

Capítulo primero

Crítica a la “causal abstracta de validez”

Señores magistrados, no hay elección perfecta. Es una realidad de la que todos debemos partir. Pensar lo contrario sería una utopía, una fantasía.

Bertha Alfonsina NAVARRO⁵⁷

El presente capítulo presenta una lectura crítica del enfoque dominante con respecto a la posibilidad de invalidar una elección popular. En la primera sección, iniciamos con un acercamiento crítico a la idea comúnmente aceptada de que la nulidad de una elección es similar a la pena de muerte en materia penal, o que implica la búsqueda de una elección “perfecta”. Abogamos por transformar la lógica de interpretación para concebir a la evaluación de la validez de una elección como un proceso de “depuración” constitucional en lugar de una búsqueda de responsables a quienes aplicar sanciones. En la segunda sección, exploramos los detalles de la definición y la utilización del concepto

⁵⁷ Magistrada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Palabras pronunciadas en la sesión pública de la Sala Superior del TEPJF en la que se aprobó el Dictamen de validez de la elección presidencial de 2006, 5 de septiembre de 2006.

de “determinancia” por el TEPJF para demostrar cómo en los hechos los magistrados se encuentran en proceso de construcción de una “causal abstracta de validez” eminentemente conservadora que reemplazaría la clásica “causal abstracta de nulidad” expuesta en la introducción.

En la tercera sección, examinamos el tema de la carga de la prueba así como la mitología que rodea el concepto de “estricto derecho”, en particular con respecto a los juicios de revisión constitucional electoral (JRC). Finalmente, en la última sección del presente capítulo, analizamos el problemático éxito inicial del esfuerzo legislativo por acabar con la causal abstracta de nulidad con la reforma constitucional en materia electoral de 2007. Veremos cómo, en las primeras interpretaciones del TEPJF, los magistrados electorales decidieron aceptar acríticamente y sin resistencia alguna el nuevo “mandato” constitucional que busca limitar las facultades de interpretación constitucional del TEPJF y restringirlo a sólo anular elecciones cuando exista una causal explícita en la ley secundaria.

I. Del castigo a la depuración

Una de las ideas-fuerza que constituye la columna vertebral del enfoque hegemónico con respecto a la nulidad de una elección es su equiparación con la “pena de muerte” en materia penal. María del Carmen Alanís, ex presidenta y ahora magistrada del TEPJF, ha resumido esta postura de la siguiente manera:

La nulidad en materia electoral es la pena máxima que existe para castigar los actos o resoluciones que no están conforme a derecho, lo cual es equiparable a la pena de muerte en la materia penal, y aquélla sólo debe decretarse cuando,

al ponderarse los efectos negativos y se advierta el daño en la certeza en dicha elección, no exista otra alternativa posible. Insisto: lo ideal es hacer prevalecer siempre la voluntad de la mayoría de los ciudadanos y proteger, en la medida de lo posible, los sufragios. Se debe castigar a los infractores, llámense partidos políticos, coaliciones, actores políticos en particular, ciudadanos infractores en lo individual incluso, pero no a la ciudadanía en general.⁵⁸

Alanís aquí sostiene varias hipótesis que valen la pena examinar de manera pormenorizada e individualizada. En primer lugar, afirma que la declaratoria de nulidad de una elección es una “pena”, o un “castigo”, presumiblemente para el candidato o el partido ganador; segundo, dice que es “la pena máxima” cuyos efectos serían más fuertes e irreversibles que cualquier otro castigo; tercero, y a raíz de lo anterior, establece una equivalencia entre el derecho penal y el derecho electoral, al afirmar que la nulidad de una elección “es equiparable a la pena de muerte”; cuarto, afirma que la nulidad de una elección sólo debería proceder cuando “no existe otra alternativa posible” para castigar a los responsables de alguna irregularidad; quinto, insinúa que la anulación de una elección tiene una afectación negativa sobre “la voluntad de la mayoría de los ciudadanos” ya que deja a los sufragios en un estado de desprotección; sexto, y relacionado con el punto anterior, argumenta que anular una elección constituye un castigo para “la ciudadanía en general”.

