

CONTRATACIÓN Y ADQUISICIÓN DE TIEMPOS EN RADIO Y TELEVISIÓN. ANÁLISIS DE CRITERIOS RELEVANTES EN MATERIA DE SIMULACIÓN, ADQUISICIÓN Y CULPA *IN VIGILANDO*

Iván GÓMEZ GARCÍA¹

Sumario:

- I. Introducción
- II. Contratación y adquisición
- III. La simulación
- IV. El estándar probatorio en la adquisición
- V. Culpa in vigilando y deslinde del partido
- VI. Constitucionalización de la prohibición de la propaganda encubierta
- VII. Conclusiones
- VIII. Fuentes de consulta

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de comunicación política que rige en la actualidad, se deriva de preocupaciones que desde 1994 formaron parte de la agenda para la reforma electoral, las cuales se incardinaban en el tema del acceso a los medios de comunicación, tales como los criterios y reglas de equidad, y libertades políticas de informadores y propietarios, relación entre tiempos oficiales y tiempos contratados y gastos partidistas en los medios impresos y electrónicos.²

¹ Abogado instructor de procedimientos administrativos sancionadores adscrito a la Dirección Jurídica del Instituto Federal Electoral.

² Becerra, Ricardo *et al.*, *La mecánica del cambio político en México, elecciones, partidos y reformas*, México,

La reforma electoral de 1996 recogía las preocupaciones anteriores, como uno de los dos polos (el otro lo constituía el financiamiento de los partidos políticos), que apuntalaban la equidad y competitividad en el contexto de las elecciones de 1997. En este sentido, la campaña electoral de ese año se “instaló —en gran medida— en los medios”, y los espacios televisivos y radiofónicos se incrementaron a favor de los partidos contendientes, incluyendo aquellos adquiridos con sus propios medios.³

La posibilidad de contratar espacios en radio y televisión consintió a los medios establecer las reglas del juego comercial en la comunicación política, adquiriendo con ello, una suerte de empueramiento; ya que la competencia política y electoral se desplazó hacia los espacios de radio y televisión, lo que permitió a los medios de comunicación social obtener una creciente influencia, puesto que se propició la adopción de patrones de propaganda política y electoral que imitan o reproducen los utilizados para la promoción de mercancías y servicios dirigida a los consumidores, con lo cual, el poder económico (y de monopolio mediático de las empresas comerciales que daban acceso a los tiempos en radio y televisión), se convirtió en factor determinante de las preferencias electorales de los ciudadanos.⁴

Así, nació la reforma electoral de 2007-2008, para algunos con un “...carácter reivindicatorio del Estado,”⁵ en donde la Constitución y la ley erigieron al Instituto Federal Electoral como la única autoridad para la administración del tiempo relativo a la propaganda política y electoral que como prerrogativa tienen los partidos políticos, y lo facultan para imponer las sanciones a los sujetos que vulneren la prohibición de contratar, adquirir y difundir tiempos en radio y televisión, diversos a los ordenados por él.

Cal y Arena, 2007, pp. 381-383.

³ *Ibidem*, pp. 459 y ss., en donde se señala que dichos espacios estuvieron constituidos por programas especiales, permanentes y tiempos complementarios adicionales a esos programas y spots promocionales.

⁴ Al respecto, para un análisis más detallado de las razones de la reforma electoral (2007-2008) en México, véase, Córdova Vianello, Lorenzo, “El modelo de comunicación político-electoral mexicano”, *Revista Derecho Electoral*, núm. 16, julio-diciembre de 2013, p. 269, http://www.tse.go.cr/revista/art/16/cordova_vianello.pdf. También resulta ilustrativo consultar el considerando sexto de la sentencia en la acción de inconstitucionalidad 56/2008, emitida el 4 de marzo de 2008 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para conocer las motivaciones que dieron lugar al nuevo modelo de comunicación social.

⁵ *Ibidem*, p. 270.

Dicho lo anterior, la presente reflexión pretende mostrar los criterios que han venido emitiendo recientemente tanto el Instituto Federal Electoral como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en asuntos relacionados con el modelo de comunicación político-electoral, particularmente como se ha venido delineando una doctrina tanto sustantiva como procesal, específicamente en los temas de simulación, adquisición y culpa *in vigilando*, de tal suerte que lejos de agotar exhaustivamente dichos temas, se busca contribuir con una aproximación general a la problemática que suscitan los mismos.

II. CONTRATACIÓN Y ADQUISICIÓN

Las prohibiciones constitucionales introducidas mediante la reforma electoral de 2007-2008, giran en torno a lo siguiente. Se estableció la limitación de la compra de espacios de publicidad en radio y televisión por parte de los partidos y candidatos. Pero, además, se estableció la figura de la adquisición, que en principio, resultaría ser una forma de contratación, como lo señala Miguel Carbonell:

La distinción que hace el texto constitucional entre “contratar” y “adquirir” es interesante más por el mensaje que envía que por su pulcritud jurídica (puesto que toda adquisición supone finalmente una forma de contratación); creo que es interesante porque nos permite advertir sin género alguno de duda que la prohibición abarca no solamente las formas de contratación que implican un gasto (la compraventa, por ejemplo), sino cualquier otra; es decir, ni siquiera si el medio de comunicación decide “donar” su espacio a un partido este podría tomarlo (en rigor, también la donación es una forma convencional o contractual de creación de derechos y obligaciones).⁶

Por otra parte, también se estableció la prohibición de la contratación por parte de personas físicas o morales, por sí o por cuenta de terceros, de propaganda política-electoral en radio y televisión.

Finalmente, y para cerrar el círculo, también se estableció la prohibición para los concesionarios de radio y televisión, de la venta de tiempo de transmisión a partidos y candidatos, y la difusión de propaganda política o electoral (pagada o gratuita) no ordenada por el Instituto Federal Electoral.

III. LA SIMULACIÓN

⁶ Carbonell, Miguel, “La libertad de expresión en materia electoral”, *Temas Selectos de Derecho Electoral*, México, núm. 3, 2008, p. 48.

1. *Preámbulo*

El nuevo modelo de comunicación político-electoral ha orillado a los medios y actores políticos, a buscar el acceso a los espacios de radio y televisión, a través de mecanismos “alternativos” a los legalmente previstos.

Si bien es cierto, se ha hecho notar que el formato casi único a través de spots que prevalece redujo el abanico de posibilidades en la presentación de la comunicación política, en detrimento de mayores canales de valor “informativo” para el electorado, no debe confundirse el asunto de la posible introducción de esquemas de flexibilización sin perder el blindaje constitucional que hoy caracteriza el modelo,⁷ con aquellos esquemas que no buscan una mayor fluidez y pluralidad en la comunicación política sino vulnerar las prohibiciones constitucionales y legales a través de “aparentes” ejercicios informativos.

Develar y sancionar los actos en los que de manera subrepticia se difunde propaganda política o electoral ha sido una actividad que la autoridad electoral federal ha tenido que enfrentar, a través de la reglamentación de lo lícito e ilícito, en el terreno de la comunicación que se presenta en los medios de radio y televisión.

Principalmente, mediante la difusión de ejercicios periodísticos o de publicidad comercial, se han presentado casos en los que se pretende encubrir posicionamientos políticos o electorales, arropados bajo un aparente ejercicio legítimo de libertad de expresión o derecho a la información, lo que exige de las autoridades electorales ciertos estándares particulares de análisis.

2. *Análisis del material*

Determinar las fronteras entre los ejercicios de libertad de expresión y de ejercicio

⁷ César Astudillo ha estudiado el problema de la falta de flexibilización del modelo de comunicación política, como parte de las “deficiencias institucionales que no favorecen la fluidez de la libertad de expresión en su manifestación político-electoral”, entre las cuales adicionalmente señala la rigidez de la regulación, la unidireccionalidad del modelo (en el que sólo se tiene al ciudadano como sujeto pasivo del proceso comunicativo, señala), la omisión de otros sujetos que deberían tener voz en el proceso y la discriminación en los criterios de distribución de los tiempos. Al respecto *Cfr.* Astudillo, César, “La libertad de expresión en el contexto del modelo de comunicación político-electoral”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, México, núm. 3, enero-junio de 2013, pp. 23 y ss.,

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoElectoral/3/ard/ard1.pdf>.

informativo legítimo y los actos de simulación, es una tarea que se ha vuelto cada vez más recurrente, lo que exige un análisis muy particular y complejo que debe desarrollar la autoridad electoral.

En la actualidad se suele denunciar todo tipo de ejercicio informativo, lo que conlleva en no pocas ocasiones a realizar un análisis no sólo del contenido denunciado sino de otros factores que rodean la conducta, a pesar de que el quejoso se haya abstenido de expresar puntualmente qué expresiones o alusiones le causan perjuicio.

Fundamentalmente, se resalta el hecho de que se ha considerado que cualquier manifestación puede llegar al escrutinio de la autoridad electoral cuando contenga elementos que tiendan a posicionar a algún actor político en particular.

La determinación de qué elementos tienden a generar ese posicionamiento ha sido un ejercicio que el órgano administrativo y el Tribunal Electoral han realizado caso por caso.

Al respecto, cabe señalar algunos elementos imprescindibles que se han venido exigiendo para configurar una adquisición —a través de un acto simulado—, a raíz de casos recientes:⁸ contenido,⁹ tiempo y sistematicidad,¹⁰ proporción,¹¹ calidad del sujeto y

⁸ Los casos que han originado esta serie de elementos, como parte del análisis que la autoridad electoral (administrativa y jurisdiccional) ha desarrollado, de manera contextual e integral, de las conductas denunciadas, pueden encontrarse en las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, relativas a los recursos de apelación SUP-RAP-548/2011, SUP-RAP-419/2012, SUP-RAP-452/2012, SUP-RAP-77/2013 y SUP-RAP-78/2013 acumulados, así como en las resoluciones del Consejo General del Instituto Federal Electoral CG72/2012 y CG154/2013.

