duración de treinta segundos y contiene aproximadamente diez tomas panorámicas y, en una de ellas, **que tiene una duración menor al segundo**, aparecen dos personas que aparentemente son menores de edad.

En ese sentido, contrario a lo estimado por la mayoría de quienes integran esta Sala Superior, considero que las características de la imagen analizada (duración menor a un segundo, la lejanía y la falta de claridad de las tomas) provocan que los presuntos menores no sean identificables y, por lo tanto, esos elementos no inciden en la individualización de la sanción, sino que implican que la infracción no se actualice.

La garantía de la máxima protección de la privacidad, la identidad o la propia imagen de los niños, las niñas y los adolescentes no debe llegar al extremo de obligar a los partidos políticos a difuminar el rostro de cada una de las personas que se suponga son menores de edad en tomas incidentales de eventos masivos en su propaganda electoral. Dicha obligación debe cumplirse cuando estén o puedan estar en riesgo sus derechos.

La Sala Superior ha conocido y resuelto casos similares donde confirmó la sanción impuesta por la Sala Especializada a los partidos políticos o candidatos por no difuminar rostros de personas que son menores de edad en su propaganda electoral. Sin embargo, en esos casos, por lo

menos había una persona menor de edad claramente identificable como tal y cuyo rostro no fue difuminado, incumpléndose lo ordenado por los Lineamientos del INE³⁴.

La finalidad de difuminar un rostro es evitar la identificación de la persona, por lo tanto, si las personas no son identificables no habría obligación alguna que cumplir y, por lo tanto, la infracción sería inexistente, pues no se afecta el bien jurídicamente tutelado, que es la integridad o derechos de las niñas, los niños y los adolescentes; personas que están especialmente tuteladas por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, estimamos que deben quedar claros los alcances de las obligaciones que se imponen en materia de propaganda electoral, de forma que, siempre que **no** sean identificables los menores que aparezcan de forma incidental en un evento masivo, **no** existe la obligación de difuminar sus rostros. Lo relevante no es que las tomas sean incidentales o que el evento haya sido masivo, sino que las personas sean identificables, lo cual no sucede en este caso.

4. Conclusión

Por las razones expuestas, dado que los presuntos menores no son identificables en el promocional denunciado, considero que no se actualiza la infracción, por lo que esta Sala Superior debió revocar lisa y llanamente la sentencia de la Sala Especializada.

Por lo expuesto hasta aquí, formulo el presente voto particular.

MAGISTRADO

**REYES RODRÍGUEZ
MONDRAGÓN**

³⁴ Véanse expedientes **SUP-REP-716/2018** y **SUP-REP-170/2018**.