⁵⁸ Alanís Figueroa, María del Carmen, “Sistema de nulidades en las elecciones”, *La reforma a la justicia electoral en México. Reunión Nacional de Juzgadores*, México, TEPJE, 2008, pp. 389 y 390, en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2011/CDCodigosEUM/pdf/DOC-22.pdf>.

Todas y cada una de estas afirmaciones son sumamente cuestionables. Para empezar, es un grave error conceptual definir la anulación de una elección como una “sanción” o una “pena”. El *Diccionario de la Real Academia Española* define “pena” como un “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta”. Una condición indispensable, entonces, para la aplicación de una “pena” es que exista un “responsable” específico a quién aplicarla. Así como toda pena necesariamente debe basarse en una disposición explícita de la ley (*Nulla poena sine lege*), también siempre debe corresponder a un “responsable” específico. Además, en el derecho penal en particular, normalmente se debe acreditar que el responsable haya actuado con dolo, o por lo menos con negligencia (*Nulla poena sine culpa*). Simplemente carece de sentido imponer una pena de manera abstracta sin aplicarla a un responsable específico e identificable.

Y la nulidad de una elección nunca se aplica a una persona o “responsable” específico sino a un proceso electoral en su conjunto. Es cierto que la decisión de anular una elección tiene consecuencias importantes para los candidatos. En particular, se esfuma la “victoria” del candidato que inicialmente había sido considerado el ganador de la contienda. Esta persona efectivamente podría experimentar esta situación como si fuera un “castigo” ya que vendría acompañado de sentimientos de decepción, coraje y tristeza.

Sin embargo, la nulidad de una elección no afecta al candidato supuestamente ganador en la esfera de sus derechos. Esto porque precisamente lo que resuelve el TEPJF en estos casos es que nunca hubo en realidad un “triunfo” como tal, ya que el proceso electoral no cumplió con la normatividad o los principios constitucionales en la materia. El hecho que la elección del candidato correspondiente haya sido avalada anteriormente por las instancias admi-

nistrativas y judiciales inferiores no le otorga una especie de "derecho al triunfo" que después le es "afectado" por el TEPJF. Todo el proceso de revisión administrativo y judicial forma parte de un conjunto integral de control de calidad de la elección y el eventual retiro de la constancia de mayoría constituye una *depuración del proceso* no un *castigo* para el supuesto ganador.

Netzaí Sandoval ha llegado a la misma conclusión: "Cuando un Tribunal anula elecciones, no castiga a los ciudadanos, sino que se limita a impedir que quienes violan la ley y la Constitución se impongan sobre la voluntad popular".⁵⁹ Y posteriormente en el mismo estudio, el maestro Sandoval señala que:

La decisión de anular una elección, no afecta los derechos de la ciudadanía (siempre se conserva el derecho de participar en las elecciones extraordinarias) mientras que, por el contrario, validar una elección con irregularidades sí puede afectar la libertad de un pueblo para elegir a sus gobernantes en comicios auténticos.⁶⁰

Hasta Hans Kelsen tendría que aceptar que la nulidad de una elección no puede equipararse con una sanción en materia penal. Kelsen define la totalidad del derecho como "un orden coercitivo" que "ordena una determinada conducta humana al proveerla de un acto coercitivo [o "sanción"] como una reacción contra la conducta contraria".⁶¹

⁵⁹ Sandoval, Netzaí, *Teoría del sistema de nulidades electorales en México, cit.*, pp. 30 y 31.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 96.

