

**VOTO RAZONADO DE LA CONSEJERA ELECTORAL MA. MACARITA ELIZONDO GASPERÍN RESPECTO DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL, EN EL EXPEDIENTE SCG/ PE/CG/308/2009.**

Como en casos anteriores derivados de las reformas constitucionales y legales respecto de la administración de los tiempos del Estado en radio y televisión, este asunto reviste una situación compleja que obliga a una lectura integral de la normatividad para su aplicación al caso concreto.

Cada asunto, por su propia naturaleza tiene características que lo diferencian marcadamente de otros aparentemente iguales, pero que arrostran estadios específicos de lectura e interpretación.

Dicha lectura obliga a hacer un deslinde de situaciones jurídicas que convergen en un fenómeno específico; sin embargo, la perspectiva desde donde se aborda es necesariamente diferente.

Este es un caso paradigmático que requiere una lectura sistemática y funcional de la ley suprema para entender cuál es el contenido de esta institución electoral llamada tiempos del Estado en materia electoral.

Mediante la interpretación sistemática y funcional del artículo 41, fracción III, apartado B de la Constitución, se construye la ingeniería de la administración de los tiempos del Estado en materia electoral de la siguiente manera:

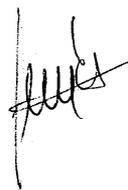
**I. Individualización**

a) En primer término, comparto el sentido del proyecto por cuanto hace a que la infracción atribuida a la persona moral denunciada se encuentra plenamente acreditada, así como a su calificación como de gravedad especial y a que debe imponerse la sanción de multa prevista en la fracción II del inciso f) del párrafo 1 del artículo 354 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales

b) Sin embargo, no comparto el proyecto por cuanto hace al monto de la sanción impuesta, ni la argumentación correspondiente a la forma y términos en que la concesionaria de televisión debe subsanar los promocionales omitidos.

En lo relativo al monto de la sanción, es evidente que el monto que se propone en el proyecto rebasa ostensiblemente el máximo de la sanción prevista en la fracción invocada que es de 100,000 días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal o, en caso, de reincidencia acreditada, hasta del doble de esa cantidad, constituyendo por lo tanto una sanción excesiva, que incumple con el principio de legalidad en la materia.

No es óbice a lo anterior el antecedente que se invoca correspondiente a la resolución del Consejo General CG98/2009, en virtud de si bien en aquella se impuso una sanción de



\$2,000,000 (dos millones de pesos 00/100 Moneda Nacional) por hechos similares a los que ahora se juzgan, en ningún momento se hizo expreso un criterio cuantitativo relativo al número de promocionales omitidos que sirviera como base para cuantificar el monto de la sanción; por tanto, no es admisible extrapolar el número de promocionales omitidos en aquella ocasión y mediante un simple ejercicio de comparación proporcional extraer la sanción a imponer en el caso que nos ocupa.

Al respecto, es importante puntualizar que en ninguna parte de la resolución CG98/2009 se hace mención de que la omisión de cada promocional implique una multa equivalente a 95 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal y que dicha cantidad multiplicada por el número de promocionales omitidos hubiera dado como resultado la multa impuesta. Por lo contrario, la multa fue el resultado de la valoración de diversas circunstancias, sin que entre ellas se destaque particularmente el número de promocionales no transmitidos.

Por tanto, no existe razón alguna para adoptar un criterio cuantitativo basado estrictamente en el número de promocionales omitidos y menos aún si ello nos lleva a concluir una sanción que rebasa ostensiblemente el máximo permitido por la norma.

A mayor abundamiento, es importante señalar que el criterio sostenido por esta autoridad para sancionar este tipo de infracciones, considerando a la pluralidad en la omisión de los promocionales, como una sola conducta continuada, en la que se evidencia una unidad de propósito. En consecuencia, siguiendo el mismo criterio, la infracción que ahora nos ocupa debe juzgarse como una sola conducta que se manifestó en forma sistemática durante los periodos señalados e imponerse, en todo caso, la sanción máxima de 200,000 días de salario mínimo general vigente, tomando en consideración que en este caso se acredita la reincidencia del infractor.

## **II. Medidas para subsanar la omisión**

Esta autoridad estima que la omisión de Televisión Azteca, S.A. de C.V., XHDF-TV, canal 13 y XHIMT-TV, canal 7, causó un perjuicio a los objetivos buscados por el Constituyente Permanente, pues durante el periodo comprendido del seis de mayo al cinco de julio de dos mil nueve, no incluyó en las señales de Sky y Cablevisión un total de **5,734** (cinco mil setecientos treinta y cuatro) promocionales, correspondientes a los pautados que le fueron oportunamente notificados, incumpliendo con los fines constitucionales y legales que le fueron encomendados al Instituto Federal Electoral de administrar los tiempos de de radio y televisión que le corresponden al Estado.