⁹ Consiste en analizar el contenido básico de las expresiones denunciadas, para poder inferir o no la naturaleza política o electoral de las mismas. Esto supone un ejercicio de hacer patentes las características de cada elemento que integra individualmente el mensaje, señalar la forma en que se emite, calificar el material como propagandístico o no, explicitando las razones, indicar las propiedades que comparte con los demás mensajes, etcétera.

¹⁰ Se refiere a la temporalidad de los hechos, particularmente consiste en resaltar la etapa del proceso electoral en la que acontecieron.

La sistematicidad tiene que ver con el número de ocasiones en que se verificó la transmisión y el tiempo total de la misma.

¹¹ Tiene que ver con la cobertura noticiosa o informativa que se realiza respecto a determinado actor político, en comparación con la que se hace a actores de diversas fuerzas políticas.

vínculo,¹² y contexto.¹³

Lo anterior sirve para evidenciar un posible desequilibrio entre los espacios, tiempos y contenidos otorgados a los sujetos denunciados, en comparación con los diversos actores políticos contendientes.

¹² A) Candidato-empresario-directivo-socio

Se ha considerado que la sola relación o vínculo societario, directivo o empresarial de un ciudadano (precandidato o candidato) con una concesionaria, no le impide a ésta realizar entrevistas o cubrir los eventos en los que participa aquél.

Por lo cual, la relación apuntada, por sí misma, no es razón suficiente para tener por demostrada la adquisición o compra de tiempo.

No obstante, cuando se presente un vínculo o relación como el descrito, las concesionarias deben poner un especial cuidado en el número, proporción y contenido de las entrevistas y coberturas noticiosas, a efecto de mantener dichas actividades dentro de los límites del periodismo legítimo.

Por su parte, para el ciudadano que tenga el vínculo apuntado, le es exigible que se conduzca con prudencia, profesionalismo e imparcialidad y evite aprovecharse indebidamente de su calidad o cargo dentro de la concesionaria, evitando tener injerencia en el contenido a favor o en contra de algún contendiente o fuerza política.

Adicionalmente, es exigible al ciudadano mencionado que cuando advierta actos irregulares, desproporcionados o atípicos en los tiempos, contenidos y programas de la concesionaria con la que mantiene el vínculo, que razonablemente pudieran poner en contradicho su legalidad o pudieran considerarse como un beneficio indebido a favor de su persona, deberá realizar los actos necesarios y que estén a su alcance para impedir esa circunstancia y deslindarse oportuna, y eficazmente.

B) Candidato-comentarista-analista

Esto es, la adquisición a través de una posible incompatibilidad de caracteres entre un sujeto que ostenta la calidad de candidato y al mismo tiempo de comentarista o analista.

Los precedentes que existen al respecto recogen los elementos de la reiteración de participaciones por parte del candidato-comentarista, el desempeño de dicha actividad de comentarista o analista de manera continua y la permanencia en dicha actividad con posterioridad a su estatus ostentado como precandidato o candidato.

Aquí puede apreciarse que el criterio utilizado es la fijación de un deber de cuidado que deben tener los candidatos por su actuar precedente, como punto esencial para determinar que su posición de analista o comentarista resulte incompatible con el estatus de precandidato o candidato, es decir, que su conducta previa condiciona en gran medida su obligación de separarse eventualmente de la actividad que como comunicadores desempeñan.

¹³ Para la configuración de la simulación de géneros informativos, a raíz de diversos criterios establecidos por el Tribunal Electoral y por el propio Instituto Federal Electoral, se han venido redefiniendo diversos

III. ELEMENTOS DE LA SIMULACIÓN (CASO DE NOTAS PERIODÍSTICAS)

Derivado del conjunto de factores analizados en las líneas precedentes, la autoridad electoral ha sostenido que la simulación se actualiza cuando se presentan los elementos siguientes:¹⁴

- a) El concesionario denunciado está enmarcando su actuación bajo el supuesto ejercicio de la libertad de expresión e información, previstos en los artículos 6o. y 7o. constitucionales.
- b) Al amparo de las normas referidas, el concesionario está contraviniendo lo dispuesto en el artículo 41, base III, apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como lo dispuesto en los artículos 49, párrafos 4 y 5, y 350, párrafo 1, inciso b) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que prohíben la difusión de propaganda política o electoral no ordenada por el Instituto Federal Electoral.
- c) La existencia de circunstancias de aplicación de la norma señalada en el inciso a), revelan la evasión de la norma referida en el b), esto es, que al desprenderse que los “ejercicios informativos” se apartaron de la naturaleza propia que caracteriza determinado género periodístico, revelan la evasión de la prohibición constitucional y legal de difundir propaganda política o electoral no ordenada por el Instituto Federal Electoral.¹⁵

elementos, que en su conjunto, lleven a desvirtuar la legitimidad periodística o informativa.

Entre dichos elementos, destacan la temporalidad de la difusión, el número de impactos detectados, la duración de cada impacto, el horario de transmisión del material denunciado, la calidad de los sujetos involucrados, la transmisión de otros contenidos de naturaleza similar, la reiteración de la transmisión, la reiteración en la aparición y/o alusión a los sujetos involucrados y el lugar de difusión.

¹⁴ Esta postura se sostuvo en la resolución CG154/2013, del 28 de mayo de 2013, emitida por el Consejo General del Instituto Federal Electoral, en el que declaró fundado el procedimiento especial sancionador en contra de la concesionaria de televisión, de los candidatos y de los partidos políticos, por difusión ilegal, adquisición y culpa *in vigilando*, respectivamente, imponiéndoseles las sanciones correspondientes. Esto, derivado de que los “flashes informativos” materia de la litis, se apartaron del genuino ejercicio periodístico, al contener propaganda político-electoral. Dicha determinación, particularmente el pronunciamiento relativo a la actualización de la figura de la simulación con base en los elementos señalados, fue confirmada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la sentencia recaída al recurso de apelación SUP-RAP-77/2013 y SUP-RAP-78 acumulados, del 19 de junio de 2013.

¹⁵ *Cfr.* La tesis aislada de rubro: FRAUDE A LA LEY. SUS ELEMENTOS, *T.C.C., S.J.F. y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 2370, en donde se puede apreciar que el fraude a la ley, comparte esencialmente los mismos elementos que la simulación.

Como se puede apreciar, la autoridad electoral se enfrenta con actos arropados por un “aparente” derecho, de tal suerte es necesario desvirtuar la presunción de legitimidad o legalidad de que gozan, partiendo de cualquier indicio que pudiera evidenciar un posicionamiento político-electoral.

Conviene destacar, que en el caso concreto de la resolución CG154/2013 del Instituto Federal Electoral dicha autoridad administrativa, con la finalidad de desvirtuar el carácter “periodístico” de los “flashes informativos” denunciados, tuvo que tomar como uno de los elementos para fundamentar su determinación, diversos estudios sobre publicidad y marketing político, así como un manual de periodismo para justificar que dicho material no reunía los elementos ni la estructura que debe contener una noticia, puesto que se apartaban de la objetividad, al emitirse opiniones personales por parte del noticiero, y al confundirse, en un mismo mensaje, el noticiero emisor con el sujeto de la acción noticiosa.

Lo anterior, ponía de manifiesto que a través de una presentación (formal) de un material como una pieza informativa, por la forma —un tanto velada—¹⁶ en que se realizaba la promoción de los candidatos y sus propuestas de campaña adquiría tintes propagandísticos. Por ello, la autoridad electoral también consideró relevante tomar en consideración las propiedades de la estrategia en la comunicación política, propia de las campañas mediáticas, para poder identificar la verdadera naturaleza de dicho material.¹⁷

Al respecto, Marco Levario Turcott, haciendo un esclarecedor análisis del rol que juega la imagen en todos los planos de nuestra vida pero particularmente en la política, ha

¹⁶ Esta forma “velada” de promoción, curiosamente coincidía con la forma de los spots, puesto que cada pieza informativa tenía una duración aproximada de veinte segundos, y no obstante que formalmente su presentación parecía ser efectivamente de una nota informativa al firmarse con un cierre de “Notivisa informa”, atendiendo al contenido parecía más una estrategia de campaña electoral buscando un posicionamiento vía el spot. Recordemos que “...la apariencia no es la sustancia, pero en la televisión la sustancia es la imagen”, como lo ha señalado Levario Turcott, Marco, “La reforma electoral de 2007-2008 y la libertad de expresión”, *Cuadernos para el Debate*, México, IFE, núm. 5, 2012, p. 51.

¹⁷ Para un análisis más detallado sobre la comunicación política, sus estrategias mediáticas y casos específicos que tuvieron lugar en las elecciones de 2006 y 2009, véase, Gimete-Welsh, Adrián y Martínez Bermúdez, Guillermina, “Comunicación política, sistema electoral y equidad en las elecciones de 2006 y 2009”, *Justicia Electoral*, México, 4a. época, 2010, vol. 1, núm. 5, pp. 156 y ss., <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/26/dtr/dtr6.pdf>

señalado:

El mandato de la ley es preciso y conciso y no permite atajo posible para fuñicar... en México la radio y la televisión están impedidos de difundir propaganda electoral que no sea la que pauté la autoridad. La expresa prohibición de contratar propaganda abarca a todas las modalidades y ello no significa limitar en modo alguno la libertad de opinión sino que esta se sujeta en los rieles de los contenidos que delimite el esfuerzo de comunicar e informar de la empresa mediática que sea.