⁶¹ *Introducción a la Teoría pura del derecho*, trad. de Emilio O. Rabasa, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1960. También, en la misma obra, Kelsen señala que "la afirmación

Sin embargo, como bien lo ha señalado Carla Huerta, ni siquiera Kelsen se atrevería a decir que todos y cada uno de los mandatos jurídicos necesariamente tienen que tener un carácter sancionador: “La coacción es una característica del orden jurídico como un todo, no de cada norma; ni Kelsen mismo pretendió que todos y cada uno de los enunciados normativos previeran una sanción coactiva”.⁶² La anulación de una elección popular por incumplir principios constitucionales sería precisamente una de las disposiciones jurídicas claves que no tendrían la característica de ser una sanción a un responsable de violentar el orden normativo.

Es Andreas Von Tuhr quien ofrece una mejor definición de la naturaleza de la nulidad, alejada de las nociones de sanción o pena, para fines electorales. De acuerdo con el teórico:

El negocio [o el acto jurídico] es nulo cuando como consecuencia de un vicio del *factum* no produce los efectos que corresponden a su contenido. El vicio consiste en que falta un hecho [o elemento] constitutivo o existe un hecho impediende... La nulidad es un efecto que se produce *ipso iure* por el hecho mismo de la existencia de un vicio.⁶³

En realidad, como veremos con detalle en el segundo capítulo, el mismo TEPJF no se acerca al tema de la posible

de que un hombre está jurídicamente obligado a conducirse en determinada forma, no significa otra cosa que, en caso de la conducta contraria, deberá imponérsele una sanción como una reacción contra esta conducta” (p. 23).

⁶² Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del derecho: cuestiones relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 16 y 17.

⁶³ Citado en Márquez González, José Antonio, *Teoría general de las nulidades*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 169 y 170.

nulidad de una elección en busca de “culpables” a quien “castigar”, sino a partir de una evaluación integral de la calidad del proceso electoral y las violaciones a la norma que hayan existido. La mera acreditación del equivalente al “cuerpo del delito”, en términos penales, es suficiente para justificar la nulidad de una elección, aún si no son identificables los responsables inmediatos de las irregularidades.

Esto queda particularmente claro al nivel de una casilla electoral. Por ejemplo, el TEPJF no duda en anular una casilla cuando la urna fue robada o cuando las boletas fueron destruidas, independientemente de quién haya sido el responsable de la irregularidad. La nulidad de una casilla no depende de haber determinado a los culpables, algo que normalmente toma mucho tiempo y se encuentra a cargo de diversas instancias, sino sólo de haber acreditado que exista una afectación grave a la confiabilidad de los resultados.⁶⁴ De la misma manera, cuando el TEPJF declara la

⁶⁴ Al respecto el Tribunal ha establecido en una tesis de jurisprudencia (S3EL 032/2004) que define los elementos que debe revestir la causal genérica para la nulidad de una casilla electoral: “NULIDAD DE LA VOTACIÓN RECIBIDA EN CASILLA. ELEMENTOS PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LA CAUSA GENÉRICA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO Y SIMILARES). Conforme con el artículo 298, fracción XIII, del Código Electoral del Estado de México, es admisible la declaración de nulidad de la votación recibida en casilla, cuando concurren los siguientes elementos: a) La existencia de irregularidades graves; b) El acreditamiento pleno de dichas irregularidades graves; c) La irreparabilidad de esas irregularidades durante la jornada electoral; d) La evidencia de que las irregularidades ponen en duda la certeza de la votación y e) El carácter determinante de las irregularidades para el resultado de la votación”.

Cabe mencionar que el Tribunal estima, fundado en la tesis S3EL 041/97, que para que se surta el extremo de la llamada causal genérica de nulidad, basta con que en autos se demuestre fehaciente-

invalidez de una elección no “le anula” o “castiga” a alguien en particular, sino que simplemente “se anula” la elección como tal porque no cumplió con los requisitos legales en la materia.