La anterior consideración es acorde con el derecho que tienen los partidos políticos de usar de manera permanente los medios de comunicación social,

mediante el tiempo que les corresponde en la transmisión de promocionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 41, fracción III, apartado B, inciso b) de la Constitución Federal.

En consecuencia, como es evidente en el expediente en que se actúa Televisión Azteca, S.A. de C.V., causó un daño a los objetivos buscados por el legislador, por lo siguiente:

La referida concesionaria conocía su obligación de incluir en la retransmisión de su señal en las redes públicas de telecomunicaciones (televisión restringida) concesionadas a las empresas Corporación Novavisión, S. de R.L. de C.V. (SKY) y a Cablevisión, S.A. de C.V. (Cablevisión) los promocionales de la autoridad electoral y de los partidos políticos, no obstante ello, omitió hacerlo, en violación a lo previsto en el artículo 75, párrafo 1 del COFIPE, en relación con el artículo 350, párrafo 1, inciso c) del mismo ordenamiento.

En ese sentido, dicho comportamiento debe entenderse como una violación al derecho de difusión de los programas que tienen las autoridades electorales y los partidos políticos, en términos de lo expresado por la Constitución y el Código de la materia.

Con relación a lo anterior, resulta imprescindible señalar que dado que las campañas electorales han concluido se puede afirmar que se violaron los principios constitucionales que protegen a todos los partidos políticos y a las autoridades electorales.

En este contexto, se debe señalar que por lo que respecta a los partidos políticos la violación a su derecho de transmitir sus promocionales es de irreparable solución, ya que como se expondrá más adelante, el daño está hecho, toda vez que las campañas para la obtención del voto de los ciudadanos ha terminado.

No obstante lo anteriormente señalado, el tiempo del Estado, sigue sin ser consumido y utilizado dentro de los fines para los que fue constitucionalmente concebido.

Por lo tanto debe ser restituido al Estado, vía el Instituto Federal Electoral; quien está constitucionalmente autorizado para administrarlo, en los términos siguientes:

- a) El tiempo del Estado en radio y televisión es un bien público que no caduca a favor de los concesionario y permisionario por el simple transcurso del tiempo.
- b) El tiempo del Estado es fungible, esto es, que en la medida de que se use el mismo se consume, por lo que es pertinente que el Instituto Federal Electoral haga uso de esos tiempos en Televisión Azteca, S.A. de C.V.,

XHDF-TV, canal 13 y XHIMT-TV, canal 7 quien dejó de transmitir en los términos que le fue ordenado,

- c) La televisora está obligada a restituir el tiempo al Estado para que el Instituto lo administre para los fines que expresamente le ordena la Constitución.
- d) El Instituto es el único responsable de la adecuada y completa utilización de los tiempos correspondientes al Estado en televisión, por lo que debe dar puntual cuenta del uso que le dé a dichos tiempos de acuerdo con los fines señalados en la Constitución.

Por consecuencia, aparte de la sanción por la infracción cometida por la televisora, debe subsanarse la falta mediante la restitución del tiempo del Estado no utilizado, toda vez que:

1. El tiempo en radio y televisión propiedad del Estado es un bien público y por lo tanto imprescriptible;
2. El tiempo en radio y televisión propiedad del Estado es un bien público a disposición del mismo, y
3. En los términos del artículo 41, fracción III, apartado A. es ilegal que la concesionaria usufructúe un bien, que en el caso consiste en tiempo de transmisión del que no es el propietario, toda vez que es tiempo propiedad del Estado, administrado por el Instituto Federal Electoral.

### **III. De la propiedad del tiempo del Estado**

#### **3.1 De las modalidades del tiempo del Estado.**

El tiempo del estado es uno y único para los efectos en materia electoral. El tiempo del Estado es una unidad de acción administrada por el Instituto, que contiene diversas modalidades y estadios:

a) Las modalidades refieren a las señaladas en el inciso a) del apartado B. de la fracción III, del artículo 41 constitucional. Los cuales refieren al uso de los tiempos de radio y televisión en elecciones federales y locales.

a)1. Dentro de las modalidades se inscriben las campañas federales llamadas intermedias (diputados) y las campañas sexenales (Presidente, diputados y senadores);

b) Los estadios son los tiempos de campaña, que se inscriben en tiempos de procesos electorales federales: precampañas y campañas. Dentro de esos estadios se comprende a los tiempos de los procesos electorales para las entidades federativas;

b.1. Dentro de esos estadios se inscriben los tiempos a las autoridades electorales, tanto federales como de las entidades federativas,

b.2 En esos mismos estadios se ubica el tiempo fuera de los periodos de precampaña y campaña electorales federales en el que al Instituto la Constitución le otorga el 12 % del tiempo total de que el estado disponga en radio y televisión, conforme a la ley y bajo cualquier modalidad.