Pero he aquí que, sin embargo, desde 2009 hasta la fecha hemos presenciado innumerables actos provenientes de la radio y la televisión mexicanas que acopian buena parte del arsenal para la propaganda que han acumulado esos medios y hacen propaganda revestida de noticias. Entre tal arsenal se encuentra el recurso de la publicidad engañosa que busca hacer verosímil cierta entrevista política, a veces en programas de espectáculos, o casual el logotipo de un partido en la camisa de un actor de telenovelas... Y si no es actor es boxeador quien lo hace. Todo ello ha sucedido, en el nombre de la libertad de expresión...¹⁸

Si bien el análisis que del contenido y formato de los materiales informativos, efectúa la autoridad administrativa como parte de su facultad de investigación, para poder fincar alguna responsabilidad, pudiera llegar a considerarse como una intromisión injustificada, se considera que ello no es así. Lo anterior, en razón de que si un material presenta propiedades de propaganda político-electoral y no reúne las características de un ejercicio informativo auténtico, el omitir su análisis estricto, llevaría a que diversas manifestaciones ilegales quedaran impunes, por el simple hecho de que se mostraran bajo la "forma" de ejercicios informativos.¹⁹

Ahora bien, respecto a la aseveración de que "...hay que considerar que dicha prohibición (entendida en el contexto que aquí venimos desarrollando de contratar, adquirir y difundir), a pesar de que tiene reconocimiento en una norma de rango constitucional, puede potencialmente colisionar con otras normas constitucionales

¹⁸ Levario Turcott, Marco, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

¹⁹ En la resolución CG154/2013 del Instituto Federal Electoral, "se determinó que los materiales denunciados constituyen propaganda electoral encubierta de noticia, por lo que se actualizó una simulación de un género periodístico, ya que bajo la aparente protección que ofrecía la norma de cobertura del ejercicio de la libertad de expresión, se evadía o transgredía la norma constitucional que contempla la prohibición de contratar o adquirir tiempos en radio o televisión".

(libertad de expresión y libertad de imprenta en sentido amplio, en referencia a todo tipo de medio de comunicación)²⁰ debemos distinguir claramente que una contradicción normativa de tal entidad —o colisión de principios constitucionales—, efectivamente se pudiera presentar, lo que haría susceptible una ponderación. Sin embargo, dicho juicio de ponderación supone una contradicción entre dos principios, mas no entre un principio y un remedio de principio.

En otras palabras —aquí se advierte la justificación de la facultad revisora de la autoridad electoral—, tratándose de actos simulados, se impone a la autoridad la exigencia de determinar si se está ante la presencia de un auténtico ejercicio informativo (lo que supone un análisis integral de contenido), como presupuesto necesario para ejercer una eventual ponderación, que lleve a concluir en una limitación razonable o justificada de tal derecho.²¹

IV. EL ESTÁNDAR PROBATORIO EN LA ADQUISICIÓN

1. *Criterios encontrados*

A través del Instituto Federal Electoral se había sostenido que los actos de “adquirir” y “contratar” previstos en el artículo 41 constitucional requerían de un acuerdo de voluntades, esto es, que la conducta prohibida, consistente en contratar o adquirir tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión, tiene lugar únicamente cuando la difusión de propaganda en esos medios electrónicos se produce en virtud de un acuerdo previo entre la empresa de radio o televisión y el partido político, el candidato o algún tercero.

²⁰ Cfr. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 50.

²¹ La preocupación de “evitar de que la norma constitucional, al ser aplicada, resulte una puerta abierta a ejercicios potencialmente restrictivos”, que plantea Carbonell, Miguel, *op. cit.*, pp. 50 y 51, proponiendo la aparición del logotipo de un partido o el nombre de un candidato en la propaganda, como criterio objetivo que minimice la actuación discrecional del intérprete, en nuestra consideración, dejaría escapar muchas conductas que precisamente evitan utilizar esos elementos y usan recursos más sofisticados de elusión-promoción. Lo anterior, máxime que “...la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna”, como lo señala Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 180.

Sin embargo, el Tribunal Electoral modificó dicho criterio, para señalar que:

En el apartado III de esta sentencia, se estableció que entre los elementos esenciales que integran el ilícito tipificado en los artículos 41, base III, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución y 49, párrafo 3, primera parte, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales²², no se encuentra la celebración de un contrato, en virtud del cual una de las partes otorgue a otra el derecho de acceso a tiempo aire en la radio o la televisión, de manera gratuita, o bien, a cambio del pago de una contraprestación en dinero o en especie.

Lo anterior, porque para esta Sala Superior se trata de un ilícito que se configura con la simple difusión de propaganda electoral en radio y televisión, fuera de los tiempos asignados al Instituto Federal Electoral en el propio artículo 41, base III, apartado A, de la Constitución, con independencia de la causa jurídica o de la situación de hecho que haya producido ese resultado, siempre que no se trate del ejercicio de la actividad periodística en alguno de los géneros reconocidos en esa área profesional.

Esto sin perjuicio de que en ciertos casos puede demostrarse también la existencia de algún acuerdo, planeación previa, invitación u oferta, enderezados a la difusión de la propaganda electoral, ya que en ese supuesto aunque la comprobación de uno o varios de esos actos no sería necesaria para acreditar la existencia de la infracción, que se actualiza con la mera acreditación de la difusión de la propaganda, fuera de los periodos asignados al Instituto Federal Electoral, sí sería un dato a tomar en cuenta en la atribución de responsabilidad administrativa, a cada uno de los sujetos involucrados.²³

Si bien, ahora la existencia de algún acuerdo, planeación previa, invitación u oferta, enderezados a la difusión de la propaganda política o electoral ya no constituye un requisito para que se actualice la infracción de adquisición por parte del sujeto a quien beneficia dicha propaganda, surge la problemática de cómo imputarle o atribuirle la responsabilidad administrativa por tal infracción.

El criterio del Tribunal Electoral plantea los siguientes cuestionamientos:

²² Estos artículos se refieren exclusivamente a la prohibición de contratación y adquisición de tiempos en radio y televisión.

²³ Este criterio se sostuvo en la sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, emitida en el recurso de apelación SUP-RAP-234/2009, mismo que se ha reiterado en varias ejecutorias, como en los recursos de apelación SUP-RAP-6/2010, SUP-RAP-22/2010, SUP-RAP-48/2010, SUP-RAP-118/2010, SUP-RAP-77/2013 y SUP-RAP-78/2013 acumulados.

- I. En primer lugar, se dice que entre los elementos esenciales que integran el ilícito (aquí se entendería que se refiere a la adquisición) no se encuentra la celebración de un contrato, en virtud del cual una de las partes otorga a otra el derecho de acceso a tiempo aire en la radio o la televisión, de manera gratuita, o bien, a cambio del pago de una contraprestación en dinero o especie.
- II. En segundo lugar, se sostiene que se trata de un ilícito (pareciera que se sigue refiriendo a la adquisición) que se configura con la simple difusión de propaganda electoral en radio y televisión, fuera de los tiempos asignados al Instituto Federal Electoral, con independencia de la causa jurídica o de la situación de hecho que haya producido ese resultado, siempre que no se trate del ejercicio de la actividad periodística en alguno de los géneros reconocidos en esa área profesional.
- III. Finalmente, se dice que aunque la comprobación de algún acuerdo previo no sería necesario para acreditar la existencia de la infracción (aquí nuevamente se pensaría que se refiere a la adquisición) se actualiza con la mera acreditación de la difusión de la propaganda no ordenada por el Instituto Federal Electoral.

Como se puede apreciar, una interpretación del anterior criterio sugiere que el ilícito de adquisición no requiere para su configuración de un acuerdo previo sino de la simple difusión de la propaganda electoral en radio y televisión, con lo que puede dar lugar a equívocos, puesto que pareciera que no se distingue entre la difusión ilegal (cuyo sujeto de infracción es el concesionario que transmite), la adquisición (cuyo sujeto de infracción es el partido o candidato que se beneficia), y una posible contratación (cuyo sujeto de infracción es indeterminado).

La autoridad administrativa electoral, a raíz del criterio anterior, emitía resoluciones en donde se desprendía que se actualizaba la adquisición, por la simple difusión de la propaganda, imputando responsabilidad al sujeto que no se había deslindado de la conducta, como si el no repudio de una conducta que lo posicionaba —y que tal vez le era desconocida— en automático le llevara a la obtención del beneficio.

Lo anterior, ha dado lugar a posturas encontradas en el seno del Consejo General del Instituto Federal Electoral, en cuanto al tipo de estándar probatorio que se debe utilizar para acreditar la infracción de adquisición.

Por una parte, un estándar probatorio laxo lleva a considerar la responsabilidad desde un punto de vista objetivo, al desdeñarse completamente el elemento subjetivo

del sujeto activo a quien se le imputaba el beneficio, puesto que a través de presunciones se tiene por acreditada la imputación, vía la comprobación de la infracción de difusión, lo cual puede llevar a una confusión entre el hecho ilícito material y la responsabilidad.²⁴

En contraste, y como reacción a la postura anterior, hay quienes proponen un estándar probatorio estricto con elementos más concretos y no sólo con inferencias o presunciones para imputar a alguien algún beneficio a través de una propaganda, esto es con el objeto de garantizar el principio de presunción de inocencia, soportando la responsabilidad en pruebas directas.

Ambas posturas, vistas en los extremos, llevan consigo ciertos riesgos. La primera, porque al relajarse tanto el estándar de prueba, se corre el peligro de que se puedan vulnerar los derechos de los presuntos infractores, al imputarles conductas respecto de las cuales no son responsables. La segunda, porque con el ánimo de garantizar los ejercicios de libre expresión e información podrían permitirse actos de simulación, al no poderse acreditar con pruebas directas muchas de las conductas.

2. Problemática subsistente

A. En cuanto al deslinde

En la actualidad, parece ser que la autoridad administrativa electoral ya no soporta la imputación a los sujetos, preponderantemente en el deslinde, con lo que se puede pensar que dicho elemento ya no forma parte del ilícito administrativo de adquisición.

Sin embargo, la cuestión no resulta tan sencilla en cuanto a la existencia o no de un deslinde en los casos de adquisición, es una variable o elemento contingente, que puede actualizar los siguientes supuestos:

I. Que no se presente el deslinde.

II. Que sí se presente sin cumplir los requisitos.²⁵

²⁴ Tal criterio parece ser el prevaleciente en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Al respecto, véanse las sentencias en los recursos de apelación SUP-RAP-118/2010 y SUP-RAP-77/2013 y SUP-RAP-78/2013 acumulados.