Evidentemente, el TEPJF no es totalmente indiferente con respecto a la identidad de los responsables de los actos irregulares que hayan ocurrido durante un proceso electoral. Por ejemplo, si se demuestra que las irregularidades supuestamente cometidas por el candidato ganador en realidad fueron cometidas por el candidato perdedor con el fin precisamente de desprestigiar al ganador y deslegitimar su victoria entonces estas irregularidades no son tomadas

mente que se han vulnerado principios rectores de la función estatal de organizar las elecciones, lo cual se actualiza cuando fueron las propias autoridades encargadas de preparar, desarrollar y vigilar la elección de que se trata, quienes originaron y cometieron dichas violaciones sustanciales.

Otra tesis que abona en el mismo sentido es la tesis de jurisprudencia 53/2002: “VIOLENCIA FÍSICA O PRESIÓN SOBRE LOS FUNCIONARIOS DE LA MESA DIRECTIVA O DE LOS ELECTORES, COMO CAUSAL DE NULIDAD DE VOTACIÓN RECIBIDA EN CASILLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO Y SIMILARES). La nulidad de la votación recibida en casilla, por la causa contemplada por la fracción II, del artículo 355, de la Ley Electoral del Estado de Jalisco, procede en aquellos casos en que se ejerza violencia física o presión de alguna autoridad o particular, sobre los funcionarios de la mesa directiva de la casilla o de los electores, de tal manera que afecten la libertad o el secreto del voto y estos actos tengan relevancia en los resultados de la votación de la casilla. La naturaleza jurídica de esta causa de anulación requiere que se demuestren, además de los actos relativos, las circunstancias del lugar, tiempo y modo en que se llevaron a cabo, porque sólo de esta manera puede establecerse, con la certeza jurídica necesaria, la comisión de los hechos generadores de esa causal de nulidad y si los mismos fueron relevantes en el resultado de la votación recibida en la casilla de que se trate”.

en cuenta a la hora de evaluar la validez de los comicios. Es precisamente por este tipo de situaciones que el TEPJF ha dictado una serie de tesis sobre el tema de los "deslindes"⁶⁵ para poder distinguir entre actos de sabotaje de parte del adversario y aquellos actos que deben ser tomados en cuenta a la hora de evaluar la validez de una elección o, en su caso, imponer una sanción al partido o candidato. Sin embargo, la intencionalidad del esfuerzo judicial en su conjunto a la hora de evaluar la validez de una elección no es la búsqueda de culpables sino la evaluación integral de la certeza y la confiabilidad de los resultados electorales como tales.

Ahora bien, si es un error concebir una declaratoria de nulidad como una "pena" es aún más equivocado visualizarla como la "pena máxima". Las sanciones para los infractores en materia electoral están claramente especificadas en las leyes correspondientes. Tanto el Código Penal Federal como el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) señalan cuáles son las acciones y omisiones que pueden ser castigadas administrativa o penalmente en la materia así como las instituciones responsables de imponer y revisar estas penas.

En el ámbito penal, la pena máxima en materia electoral no es la muerte sino cárcel de 3 a 7 años (o de hasta 9 años para delitos cometidos por servidores públicos) de acuerdo con los artículos 407 y 411 del Código Penal Federal vigente. En el ámbito administrativo, la sanción máxima para los candidatos es una multa de hasta cinco mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal o

⁶⁵ Por ejemplo, Tesis VI/2011: RESPONSABILIDAD INDIRECTA. PARA ATRIBUIRLA AL CANDIDATO ES NECESARIO DEMOSTRAR QUE CONOCIÓ DEL ACTO INFRACTOR, y Tesis 17/2010: RESPONSABILIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS POR ACTOS DE TERCEROS. CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR PARA DESLINDARSE.

la cancelación de su candidatura de acuerdo con el artículo 354, inciso *c*, fracciones I y II, del Cofipe. Para las empresas de radio y televisión la multa puede ascender hasta cien mil días de salario mínimo (pudiendo duplicarse dicha cantidad en caso de reincidencia) y el IFE también podría ordenar la suspensión de la transmisión del tiempo comercializable de acuerdo con el artículo 354, inciso *f*, fracciones II y IV, del Cofipe. Para los partidos la multa máxima es de hasta diez mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal o, en su caso, la cancelación de su registro de acuerdo con el artículo 354, inciso *a*, fracciones II y VI, del Cofipe.