De lo anterior es posible colegir que es el Instituto Federal Electoral quien tiene a cargo la administración del tiempo del estado en materia electoral y en cualquiera de sus modalidades y por consiguiente la legal aplicación y uso que se dé a los mismos.

#### **IV. De la restitución de los tiempos de radio y televisión al Estado**

Esta es una situación inédita en el ámbito de la administración de los tiempos de radio y televisión que tiene a su cargo el Instituto Federal Electoral, pues el incumplimiento, en este caso, por parte de los concesionarios se da dentro de la etapa de campañas electorales. Por lo que la aplicación de sanciones y el trato que debe darse al uso del tiempo difiere sustancialmente de la etapa de precampaña.

En efecto, en la precampaña, si las condiciones de tiempo eran propicias, es decir si aun se estaba dentro del tiempo de precampaña para que se repusieran las pautas, éstas debían reponerse y en consecuencia hacer uso del tiempo asignado para tal efecto, de tal manera que en el cumplimiento de las primeras se agotaban las segundas. Pues el requisito *sine qua non* era el que los promocionales de los partidos debía pasar al aire dentro del tiempo de precampaña y de ninguna manera fuera de éste. Toda vez que, como todas las etapas del proceso electoral la precampaña tenía una fecha legal para su preclusión.

Ello debía ser de esa manera pues si se reponían los promocionales de los partidos en la etapa siguiente se incurría en inequidad entre los partidos, pues, al partido a quien se le repusieran dentro de la siguiente etapa, esto es, la etapa de campaña, estaría en ventaja frente a los otros partidos, pues quedarían con una menor presencia en la etapa de campaña. Y el partido a quien se le repusieran fuera del tiempo de precampaña, se beneficiaría al tener más promocionales y con ello obtendría una ventaja injustificable, al aparecer más veces al aire que los demás partidos políticos o coaliciones.

Además, ello daría lugar a prácticas sesgadas pues se podría buscar, mediante argucias técnicas, que algún partido intentara tener menos promocionales al aire en la precampaña; ya que, después de todo, son meras campañas de aspirantes,

no así las campañas por el voto de los ciudadanos. Y en esa etapa el o los partidos preferirían que se sumaran a la campaña esos promocionales que no les habían sido transmitidos. Todo ello vendría en demérito del proceso electoral, y rompería con el principio de preclusión que rige para todos los actos debidamente realizados en la jornada electoral.

En este caso, en el que no se transmitieron todos y cada uno de los promocionales de los partidos políticos, se está en una situación inusitada por lo novedoso que resulta en el régimen de regulación del tiempo en radio y televisión.

Es menester reiterar que, esta situación es diversa a la de reposición de los tiempos y de las pautas que se llevaron a cabo dentro de la precampaña y de la propia campaña, una y otra por ministerio de ley han precluido; la primera con el inicio de la campaña, la segunda con la jornada electoral. De ahí que la situación tenga una regulación diversa a la contemplada en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, para la reposición del tiempo y con ello del pautado y, con ello, de la utilización del tiempo adjudicado a los partidos políticos en uso de las prerrogativas constitucionales en tiempo de elecciones.

Este diverso régimen de regulación de los tiempos de radio y televisión tiene como base el artículo 41, fracción III, apartado A de la Constitución General de la república, que refiere a lo mandatado de que es al Instituto Federal Electoral a quien le corresponde como autoridad única la administración del tiempo propiedad del Estado en radio y televisión, destinado a sus propios fines y al ejercicio de los derechos de los partidos políticos en relación con el inciso g) de ese mismo apartado A; el cual preceptúa que fuera de los periodos de precampañas y campañas electorales federales al Instituto Federal Electoral le serán asignados hasta el doce por ciento del tiempo total de que el Estado disponga en radio y televisión. Tiempo que entre otras actividades podrá disponerlo para sus propios fines o de otras autoridades electorales, así como para la difusión de partidos políticos. En esa virtud el Instituto al recobrar el tiempo propiedad del Estado le deberá sumar al tiempo de 12% que por mandato constitucional le toca administrar.