²⁵ De acuerdo con las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el recurso de apelación SUP-RAP-6/2010 y SUP-RAP-7/2010 acumulados, se sostuvo que una conducta válida para deslindar de responsabilidad a un sujeto que se coloca en una situación potencialmente

III. Que sí se presente y cumpla con los requisitos.

En el primer supuesto, pudiera ser que no se haya presentado el deslinde por desconocimiento de la conducta, o bien, aun conociéndola, por omisión o por considerarla lícita. En este caso, la imputación de que determinado sujeto adquirió tiempo, se tendría que sustentar en la conducta de difusión que le haya generado el posicionamiento político o electoral²⁶ y en el conocimiento que de la misma haya podido tener dicho sujeto,²⁷ para poder derivar que adquirió y que se benefició al acceder ilegalmente a los tiempos en radio y televisión.

En el segundo supuesto, se advierte que el sujeto sí tuvo conocimiento de la conducta pero su pretensión de deslindarse de la misma, al no efectuarse con los requisitos exigidos, deja subsistente la adquisición, por lo que es dable imputarle el beneficio obtenido. Aquí, como en el supuesto anterior, el desvalor de la acción (adquirir) no se altera, porque la ilegalidad en el acceso a los tiempos en radio y televisión no se desvirtúa, puesto que la imputación se sustenta también en la conducta de difusión que le haya generado el posicionamiento político o electoral y en el conocimiento que de la misma haya podido tener dicho sujeto.

En el tercer supuesto, aparte de que el sujeto tuvo conocimiento de la conducta, efectuó un deslinde de manera correcta, con lo que el posicionamiento político o electoral llevado a cabo a su favor, no le puede ser atribuible como beneficio, ya que su deslinde desvirtuó la ilegalidad de la conducta, que en principio pesaba en su contra, la antijuridicidad o desvalor de la acción (adquirir) no se actualiza, y en ese sentido, en

antijurídica, debe ser eficaz, idónea, jurídica, oportuna y razonable.

²⁶ Todo beneficio implica la existencia de un posicionamiento político o electoral del sujeto, pero no todo posicionamiento implica que lo haya beneficiado, porque, por ejemplo, un deslinde correctamente efectuado ocasionaría que no se actualice la adquisición, al concluirse que el sujeto no obtuvo (adquirió) para sí un beneficio con la propaganda política o electoral difundida a su favor, esto es, no accedió ilegalmente a los tiempos en radio y televisión. La conducta no fue antijurídica, y por ello, no se actualiza el ilícito. Por eso es que se prefiere utilizar el término “beneficio”, para referirse a un posicionamiento considerado ilegal.

²⁷ En el entendido de que no sería posible deslindarse de algo que se desconoce, el Instituto Federal Electoral, parece que siguiendo tal lógica, ha aseverado que hubo por parte de los sujetos a quienes se les atribuye una adquisición, una omisión en efectuar una acción de deslinde, a pesar del conocimiento del material denunciado. Cabe destacar, que el elemento que permite a la autoridad administrativa electoral sustentar dicho conocimiento, se basa en las propias circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la conducta. Al respecto, véase la resolución CG154/2013.

tanto no hubo un acceso ilegal en los tiempos de radio y televisión no existe el ilícito.

Como se puede advertir, si bien podría sostenerse que el deslinde no es un elemento consubstancial del ilícito de adquisición, su presentación sí puede alterar el elemento de antijuridicidad, lo que eventualmente puede traducirse en un tipo de eximente de responsabilidad, en cuanto no se le imputaría al sujeto una conducta que no fue considerada ilegal, esto es, que no sería dable imputarle un “beneficio”, porque ese beneficio no se dio.²⁸

A pesar de lo anterior, el deslinde —como elemento o variable— que se exige se presente por los partidos y candidatos, tanto en los ilícitos administrativos de adquisición como de culpa *in vigilando*, pareciera indicar que dichos partidos y candidatos tienen un “deber de cuidado” cuyo incumplimiento se presume *iuris tantum*. Es decir, si se presenta un posicionamiento a favor de un sujeto se le exige que se deslinde de dicha conducta, que en principio, le estaría beneficiando, de tal manera que si lo hace correctamente desvirtúa esa presunción en su contra pero si no lo hace o lo realiza incorrectamente, permanecería el incumplimiento al deber que le impone la norma.

De esta manera, en los casos señalados en los puntos ii) y iii), en donde subsistiría el incumplimiento al deber de cuidado que la norma le impone, queda por esclarecer la naturaleza y límites de ese deber de cuidado, en tanto que podría considerarse irracional que a determinado sujeto, por el hecho de que un tercero lo haya posicionado, se le exija un deber de cuidado ilimitado, es decir, que se le exija deslindarse, o bien, se le haga responsable, respecto de un resultado (posicionamiento) no necesariamente vinculado con su conducta.

B. *En cuanto a la imputación y su comprobación*

Con independencia del papel que juega el deslinde en la actualización del ilícito de adquisición, queda determinar cómo se acredita que un sujeto adquirió tiempo en radio y televisión, es decir, si ya se dijo que no es necesario demostrar un acuerdo previo entre

²⁸ Para un estudio más profundo respecto a si el problema de la imputación en materia penal (juicio sobre el nexo entre conducta y resultado) constituye un problema de antijuridicidad, que se resuelve en un juicio de desaprobación de la conducta, o bien, si lo es de atribución, que se resolvería bajo las reglas de imputación objetiva, véase Frisch, Wolfgang y Robles Planas, Ricardo, *Desvalorar e imputar, sobre la imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, Colección estudios y debates en derecho penal núm.2, 2006.

el sujeto que difunde y el sujeto que adquiere, para tener por actualizado el ilícito ¿con qué tipo de elementos se concluye que el sujeto adquirió?

Se señaló en el punto anterior que en los supuestos que queda subsistente el ilícito, la imputación al sujeto se sustentaba en la conducta de difusión que le hubiera generado el posicionamiento político o electoral y en el conocimiento que de la misma haya podido tener dicho sujeto.

Respecto a la transmisión de la propaganda política o electoral denunciada, su comprobación no genera mayor problema, en cuanto a que se suele asentar la existencia de la misma, a través de testigos de grabación aportados por la propia autoridad electoral o por el concesionario o permisionario involucrado.

Resta abordar el elemento cognoscitivo, que tanto como elemento subjetivo, genera la cuestión de cómo puede sostenerse que a determinado sujeto le era cognoscible la conducta de difusión que le posicionaba política o electoralmente de manera favorable, como presupuesto para concluir que dicha conducta tendió a beneficiarlo, y por ello adquirió tiempos.

Al respecto, puede señalarse que las pruebas de tipo indirecto constituirían un factor relevante para acreditar la adquisición, puesto que difícilmente se demuestra indefectiblemente que cierto sujeto conoció de la conducta, ya que generalmente los sujetos alegan, o bien, que la difusión se encuentra amparada en el ejercicio del derecho de libertad de expresión o de información, que no conocían la misma.

Por tanto, para ser congruentes con el modelo de comunicación político- electoral que prevalece para impedir los actos de simulación y así garantizar que no se vulneren las prohibiciones constitucionales, se considera que lo que la autoridad tendría que demostrar, no es que el sujeto haya conocido la conducta de difusión que le posicionaba política o electoralmente de manera favorable, situación que en la práctica nunca se podría demostrar, sino que le era, a lo más, cognoscible o reconocible. Esto, si se considera que al sujeto le es exigible un deber de cuidado limitado, para evitar hacerlo responsable de todos los eventos, incluyendo aquellos en los que materialmente no haya sido posible percatarse de la existencia de un deber respecto a un hecho concreto.

Esta posibilidad racional de ser conocida la conducta, bien puede ser acreditada a través de pruebas indirectas. Al respecto, la doctrina procesal ha señalado que se estará ante una prueba indirecta cuando la prueba opera como premisa de una inferencia que

tiene como conclusión el enunciado sobre el hecho a probar. En el caso en estudio, la prueba (indicio), demuestra un hecho secundario (posicionamiento), que sirve para establecer mediante un razonamiento inferencial (presunción), la verdad del hecho principal (adquisición).²⁹

Esta postura, parece ser la que en recientes resoluciones ha sostenido el Instituto Federal Electoral, pues se ha señalado que los sujetos involucrados tuvieron la oportunidad de conocer la difusión del material denunciado, con base en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la conducta, particularmente el contexto en el que se verificó el proceso electoral de que se trata, la etapa del mismo, el lugar, etcétera,³⁰ como para hacer verosímil y racional la posibilidad del conocimiento de la conducta por parte del autor, y así, poder imputarle una adquisición.

Cabe destacar que un ejercicio de apoyar la responsabilidad en pruebas indirectas, necesita de la utilización de sólidos recursos argumentativos, esto es, de una mayor argumentación para motivar el proceso que se lleva de la prueba indirecta a la imputación de la responsabilidad, prestando en estos casos el razonamiento inferencial gran auxilio,³¹ que si bien puede ser muy complejo y constar de un encadenamiento de argumentos o inferencias parciales, que lleven del extremo de la información obtenida de las pruebas practicadas al extremo de la hipótesis del caso que se sostendrá, es necesario para enlazar los elementos hecho-indicio-razonamiento-imputación-sanción.

Cabe destacar, que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mantiene una postura no coincidente en algunos aspectos con las opiniones señaladas.

Fundamentalmente, dicha autoridad jurisdiccional en la sentencia relativa al recurso de apelación SUP-RAP-77/2013 y SUP-RAP-78/2013 acumulados, sostuvo lo siguiente:

I. Que la presunción de inocencia es un derecho subjetivo de los gobernados a ser considerados inocentes de cualquier delito o infracción jurídica, mientras no se presente prueba que acredite lo contrario, y que este derecho implica la imposibilidad jurídica de

²⁹ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2009, p. 456.