No existe mención alguna de la nulidad de una elección en los catálogos de penas del derecho sancionador electoral o del derecho penal electoral. Pero aún si la nulidad estuviera incluida explícitamente como una pena en la ley, de ninguna manera podríamos considerarla como la “pena máxima”. Por ejemplo, para un candidato la privación de su libertad sería sin duda un castigo mucho mayor que la nulidad de una elección que supuestamente habría ganado. En este caso, además de no poder ocupar el cargo para el cual contendía, el candidato también tendría que purgar una sentencia en la cárcel. Esta sería sin duda un castigo mucho más fuerte que la simple anulación de “su victoria”.

Adicionalmente, si es incorrecto concebir la nulidad de una elección como la “pena máxima” en materia electoral, es aún más problemático equipararla con la “pena de muerte” en materia penal. En primer lugar, la pena de muerte viola los principios básicos de un Estado democrático de derecho y está explícitamente prohibida por la Constitución mexicana.⁶⁶ Si la nulidad de una elección es

⁶⁶ CPEUM, artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormen-

el equivalente a la pena de muerte entonces en sentido estricto jamás debería ser aplicada. Habría que abolir de una vez por todas siquiera la posibilidad de que los magistrados electorales pudieran anular una elección, en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia, por los efectos negativos que esto podría tener en la sociedad.

Resulta entonces que una posición como la de la magistrada Alanís que busca ser moderada, responsable y cuidadosa, al afirmar que solamente se debe anular una elección "si es la única alternativa posible", en los hechos resulta ser sumamente radical e irresponsable. Al sugerir que debería ser imposible anular una elección, Alanís abre la puerta para un abuso generalizado de la ley por parte de los candidatos y los partidos a sabiendas que, si bien posteriormente se les podría aplicar alguna sanción económica, nunca se les quitará el triunfo electoral y las prebendas que acompañan este acceso indebido al poder público.

En general, habría que analizar críticamente el tema más general de la equivalencia que Alanís establece entre el derecho penal y el derecho electoral. Esta comparación tiene una larga historia dentro del TEPJF; por ejemplo, ya existen tesis que abordan directamente el tema, a saber: "DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DE *IUS PUNIENDI* DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL".⁶⁷ El TEPJF también frecuentemente cita la tesis de la SCJN: "DERECHO

to de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

⁶⁷ Tesis XLV/2002, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 483-485.

ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO”.⁶⁸

El problema con establecer esta equivalencia entre los ámbitos penales y electorales es que la decisión de sancionar a una persona moral como un partido político por una violación a la legislación electoral no es de ninguna manera equivalente a la decisión de sancionar a una persona física por haber violado el Código Penal. Los partidos políticos no son seres humanos y las sanciones en materia electoral de ninguna manera se pueden comparar con la gravedad de una sanción en materia penal. Si bien siempre es necesario asegurar cierta consistencia en la actuación de las autoridades así como garantizar el derecho de audiencia de los acusados, la lógica procesal debería ser radicalmente diferente en los dos ámbitos.⁶⁹

Por ejemplo, en el derecho penal lo más grave que puede ocurrir es la encarcelación de un inocente.⁷⁰ Un acontecimiento de este tipo desvirtúa la esencia misma del sistema

⁶⁸ Tesis 99/2006, Acción de inconstitucionalidad 4/2006, SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Novena Época, agosto de 2006, t. XXIV, p. 1565.

⁶⁹ Para mayor discusión sobre este tema en particular, véase Ackerman, John M., “Repensando las bases del derecho electoral a la luz del caso Sodi”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIII, núm. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 563-594.