En esa virtud, los tiempos que no fueron usados y por lo tanto consumidos deben ser restituidos al Estado a través del Instituto, pues, como ya quedó demostrado, siendo éste el encargado del correcto y completo uso del tiempo destinado al Estado, debe velar y vigilar que dicho tiempo haya tenido el correcto uso para el que fue destinado y, en el caso de que dichos tiempos no fueren usados y, por ende consumidos en contravención al marco normativo vigente, ordenar su restitución al Estado, como dueño originario de los mismos.

Esto es así pues el régimen que regula el tiempo para fines electorales del Estado es de utilidad pública, es decir, el tiempo del Estado es un elemento que satisface una necesidad pública, la cual redundará en beneficio de la colectividad, cuyo ejercicio, en este caso, se hace a través de las acciones propias del Instituto como organismo público autónomo que lleva a cabo la función del Estado de organizar las elecciones federales.

Es de resaltar que sería contrario a derecho que el infractor pudiera gozar en su beneficio de los tiempos que el Estado no utilizó como consecuencia de la transgresión de la norma por Televisión Azteca, S.A. de C.V.,XHDF-TV, canal 13 y XHIMT-TV, canal 7; ello equivaldría a admitir el hecho de que alguien pudiese beneficiarse de su propia conducta dolosa. Atendiendo al principio general de derecho que señala que "nadie puede beneficiarse de su propio dolo".

Por consiguiente, corresponde al Instituto Federal Electoral la acción de *beneficium restitutio*; esto es, la acción y efecto de devolver una cosa a quien antes la tenía o bien restablecer algo a su anterior estado, como es el caso del tiempo propiedad del Estado. Entendiendo como restitución:

#### **Restitución del Tiempo de radio y televisión en materia electoral**

Desde una interpretación sistemática y funcional del artículo 41, fracción III, apartado A. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la restitución del tiempo de radio y televisión en materia electoral, es aquella que se da como consecuencia de no haber sido utilizado el tiempo del Estado de la manera, términos y condiciones en que la autoridad electoral en ejercicio de sus atribuciones la ordena a todos o bien a cada uno de los concesionarios y/o permisionarios, sujetos al régimen constitucional electoral. La restitución de este bien público por su propia naturaleza de *res pública*, es in-enajenable, insustituible, in-caducable e in-intercambiable, además, es intransmisible por cualquier otro medio diverso a los señalados por la ley. El ejercicio restitutorio -*beneficium restitutio*- es de carácter obligatorio tanto para la autoridad electoral como para los concesionario y permisionarios.

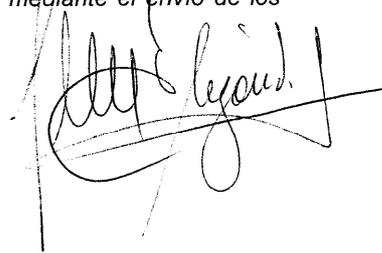
Atento a lo expuesto, se considera que los puntos resolutive segundo, quinto y sexto deben quedar en los términos siguientes:

**SEGUNDO.** *Se impone a la persona moral denominada Televisión Azteca, S.A. de C.V., concesionaria de XHDF-TV, canal 13 y XHIMT-TV, canal 7, en el Distrito Federal, una sanción consistente en una multa de doscientos mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, equivalentes a la cantidad de \$10,960,000.00*

**(diez millones novecientos sesenta mil pesos 00/100), en términos de lo establecido en el considerando SEXTO de este fallo.**

**QUINTO.-** Se ordena a la persona moral Televisión Azteca, S.A. de C.V. restituir al Estado, a través de este Instituto Federal Electoral, los 2,867 minutos que corresponden a los 5,734 promocionales omitidos, utilizando para tal efecto el tiempo que para fines propios tenga a su disposición en la transmisión de la señal de los canales de televisión abiertaXHDF-TV, canal 13 yXHIMT-TV, canal 7, que envíe a los sistemas de televisión restringida Corporación Novavisión, S. de R. L. de C. V., (SKY) y a Cablevisión, S. A. de C. V. (Cablevisión).

**SEXTO.-** El tiempo de transmisión por un total de 2,867 minutos, quedará a disposición de este Instituto, a efecto de que por conducto del Comité de Radio y Televisión o, en su caso, por la Junta General Ejecutiva, se determinen las modalidades para su utilización conforme a las disposiciones constitucionales y legales correspondientes y, en su oportunidad, se le notifique al concesionario mediante el envío de los pautados respectivos.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Alfonso Legorreta', written over a faint circular stamp or watermark.