³⁰ Véase la resolución CG154/2013.

³¹ Para un estudio detallado sobre el tema, véase González Lagier, Daniel, *Quaestio facti, ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005, particularmente el capítulo II.

imponer a quienes se les sigue un procedimiento jurisdiccional o administrativo que se desarrolle en forma de juicio, las consecuencias previstas para un delito o infracción, cuando no exista prueba que demuestre plenamente su responsabilidad.

II. Que en el caso bajo estudio, contrario a lo aducido por los impetrantes, estuvo plenamente probado que los promocionales objeto de sanción constituyeron propaganda electoral no ordenada por el Instituto Federal Electoral, y que existió adquisición de tiempos por parte de los candidatos a cargos de elección popular postulados por los partidos inconformes.

III. Que la autoridad responsable tuvo por acreditado que la difusión de la propaganda motivo de la sanción fue ordenada por persona distinta al Instituto Federal Electoral, lo cual no fue controvertido.

IV. Que la interpretación de las disposiciones jurídicas que prevén la prohibición para que candidatos contraten o adquieran, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio o televisión para transmitir mensajes dirigidos a influir en las preferencias electorales, debe potencializar las finalidades explícitas por las que se incluyeron tales preceptos en la Constitución y en la ley.

V. Que condicionar la actualización de la infracción a la acreditación de un elemento subjetivo de difícil comprobación, como el vínculo entre un candidato y un tercero, haría nugatoria la prohibición legal, pues conforme con las reglas de la experiencia, los sujetos que se conducen de manera ilícita o contraria a derecho, hacen lo posible para borrar los vestigios o huellas de su comportamiento, con el claro objetivo de que la autoridad correspondiente no pueda estar en condiciones de imputarles responsabilidad e imponerles una sanción. De ahí que establecer este tipo de obligaciones procedimentales a la autoridad electoral podría impedir el cumplimiento del fin perseguido por la legislación electoral.

VI. Que para que la autoridad electoral tenga por actualizada la infracción prevista en el artículo 344, párrafo 1, inciso f), relacionado con el numeral 49, párrafo 3, ambos del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en la modalidad de adquisición o contratación hacia el candidato, por un tercero, de tiempos en radio o televisión basta con que tenga por acreditado que: a) existió una contratación o adquisición de tiempos en radio o televisión por parte de una persona física o moral distinta al Instituto Federal Electoral (inclusive, si el mismo concesionario o permisionario utiliza los tiempos que tiene a su disposición en virtud del título de concesión o permiso otorgado a su favor), y b) que tal evento se llevó a cabo con la finalidad de que un partido político, candidato o precandidato accediera a radio o la televisión fuera de los tiempos que la ley destina para

tal efecto.

VII. Que en el caso, la autoridad responsable tuvo por acreditada la difusión de los promocionales denunciados, su naturaleza electoral para promocionar a los candidatos y sus partidos, y que su difusión no fue ordenada por el Instituto Federal Electoral, por lo que a partir de estos elementos que no fueron controvertidos eficientemente o en lo absoluto por los apelantes, el Instituto responsable concluyó que los candidatos referidos adquirieron tiempos en televisión en contravención de los artículos 41, base III, apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 49, párrafos 2 y 3, y 344, párrafo 1, inciso f) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos.

VIII. Que estos elementos se consideraron suficientes para cumplir con las condiciones para tener acreditada la infracción que se imputó a los inconformes. Primero, porque el hecho de que esté probada la difusión de la propaganda por persona distinta al Instituto Federal Electoral implicó necesariamente que existió una adquisición ilegal de espacios radiodifundidos en televisión mediante la utilización del tiempo que tiene a su disposición la televisora denunciada. Y segundo, porque el hecho de que la propaganda denunciada tenga una naturaleza electoral implicó que la finalidad de su difusión fue que partidos políticos y candidatos accedieran a la radio o la televisión fuera de los tiempos que la ley destina a tal efecto.

Como se puede observar, pareciera que la autoridad jurisdiccional electoral mantiene el criterio esencial de que la actualización de la adquisición, sólo sea necesario acreditar la difusión de la propaganda política o electoral no ordenada por el Instituto Federal Electoral, con la cual se hubiera ocasionado que los partidos y candidatos accedieran a los tiempos de radio y televisión fuera de aquellos que la ley destina para tal efecto, sin que resulte necesario demostrar que dicha difusión haya sido susceptible de serles conocida, para tener por acreditada plenamente su responsabilidad.

Con lo anterior, a nuestro parecer, sigue sin resolverse el problema de la “prueba de la responsabilidad”. Ello si consideramos que “...es la culpabilidad del infractor del derecho la que exige y justifica su punición...”³² y que la culpabilidad se sustenta en una reprochabilidad respecto a su actuar.³³

³² Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general I, el hecho punible*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 26.

³³ Schünemann, Bernd, *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Universidad Santo Tomás-Ibañez, 2007, p. 318.

Ese juicio de reproche, consideramos, debe fundamentarse en la previsibilidad o evitabilidad del hecho que se exige a los partidos y candidatos. Entonces, ¿Cómo imputar una adquisición a un sujeto, si el posicionamiento a su favor hecho por un tercero, no era evitable o previsible mediante su actuar?

Ese deber de cuidado del que hablábamos, cuyo fundamento es la “posibilidad” de evitar o prever un hecho, adquiere precisamente exigencia real, cuando al sujeto le es posible evitar o prever el resultado transgresor de la norma.

En otras palabras, consideramos que sí es posible establecer la imputación del resultado (posicionamiento) al sujeto, entonces podría sostenerse que hay beneficio, de lo contrario, no podría hablarse de éste.³⁴

No se desconoce que en algunos sistemas jurídicos, como el de Alemania, en materia de infracciones administrativas se considere que la multa no esté ligada a un reproche personal, discutiéndose por ello si las reglas de imputación desarrolladas sobre la base del modelo de la culpabilidad penalmente relevante, también tendrían aplicación en el ámbito de la infracción administrativa,³⁵ pero aquí más allá de importar elementos de la dogmática penal al derecho administrativo sancionador,³⁶ lo que se pretende mostrar es

³⁴ Una postura contraria podría sugerir que el juicio de imputación no descansa en que para el autor haya sido conocido o reconocible el posicionamiento a su favor sino en una realización de un riesgo no permitido, que se considera necesario reprochar a los sujetos para impedir que se produzcan esos resultados no deseables. Sólo así podría encontrar fundamento ese reproche meramente valorativo, en una especie de “política criminal electoral”, que buscara evitar el acceso ilegal a los tiempos de radio y televisión, privilegiando la protección de bienes jurídicos cuya violación se pretende evitar (la equidad), sobre la libertad de actuar de los partidos y candidatos. Una postura similar interpreta así la teoría de la imputación objetiva del resultado en el ámbito penal, véase Schünemann, Bernd, *op. cit.*, p. 37.

³⁵ Stratenwerth, Günter, *op. cit.*, p. 48.

³⁶ Lo que de ninguna manera se pretende hacer sin una reflexión previa. Simplemente, ante la falta de una doctrina propia que analice estos temas en el ámbito administrativo sancionador electoral, es que se toman cuidadosamente algunos elementos de la dogmática penal que podrían encontrar razonablemente aplicación en la materia electoral, la cual se rige por principios también muy particulares, por lo que “...se deben extraer los principios desarrollados por el derecho penal y adecuarlos en lo que sean útiles y pertinentes a la imposición de sanciones administrativas, en lo que no se oponga a las particularidades de éstas...”. Al respecto véase la tesis XLV/2002, Tercera Época, de rubro DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DEL *IUS PUNIENDI* DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL. Con lo anterior, se ha sostenido que el procedimiento especial sancionador al institucionalizar la sanción, importa las

que en materia de derecho administrativo sancionador sí aplican reglas especiales de imputación, acordes con nuestro sistema electoral.

Al respecto, resulta ilustrativa la siguiente tesis de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación:

ANALOGÍA Y MAYORÍA DE RAZÓN. ALCANCES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. Del contenido del artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a la prohibición de imponer, en los juicios del orden criminal, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, se arriba a la convicción de que tales reglas son igualmente aplicables para aquellas disposiciones de las que se derive la posibilidad de imponer una sanción de naturaleza administrativa en materia electoral. En efecto, en un importante sector de la doctrina contemporánea prevalece la tesis de que no hay diferencias sustanciales, cualitativas o cuantitativas, que pudieran justificar una regulación distinta, por lo que se ha concluido que la tipificación de una conducta como infracción administrativa o criminal es el resultado de una decisión de política legislativa que, bajo ciertos márgenes, tiende a diseñar una estrategia diferenciada de lucha contra la criminalidad, con el propósito fundamental de evitar la sobrecarga, en exceso, de la maquinaria judicial, para ponerla en condiciones de actuar más eficazmente en los ilícitos más graves y relevantes para la sociedad. De ahí que la extensión de las garantías típicas del proceso penal, como la señalada, se justifique por el carácter sancionador del procedimiento, pues con ello se impide que, de hecho, sufran un menoscabo las garantías constitucionales y procedimentales constitucionalmente establecidas. Y es que, al final de cuentas, las contravenciones administrativas se integran en el supraconcepto de lo ilícito, en el que ambas infracciones, la administrativa y la penal, exigen un comportamiento humano (aunque en la administrativa normalmente se permita imputar la consecuencia a un ente o persona moral), positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación

instituciones del derecho penal, las cuales establecen un máximo de garantías en la administración del *ius puniendi* (tipicidad, *non bis in idem*, culpabilidad, etcétera). Así lo ha sostenido, Roldán Xopa, José, *El procedimiento especial sancionador en materia electoral*, México, IFE, Colección cuadernos para el debate núm.1, 2012, p. 24. En el mismo sentido, citando precedentes de España y Argentina, Maljar, Daniel, E., *El derecho administrativo sancionador*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p. 81, quien señala que incluso el Tribunal Supremo del Estado Español dejó abierta la posibilidad de una atribución objetiva de responsabilidad que el Tribunal Constitucional español rechazó de plano, sosteniendo incluso este último órgano jurisdiccional que "...la exigencia de la culpabilidad rige también en materia sancionadora, pues resulta inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa...", p.191.

causal entre éste y la acción, esencia unitaria que, no obstante, permite los rasgos diferenciales inherentes a la distinta función, ya que la traslación de las garantías constitucionales del orden penal al derecho administrativo sancionador no puede hacerse en forma automática, porque la aplicación de tales garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza.³⁷

En suma, consideramos que si bien la difusión de la propaganda política o electoral que tiende a posicionar a un sujeto queda abarcada o comprendida dentro del tipo administrativo de adquisición, ello es completamente ajeno a la cuestión de la imputación de dicho resultado al sujeto, la cual debe fundamentarse bajo ciertas reglas, como lo ha señalado el propio Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso de la culpa *in vigilando*, que a continuación será tratado.