⁷⁰ La formulación clásica de este principio se encuentra en los escritos del jurista romano Ulpiano: “Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar un inocente” (“*Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”), Digesto, Ulpiano I.5.

de justicia penal y debe ser evitado a toda costa.⁷¹ Incluso sería preferible dejar libres diez delincuentes que encarcelar a un inocente. Todo el sistema de garantías procesales en materia penal está diseñado específicamente para evitar este escenario.⁷²

Pero en materia electoral, la nulidad de una elección no constituye el escenario límite que debería definir todo el procedimiento en la materia. Al contrario, mucho más grave que anular equivocadamente una elección limpia, sería la validación de una elección fraudulenta. La anulación de una elección desemboca inmediatamente en la celebración de nuevos comicios en los que se ratifica el derecho de los ciudadanos a elegir a sus líderes. Sin embargo, la incorrecta validación de una elección inauténtica desvirtúa de fondo el sistema de representación democrática. Al colocar en un puesto gubernamental a una persona que no haya

⁷¹ César Beccaria, por ejemplo, establece que la presunción de inocencia es un principio central de todo el derecho penal, manifestando que: "Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida", Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 119.

⁷² A partir de 2011, la misma CPEUM, en el artículo 20, establece explícitamente el principio de la presunción de inocencia. Anteriormente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había afirmado que la presunción de inocencia era un principio constitucional de especial y absoluta aplicación. Véase las tesis: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", tesis P. XXXV/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002 p. 14, y "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL", tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 2a. Sala, t. XXV, mayo de 2007, p. 1186.

ganado la elección correspondiente de manera legítima, las autoridades pierden su razón de ser y se defrauda la voluntad popular.

El Tribunal Constitucional de España ha sentado un precedente importante al respecto. En su sentencia 48/2003 del 12 de marzo de 2008 sobre la constitucionalidad de la Ley de Partidos Políticos, los magistrados rechazaron la impugnación presentada por el Gobierno Vasco (GV) que alegaba que un eventual proceso de disolución de un partido político debería seguir los principios básicos de un juicio penal o civil ya que los partidos políticos contarían con las mismas garantías procesales que las personas físicas u otro tipo de asociaciones y organizaciones ciudadanas. Específicamente, el GV argumentaba que violenta el orden constitucional la inclusión en la ley de una disposición que permite disolver un partido político cuando “su actividad vulnera los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático... realizadas de forma reiterada y grave”.⁷³

⁷³ Artículo 9o., numeral 2, Ley Orgánica de Partidos Políticos (España):

Artículo 9. Actividad

2. Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnera los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave:

a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.

El Tribunal español resolvió que el principal bien jurídico tutelado en un procedimiento de disolución es el pluralismo de las ideas y los partidos, así como la preservación del orden democrático. De acuerdo con la sentencia, no existe la necesidad de aplicar los principios del *ius puniendi* ya que:

No se aprecia la concurrencia de un verdadero carácter de pena en la medida de disolución. Antes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones.⁷⁴

El Tribunal señala que cuando un partido político incumple con su mandato constitucional e incurre en un “quebranto del orden jurídico pluralista proclamado por la Constitución” resulta necesario “restablecer la legalidad conculcada”. En suma, “no hay componente punitivo alguno. Estamos, pues, ante una sanción reparadora”.

b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.

c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

⁷⁴ Tribunal Constitucional de España, sentencia 48/2003, del 12 de marzo de 2008.