V. CULPA *IN VIGILANDO* Y DESLINDE DEL PARTIDO³⁸

1. ¿Responsabilidad objetiva?

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, estableció que con la incorporación del principio de culpa *in vigilando*, el sistema positivo se apartaba del concepto clásico de culpabilidad, elemento que tradicionalmente sólo podía existir si se comprobaba un nexo causal entre determinada conducta y un resultado, y siempre sobre la base del dolo y la culpa, de allí que en el artículo 38.1, inciso a, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales se resalta como violación esencial, la simple transgresión a la norma por sí misma, como base de la responsabilidad.³⁹

Señala el órgano jurisdiccional electoral que la figura que ostenta como garante el partido político, lo obliga a garantizar que la conducta de sus dirigentes, trabajadores,

³⁷ XLV/2001, 3ra Época, Juicio de revisión constitucional electoral, SUP-JRC-073/2001, Partido del Trabajo, 13 de julio de 2001, *Justicia Electoral*, suplemento 5, 2002, p. 31.

³⁸ Para conocer la evolución de estos temas en los precedentes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, véanse las sentencias de los recursos de apelación SUP-RAP-234/2009 y acumulados SUP-RAP-239/2009, SUP-RAP-240/2009, SUP-RAP-243/2009 y SUP-RAP-251/2009; SUP-RAP-505/2011; SUP-RAP-549/2011; SUP-RAP-589/2011; SUP-RAP-12/2012 y acumulado SUP-RAP-14/2012; SUP-RAP-18/2012; SUP-RAP-41/2012; SUP-RAP-419/2012; SUP-RAP-77/2013 y SUP-RAP-78/2013.

³⁹ Véase la sentencia emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el recurso de apelación SUP-RAP-549/2011.

miembros, militantes, simpatizantes e incluso de terceros (siempre que sea en interés o dentro del ámbito de actividad del partido), se ajuste a los principios del Estado democrático, entre cuyos elementos destaca el respeto absoluto a la legalidad, de tal manera que las infracciones por ellos cometidas, constituyen el correlativo incumplimiento de la obligación garante que determina la responsabilidad por haber aceptado, o al menos, tolerado las conductas realizadas dentro de las actividades propias del instituto político, lo que implica, en último caso, la aceptación de sus consecuencias y posibilita la sanción al partido sin perjuicio de la responsabilidad individual.⁴⁰

Ante alegaciones de la defensa por parte de partidos políticos, tales como aquellas que sostienen que existe para dichos entes la presunción legal de que han cumplido con sus obligaciones y que niegan indicio alguno o probanza que los vinculara con los hechos denunciados, e inclusive alegando además el desconocimiento de los mismos, dicho Tribunal Electoral afirmó que ello es insuficiente para demostrar que el partido está imposibilitado para llevar a cabo las medidas de deslinde eficaces, no obstante, sosteniendo la “posibilidad racional de conocer la conducta imputada al responsable directo”⁴¹ como elemento cognoscitivo exigido al partido para poderle atribuir la transgresión, con lo que la primigenia alusión a la “simple transgresión a la norma” se atenuaba.

2. *¿Aplicación del principio de culpabilidad?*

No obstante lo anterior, en recientes ejecutorias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,⁴² se nota que la concepción que mantenía respecto a la culpabilidad ha tenido una clara evolución, pues ahora señala que tratándose de la responsabilidad indirecta de los partidos políticos debe imperar el principio de culpabilidad, por el cual se postula que la pena sólo puede justificarse con la comprobación de que el hecho le es reprochable al actor, esto es, que la culpabilidad es presupuesto de la sanción.

En este sentido, se sostuvo que de acuerdo a lo previsto en el artículo 342.1, inciso a, en relación con el artículo 38.1, inciso a, del Código Federal de Instituciones y

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² SUP-RAP-419/2012.

Procedimientos Electorales, no existe una responsabilidad objetiva por el resultado o una responsabilidad por el hecho ajeno,⁴³ propio de un derecho administrativo sancionador de actos.

Así, se dijo que las infracciones que cometan los miembros o personas relacionadas con las actividades de los partidos políticos, constituirían el relativo incumplimiento de la obligación de los partidos políticos en su posición de garantes, sólo cuando se demuestre que el partido está en posibilidad racional de conocer la conducta atribuida al sujeto agente (responsable directo), resulte previsible (prima facie) la ilegalidad de la misma y trascendente respecto a los fines y valores que subyacen a un debate público, y plural.

Por ello, concluye la autoridad jurisdiccional que la culpa *in vigilando* de los partidos no debe operar de manera automática con la sola acreditación de la irregularidad cometida por algún candidato, simpatizante o tercero sino que las circunstancias fácticas en que se funda la irregularidad debe permitir razonablemente a los partidos prevenir su realización o, en su caso, si la conducta ya se ha cometido, deslindarse o desvincularse de manera oportuna y eficaz.

Para determinar que sí se actualiza la culpa *in vigilando*, la autoridad jurisdiccional señaló que había que atender a lo siguiente:

- i) Al tipo de conducta.
- ii) A la calidad del autor.
- iii) Al contexto.
- iv) Al nexo entre los hechos y el ámbito de control o dominio del partido político.⁴⁴

Por otra parte, en diverso precedente, la propia Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación estableció que la culpa *in vigilando* no sólo se refiere a conductas de índole culposa sino también dolosas, sosteniendo que si un partido político no realiza las acciones de prevención necesarias será responsable, ya sea porque

⁴³ Esta proscripción de no hacer responsable a un sujeto por hechos ajenos se suele denominar "principio de personalidad de las sanciones", que se integra dentro del principio general de culpabilidad. Véase Gómez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales, Íñigo, *Derecho administrativo sancionador. Parte general, teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, p. 374.

⁴⁴ Se sostuvo que el poder de dominio o control debe ser real y que en el juicio de reproche debe atenderse a un criterio de proporcionalidad y razonabilidad.

aceptó la situación (dolo), o bien porque la desatendió (culpa).⁴⁵

3. ¿Evolución?

Como se puede advertir, si bien en un primer momento se atribuía la responsabilidad indirecta al partido político con la sola acreditación de la conducta del responsable directo, actualmente se considera que no puede imputarse una responsabilidad por un hecho ajeno, es decir, que la reprochabilidad que se efectúe a los partidos debe fundarse en las circunstancias fácticas que rodeen la irregularidad cometida por el responsable directo, para desprender la posibilidad racional de que prevengan su realización o se desvinculen de la misma.

Lo anterior demuestra cómo en el tema de la culpa *in vigilando*, el juicio de reproche a los partidos se fundamenta en esa previsibilidad o evitabilidad del hecho, lo que implica la posibilidad racional en el conocimiento de la conducta del responsable directo, que junto con el dominio o control real sobre dicha conducta, da cuenta del nexo necesario entre la conducta del responsable directo y el incumplimiento al deber de cuidado respecto a dicha conducta, para poder imputar al partido un reproche como garante.

Así, podemos concluir que si tanto en la adquisición como en la culpa *in vigilando* subyace un deber de cuidado, ¿Por qué en la primera no se exige la presencia del elemento cognoscitivo para fundamentar la imputación al sujeto? y en la segunda sí, cuando en ambas figuras debería imperar el principio de culpabilidad.⁴⁶

En este sentido, no se comparte la apreciación de que tratándose de personas morales el derecho administrativo sancionador llegue a la responsabilidad, no a través de la culpabilidad sino de su “capacidad de soportar la sanción”, sustentándose en que las personas morales no pueden ser culpables y que la responsabilidad les es exigible por su posición de garantes de las obligaciones de sus agentes, señalándose también que

⁴⁵ SUP-RAP-77/2013 y SUP-RAP-78/2013 acumulados. Esta exigencia de dolo o imprudencia se suele enmarcar en el “principio de imputación subjetiva”, quienes integran este último como principio de responsabilidad subjetiva, o bien, dentro del principio general de culpabilidad. Gómez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales, Íñigo, *op. cit.*, p. 378.

⁴⁶ Al respecto, se ha intentado mantener en el contexto del derecho administrativo sancionador, un concepto de culpabilidad característico de las personas físicas, entendido como juicio de reproche que se dirige al autor de una infracción porque pudiendo haberse comportado conforme a derecho, no lo hizo; *ibidem*, p. 473.

la “teoría de la imputación se reconstruye a partir de un criterio de funcionalidad y de garantía de los bienes protegidos por el orden jurídico”.⁴⁷

Llámesele “capacidad de soportar la sanción” o “culpabilidad”⁴⁸ al fundamento para responsabilizar a las personas morales en materia electoral, resulta cuestionable que la posición de garantes de las obligaciones de sus agentes, sustente *per se*, la atribución de un resultado, es decir, que por el hecho de que la norma las haya colocado como garantes de la conducta de terceros, deben responder “normativamente” respecto de una falta “real” de su agente, con lo cual el deber de cuidado exigido se tornaría ilimitado.

Por tanto, parecería más racional establecer ciertas reglas, de acuerdo a los principios que impregnan nuestro sistema jurídico electoral, que si bien reconozcan un deber de cuidado a cargo de los sujetos identifiquen cuándo su conducta debió haberse apartado del cuidado de la conducta del agente, y así mostrar una relación suficiente entre la

⁴⁷ Roldán Xopa, José, adicionalmente señala que “el análisis de la culpabilidad hecho por el TEPJF es más propio de una responsabilidad objetiva que de una subjetiva. Prescinde del análisis de la intencionalidad o la culpa y atiende al resultado tenido.”, *op. cit.*, pp. 52 y 53. Este enfoque de la culpabilidad que entiende a la imputación como concepto normativista-funcionalista, no sólo respecto a las personas físicas sino también jurídicas, y que obtiene su justificación en el fin de prevención general, es sostenido en el ámbito penal por Günter Jakobs, quien extrae el contenido conceptual exclusivamente de las funciones del sistema social. Al respecto *Cfr.* Schünemann, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 44 y 45. Para un entendimiento en la materia electoral.

Se entiende que en materia penal las personas jurídicas no puedan ser sujetos de castigo, por el problema que plantea el reproche de culpabilidad en su contra, sin embargo, consideramos que la “imputación” o vínculo entre un resultado y la conducta del agente que lo produjo, debe estar suficiente y razonablemente comprobado, para poder atribuirle a un sujeto las consecuencias jurídicas. De esta forma, como lo sostiene Roberto Oliva, el desvanecimiento del principio de culpabilidad tratándose de personas jurídicas constituye una comodidad para las administraciones públicas, en detrimento de las garantías de aquellas, quien además señala que “el régimen de garantías del derecho penal sustantivo y adjetivo no pasa de ser una caricatura o una deplorable imitación, tratándose de infracciones y sanciones administrativas”, al respecto véase Oliva, Roberto, “Aplicación de garantías de orden penal en el derecho sancionador”, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (coord.), *Constitucionalismo, dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, pp. 546-548, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3455/24.pdf>

⁴⁸ Como así parece sostenerlo el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en sus últimos precedentes.

acción (actuar esperado) y el resultado (actuar del agente), que permita imputar al sujeto el resultado como una consecuencia de su acción.

VI. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA PROPAGANDA ENCUBIERTA

1. *Contenido de la reforma*

La reforma constitucional en materia de telecomunicaciones publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2013⁴⁹ elevó a rango constitucional la prohibición de la transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa, al establecerse en el artículo 6o., constitucional lo siguiente:

IV. Se prohíbe la transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa; se establecerán las condiciones que deben regir los contenidos y la contratación de los servicios para su transmisión al público, incluidas aquellas relativas a la responsabilidad de los concesionarios respecto de la información transmitida por cuenta de terceros, sin afectar la libertad de expresión y de difusión.

Del análisis de la citada fracción surgen las siguientes cuestiones ¿Qué tipo de publicidad o propaganda es objeto de la prohibición? ¿La información en la que en apariencia debe ampararse dicha transmisión únicamente se refiere a la periodística o noticiosa?

En el dictamen positivo a la iniciativa de reforma constitucional presentada por el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, se aprecia que la motivación que subyace a la reforma es esencialmente la siguiente:

—Se propone que la radiodifusión sea un servicio público de interés general, por lo que el Estado deberá garantizar que sea prestado en condiciones de competencia y calidad, y brinde los beneficios de la cultura a toda la población, “preservando la pluralidad y veracidad de la información”, entre otras cuestiones cuyo fomento se pretende garantizar.

—Así mismo, se habla de buscar que el nuevo organismo público autónomo que se crea, asegure el acceso al mayor número de personas a contenidos que promuevan la integración nacional, la formación educativa, cultural y cívica, la difusión de

⁴⁹ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones.

información imparcial, objetiva, oportuna y veraz del acontecer nacional e internacional, y dar espacio a la expresión de la diversidad y pluralidad de ideas y opiniones que fortalezcan la vida democrática de la sociedad.

- Se puntualiza que el derecho a la información es un derecho fundamental que debe estar protegido y garantizado en todo Estado de derecho, como aspecto esencial de la libre expresión.
- Se establece que se pretenden fortalecer los derechos de las personas, para contar con una amplia gama de opciones de calidad y canales comunicativos que tiendan a expresar la diversidad social, política y cultural (nacional y de otros países), o bien, el derecho a contar con el acceso a información de interés público que sea veraz, plural y oportuna.
- Se señala que la iniciativa contempla la prohibición de emitir y difundir publicidad o propaganda electoral presentada como noticia, con la finalidad de evitar la transmisión de publicidad engañosa, sin afectar la libertad de expresión y de difusión.⁵⁰

⁵⁰ En la sesión de debates del 21 de marzo de 2013 de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LXII Legislatura, sobre el dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, que reforma y adiciona diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78 y 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de telecomunicaciones, en la discusión general, el diputado Ricardo Cantú Garza señaló que: “de igual forma, se adiciona un apartado B al artículo 6o., donde se establecen las obligaciones del Estado en materia de radiodifusión y telecomunicaciones. Destaca en este apartado B del artículo 6o., el contenido de la fracción IV, donde se prohíbe la transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa. Esto es un aspecto relevante que requerirá de precisar su contenido en la ley reglamentaria, habida cuenta de que en materia electoral se realizan abiertamente campañas a favor de candidatos que no se carga financieramente a los gastos de campaña como promocionales directos, sino que se hacen pasar como noticias con lo que la neutralidad de los medios de comunicación se rompe y los hace tomar abiertamente partido a favor de los candidatos de su empresa.”

Por su parte, el diputado Víctor Manuel Bautista López, al presentar una reserva a la fracción IV, sección B, del artículo 6o., constitucional, señaló que la prohibición consiste en la inclusión de contenidos orientados a la promoción personal de servidores públicos, no obstante, su propuesta fue desechada y no se discutió.

El diputado Gerardo Villanueva Albarrán, también presentó una reserva a la misma fracción y señaló que: “esta condición vulnera los elementales derechos de las audiencias, es decir, contenidos que respeten pluralidad y diversidad, frente a ello esta Cámara de Diputados se prepara para ratificar la eliminación al texto original, que preveía la obligación del Estado para garantizar el derecho de las audiencias y que fue

Sin embargo, para indagar qué tipo de propaganda es la prohibida y a través de qué “formato” se podría configurar dicha prohibición, consultando la propia iniciativa se aprecia lo siguiente:

—Se dice que el derecho a la información es por su propia naturaleza un derecho subjetivo, entendiendo como tal una situación de poder que garantiza al individuo el acceso a una información que, por serle útil y beneficiosa, constituye para él un bien jurídico. Se agrega que como tal derecho subjetivo, es un derecho individual y público, ya que comporta la intervención del Estado para tutelarlos. Así mismo, se dice que el derecho a la información tiene como objeto que la persona obtenga una información adecuada a sus necesidades de participación y conocimiento, información que debe cumplir con una condición ineludible: ser veraz, aparte de que es de titularidad universal.

—Se dice que el avance progresivo en el derecho a la libertad de expresión y de difusión hace imprescindible garantizar el acceso a la información veraz, plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.

Así mismo, el artículo transitorio del decreto señala que,

TERCERO. El Congreso de la Unión realizará las adecuaciones necesarias al marco jurídico conforme al presente Decreto dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a su entrada en vigor, y deberá:

[...]

V. Establecer la prohibición de difundir publicidad engañosa o subrepticia.

Como podemos apreciar, únicamente el dictamen a la iniciativa contempla que la prohibición se refiere a la emisión de publicidad o propaganda electoral presentada

sustituida por la simple prohibición de la publicidad integrada, pero sin ningún criterio para matizar la excesiva comercialización en la pantalla”, pero su propuesta de establecer un párrafo inicial que contuviera la clasificación de los siguientes derechos: “los derechos de las audiencias son los siguientes: el derecho de la infancia a contenidos de calidad; el derecho de réplica; el derecho a la identificación de la publicidad; el derecho de los consumidores a una información comercial veraz; el derecho a participar en los contenidos; el derecho a la no discriminación; el derecho a contenidos íntegros. Los derechos a la educación, la salud y la cultura.”, no fue aprobada y no se discutió.

como noticia, con la finalidad de evitar la transmisión de publicidad engañosa, sin afectar la libertad de expresión y de difusión, pero el artículo transitorio habla en general de la prohibición de publicidad engañosa o subrepticia.

2. Posibles impactos legislativos

Del análisis anterior, se podría señalar que tal y como quedaron los términos de la reforma constitucional de la que hemos hablado, correspondería al Congreso de la Unión establecer, a través de la regulación legal, el tipo de publicidad o información engañosa que se pretende evitar así como mediante de qué tipo de formatos, puesto que del análisis a la iniciativa, al dictamen y a los debates parlamentarios, no se puede advertir con claridad si la prohibición sólo se refiere a propaganda política, electoral, gubernamental o comercial, asimismo, si el formato por medio del cual se puede presentar el engaño es mediante la información periodística o noticiosa o también la comercial.

Por ello, el impacto legislativo que busque aterrizar la reforma constitucional en materia de información engañosa, pudiera referirse a la materia penal con el establecimiento de tipos penales que sancionen tales conductas; en materia administrativa con el establecimiento de infracciones para concesionarios y para servidores públicos, por una parte, o para compañías comerciales por otra,⁵¹ e inclusive en materia electoral con el establecimiento de infracciones para concesionarios, personas morales, servidores públicos, partidos políticos y candidatos que estuvieran involucrados en la difusión de propaganda electoral subrepticia.⁵²

⁵¹ Ya se ha señalado que "...fuera de las limitaciones señaladas [por el artículo 6o., constitucional anterior] ...el Poder Legislativo no tiene amplia discreción para suprimir o restringir información comercial veraz y que no induzca a error por cuestiones meramente paternalistas", además de referirse que las restricciones al derecho de libertad de expresión en su dimensión de la publicidad comercial podrían establecerse cuando se demuestre que están relacionadas con el interés estatal de prevenir el engaño en el público consumidor (artículo 28 constitucional), Pérez Johnston, Raúl, "Libertad de expresión en materia comercial. Análisis sobre sus limitaciones y criterios para su protección", en Pampillo Baliño, Juan Pablo y Munive Páez, Manuel Alejandro (coord.), *Derecho constitucional de los derechos humanos, obra jurídica enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*, México, Porrúa-ELD, 2012, pp. 486 y 488.