Esta distinción que el Tribunal establece entre una sanción “punitiva” y una sanción “reparadora” es fundamental. Abona en el mismo sentido que el argumento del presente estudio ya que establece una diferencia radical entre la lógica procesal del derecho penal y el derecho electoral. Las sanciones en materia penal afectan directamente “al infractor en su esfera de derechos” y por lo tanto requieren de una lógica procesal legalista y de estricto derecho para evitar la violación de los derechos humanos fundamentales del acusado. En contraste, en materia electoral, las “sanciones” no tienen la misma naturaleza. De acuerdo con el Tribunal español, la negativa del registro de un partido político no prohíbe la libertad de asociación o de expresión de las personas que forman parte del partido, sino que solamente implica la aplicación de legítimos criterios reguladores a la esfera de competencia política-electoral. De la misma manera, en México la prohibición de la compra de propaganda electoral en radio y televisión por los partidos políticos, o por terceros, plasmada en el artículo 41 de la Constitución tampoco implica una violación a la libertad de expresión, sino solamente la imposición de una regulación básica de un espacio comercial (anuncios en radio y televisión) con el fin de asegurar la equidad de la competencia electoral.⁷⁵

⁷⁵ En otra parte, hemos señalado que “la prohibición contra la contratación de propaganda electoral es una limitante estrictamente comercial que no viola el principio de la libertad de expresión. Así como se prohíbe que se anuncie la venta de drogas, de cigarros o los servicios de prostitución, hoy se protege el interés público al evitar la injerencia indebida del dinero privado en las contiendas electorales. Así mismo, la reforma no restringe en absoluto la expresión de opiniones políticas en la plaza pública o siquiera por periodistas y invitados en la televisión. Lo único que se obstaculiza es la comercialización de los mensajes electorales en los medios electró-

Las sanciones económicas a los partidos políticos tampoco afectan directamente a los individuos en la esfera de sus derechos. Por ejemplo, estas sanciones normalmente se liquidan con una deducción a las prerrogativas proporcionadas por el IFE, no por medio de un pago de los militantes del partido.

Consecuentemente, en materia electoral el juez puede tomar mayores libertades interpretativas con el fin de asegurar el cumplimiento de los intereses sociales y principios constitucionales generales en materia democrática ya que no corre el mismo riesgo que en un juicio penal de atropellar los derechos fundamentales de los "acusados". Y si esto es el caso para las acciones y decisiones que son verdaderas "sanciones" en materia electoral, como el retiro del registro de un partido político o la imposición de una multa, entonces con mayor razón cuando se trata de una decisión, como la anulación de una elección popular, que ni siquiera es una "sanción".

El Tribunal Electoral del Distrito Federal (TEDF) sostuvo argumentos similares con respecto a la naturaleza procesal de una declaratoria de nulidad en materia electoral cuando invalidó la elección para jefe delegacional en la delegación Miguel Hidalgo en 2009.⁷⁶ Se declaró la nulidad por rebase de los topes de campaña a razón de la "entrevis-

nicos". Ackerman, John, "La Corte, los intelectuales y el poder", *La Jornada*, 24 de enero de 2011.

⁷⁶ Sentencia TEDF-JEL-063/2009, TEDF-JEL-098/2009 y TEDF-103/2009 acumulados. Para un análisis completo de este caso véase Ackerman, John M., "Repensando las bases del derecho electoral a la luz del caso Sodi", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, cit., pp. 563-594. Véase también Farrera Bravo, Gonzalo y Paoli Bolio, Francisco José, *Topes de campaña y propaganda velada*, México, TEPJF, 2011, disponible en: http://www.te.gob.mx/documentacion/publicaciones/serie_comentarios_salas/Comentarios_4_SR.pdf.

ta” simulada con el candidato Demetrio Sodi transmitida por un canal de Televisa durante un popular juego de fútbol. En su sentencia, los magistrados de la mayoría tienen mucho cuidado en señalar que la anulación de la elección no implica una “sanción” para el candidato o para la televisora. Esto es importante porque de lo contrario, la instancia judicial local estaría desacatando la decisión anterior de parte de la Sala Superior del TEPJF de no sancionar o multar a Sodi o a Televisa por la difusión de esta propaganda electoral.⁷⁷