⁵² Ya han anotado Baños, Marco Antonio y Carriedo, Luis Miguel, "Distorsiones de la propaganda política", *Justicia Electoral*, México, Cuarta Época, vol. 1, núm. 5, 2010, p. 134, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=juselec&n=26>, que "...las reglas enderezadas a

Cabe señalar que actualmente la propaganda electoral que se presenta encubierta, ya sea de información periodística o publicidad comercial, no se sanciona propiamente como un ilícito administrativo autónomo sino que se forma para evadir las prohibiciones constitucionales de contratación, adquisición y difusión de propaganda política o electoral no ordenada por el Instituto Federal Electoral; la simulación sólo se toma como elemento para establecer la individualización de la sanción por parte del Instituto Federal Electoral, particularmente para calificar la gravedad de la infracción.⁵³

VII. Conclusiones

1. En virtud de las restricciones que supone el modelo de comunicación político-electoral que rige en la actualidad, los sujetos regulados se han visto orillados a buscar el acceso a los espacios de radio y televisión, a través de mecanismos “alternativos” a los legalmente previstos. Tales mecanismos, que de manera velada o subrepticia permiten la difusión de propaganda política o electoral ilegal, arropada bajo aparentes ejercicios informativos ha motivado que la autoridad electoral federal, tanto administrativa como jurisdiccional, configure los contornos de licitud e ilicitud en la comunicación que se presenta en los medios de radio y televisión.
2. Develar los actos de simulación ha exigido un análisis de caso por caso, muy particular y complejo que conlleva el escrutinio del contenido denunciado y del contexto que rodea la conducta infractora, para evidenciar algún acto de posicionamiento político o electoral ilegal.
3. La comunicación política se ha hecho eco de estrategias mediáticas altamente sofisticadas, que buscan la elusión-promoción en el contexto del modelo de comunicación político-electoral, lo cual exige por parte de las autoridades electorales, una revisión estricta para determinar si se justifica una limitación razonable a alguno de los derechos en conflicto.

obligar que los anunciantes sean veraces y eviten el engaño, tanto en la presentación como en el contenido de la publicidad se han ocupado del ámbito comercial, dejando lagunas o poca precisión para la propaganda política y gubernamental, sobre todo en lo que se refiere a la presentación de ésta”, quienes además, realizan un amplio estudio sobre casos paradigmáticos que dan cuenta de las modalidades de producto integrado y venta de entrevistas y menciones, señalando que dichos mecanismos son potenciales distorsionadores de la propaganda política y gubernamental que tiende a confundir a los ciudadanos.

⁵³ A modo ejemplificativo véase la resolución CG154/2013, del 28 de mayo de 2013.

4. En el tema de adquisición de tiempos en radio y televisión, y particularmente respecto a la forma de comprobación de tal ilícito administrativo, los criterios de las autoridades electorales federales han ido evolucionando. Primeramente, el órgano administrativo exigía un acuerdo previo para tener por comprobado tal ilícito. Pero el órgano jurisdiccional sostuvo que sólo se requería la simple difusión de la propaganda electoral en radio y televisión, fuera de los tiempos ordenados por el Instituto Federal Electoral, para imputar al sujeto el posicionamiento a su favor, actualizándose así la infracción de adquisición. Ello ha dado lugar a que en el seno del Consejo General haya posturas a favor y en contra de un estándar de prueba laxo o estricto para la adquisición, conteniendo ambas, ciertos riesgos en su formulación, en tanto se pueden vulnerar los derechos de los presuntos infractores al imputárseles conductas de las cuales no sean responsables, o bien, permitirse actos de simulación al no poderse acreditar con pruebas directas muchas de las conductas.
5. La problemática subsistente por una parte, gira en torno al papel que juega el deslinde en la configuración del ilícito de adquisición, el cual puede alterar el elemento de licitud de la conducta, lo que eventualmente se traduce en un tipo de eximente de responsabilidad. Dicho deslinde, supone que existe un deber de cuidado por parte de los sujetos regulados, cuya naturaleza y límites requieren ser aclarados, para poder establecer su responsabilidad con base en un mínimo de razonabilidad. Se considera que las pruebas de tipo indirecto y el razonamiento inferencial son recursos pertinentes para acreditar la adquisición, particularmente para demostrar la posibilidad racional del sujeto en el conocimiento de la conducta del tercero que lo posiciona política o electoralmente, ejercicio que ha intentado desarrollar últimamente el órgano administrativo electoral. No obstante lo anterior, el órgano jurisdiccional electoral parece mantener el criterio de la mera acreditación de la difusión para actualizar el ilícito de adquisición, sin darle mucha importancia al elemento cognoscitivo, para la imputación de la responsabilidad.
6. En contraste a lo sostenido por dicho órgano jurisdiccional, se estima que el juicio de reproche sí puede fundamentarse en la previsibilidad o evitabilidad del hecho que se exige a partidos y candidatos, como presupuesto del deber de cuidado exigido. De esa forma, en este estudio se considera que en materia de derecho administrativo sancionador aplican reglas especiales de imputación, acordes a nuestro sistema electoral en el que rige el principio de culpabilidad.

7. En materia de culpa *in vigilando*, los criterios del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación han evolucionado de una especie de responsabilidad objetiva al establecimiento del principio de culpabilidad como pilar de la imputación.

En un primer momento, se atribuía la responsabilidad indirecta al partido político con la sola acreditación de la conducta del responsable directo pero actualmente se considera que no puede imputarse la responsabilidad por un hecho ajeno, es decir, que la reprochabilidad que se efectúe a los partidos debe fundarse en las circunstancias fácticas que rodeen la irregularidad cometida por el responsable directo, para desprender la posibilidad racional del que prevengan su realización o se desvinculen de la misma.

8. Es posible concluir que tanto en la adquisición como en la culpa *in vigilando* si subyace un deber de cuidado, no se entiende por qué en la primera no se exige la presencia del elemento cognoscitivo para fundamentar la imputación al sujeto y en la segunda sí, cuando en ambas figuras debería imperar el principio de culpabilidad, para ser congruentes con este enfoque.

9. La reforma constitucional en materia de telecomunicaciones, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2013 elevó a rango constitucional la prohibición de la transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa. Se considera que de acuerdo a los términos de dicha reforma constitucional, correspondería al Congreso de la Unión establecer, a través de la regulación legal, el tipo de publicidad o información engañosa que se pretende evitar y qué tipo de formato, puesto que del análisis a la iniciativa, al dictamen y a los debates parlamentarios, no se puede advertir con claridad si la prohibición sólo se refiere a propaganda política, electoral, gubernamental o comercial, así como si el formato a través del cual se puede presentar el engaño es mediante la información periodística, noticiosa o también la comercial. Por ello, se estima que el impacto legislativo que busque aterrizar la reforma constitucional en materia de información engañosa, pudiera referirse a la materia penal, administrativa o electoral, para cubrir los diversos ámbitos en donde se puede presentar.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

ASTUDILLO, César, "La libertad de expresión en el contexto del modelo de comunicación político-electoral", *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, México, núm. 3, enero-junio

de 2013.

BAÑOS, Marco Antonio y CARRIEDO, Luis Miguel, "Distorsiones de la propaganda política", *Justicia Electoral*, México, Cuarta Época, vol. 1, núm. 5, 2010.

BECERRA, Ricardo *et al.*, *La mecánica del cambio político en México, elecciones, partidos y reformas*, México, Cal y Arena, 2007.

CARBONELL, Miguel, "La libertad de expresión en materia electoral", *Temas Selectos de Derecho Electoral*, México, núm. 3, 2008.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, "El modelo de comunicación político-electoral mexicano", *Revista Derecho Electoral*, núm. 16, julio-diciembre de 2013.

MAIJAR, Daniel, E., *El derecho administrativo sancionador*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.

FRISCH, Wolfgang y ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e imputar, sobre la imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, Colección estudios y debates en derecho penal núm.2, 2006.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo, *Derecho administrativo sancionador. Parte general, teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti, ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002.

LEVARIO TURCOTT, Marco, "La reforma electoral de 2007-2008 y la libertad de expresión", *Cuadernos para el Debate*, México, núm. 5, 2012.

OLIVA, Roberto, "Aplicación de garantías de orden penal en el derecho sancionador", en Astudillo César y Carpizo, Jorge (coord.), *Constitucionalismo, dos siglos de su nacimiento en América Latina, México*, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

PÉREZ JOHNSTON, Raúl, "Libertad de expresión en materia comercial. Análisis sobre sus limitaciones y criterios para su protección", en Pampillo Baliño, Juan Pablo y Munive Páez, Manuel Alejandro (coord.), *Derecho constitucional de los derechos humanos, obra jurídica enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer*

centenario, México, Porrúa-ELD, 2012.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.

ROLDÁN XOPA, José, *El procedimiento especial sancionador en materia electoral*, México, IFE, Colección cuadernos para el debate núm.1, 2012.

GIMATE-WELSH, Adrián y MARTÍNEZ BERMÚDEZ, Guillermina, "Comunicación política, sistema electoral y equidad en las elecciones de 2006 y 2009", *Justicia Electoral*, México, Cuarta Época, vol. 1, núm. 5, 2010, pp. 156 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Universidad Santo Tomás-Ibañez, 2007.

——— *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I, el hecho punible*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Navarra, Thomson-Civitas, 2005.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2009.