El TEDF sostiene que dada la naturaleza simuladora de este tipo de “fraudes a la ley” es muy difícil sancionar a los “actos” fraudulentos en sí, ya que estrictamente cumplen con la normatividad correspondiente. Sin embargo, aun si se decide no sancionar al acto en sí, como en su momento lo decidió el TEPJF, esto no representa ningún obstáculo por controlar en otro momento los “efectos legales” del acto fraudulento. Y en este caso el bien jurídico tutelado por el TEDF es el principio de la equidad en las contiendas electorales, el cual se vio afectado de manera directa por la “entrevista” de Sodi. “No sería válido pretextar el ejercicio de una libertad de expresión o el derecho a la información, cuando a través de su práctica durante los procesos electorales, se infrinjan las reglas que garantizan el principio de la equidad en la contienda”.⁷⁸

Por lo tanto, los magistrados sostienen que más allá de la decisión del TEPJF de no sancionar a Sodi o a Televisa, de todas formas existe una afectación a la campaña electoral que debería ser tomada en cuenta a la hora de calificar la elección:

⁷⁷ SUP-RAP 190/2009 y acumulados.

⁷⁸ TEDF-3EL-063/2009.

En el caso concreto es posible que la entrevista, si se le examina de forma aislada, no genere ilicitud alguna, pero no cabe duda de que, al ser vinculada a todos los demás actos que poseen la misma naturaleza, es decir, a todos los demás actos que son calificados y reconocidos como propaganda electoral, entonces se transforma en un elemento indispensable para la fijación del monto total erogado en las campañas y, en su caso, de la cantidad que excedió los límites de gastos establecidos. Esto es así porque no es posible, bajo el riesgo de formular un argumento falaz, que se predique de un todo la misma cualidad de una de sus partes. En otras palabras, una entrevista puede, siendo lícita y no perdiendo esta cualidad, contribuir a generar otra ilicitud que depende de las cualidades del conjunto al que pertenece; en este caso, del conjunto constituido por todos los actos de propaganda.⁷⁹

Así que estrictamente hablando, el TEDF no impuso sanción alguna por la entrevista que Sodi otorgara a Televisa en el contexto de un partido de fútbol. Lo único que hace el TEDF es avalar el dictamen del IEDF que había contabilizado esta entrevista como parte de los gastos de campaña de Sodi. El resultado final terminó siendo un rebase del tope de gastos de campaña que fue calificado de "determinante" por los magistrados locales y, por lo tanto, causal de nulidad para la elección para la jefatura delegacional. Pero este desenlace de ninguna manera surge de manera automática a partir de la determinación de contabilizar la entrevista correspondiente. Por ejemplo, si la entrevista hubiera sido el único acto de propaganda electoral que Sodi hubiera realizado, el candidato hubiera estado cómodamente dentro de los límites legales con respecto a los gastos de campaña.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 182.

La Sala Regional en Toluca del TEPJF también ha empezado a ensayar algunas reinterpretaciones con respecto a la equivalencia entre el derecho penal y el derecho electoral. Por ejemplo, en la sentencia ST-JRC-3/2010 esta Sala estableció una excepción al principio de reserva legal, proveniente del *ius puniendi*, y en su lugar aplicó un “principio de proporcionalidad”. El caso involucraba la entrega de despensas por el candidato del PRI a la presidencia municipal de Tepetlixpa en el Estado de México. El PRI argumentaba que el Instituto Electoral del Estado de México (IEEM) no podía sancionar al candidato tanto porque la ley no prohibía expresamente la simple entrega de despensas sino solamente “la compra y coacción de votos” y de acuerdo con la norma el IEEM sólo podía sancionar a los candidatos por rebasar los topes de gastos de campaña y no por otras conductas.

Sin embargo, la Sala Toluca consideró que a pesar de que no hubiera una disposición expresa a nivel de ley, sino únicamente a nivel reglamentario, era necesario sancionar al partido y al candidato con el fin de garantizar la vigencia de los principios constitucionales en materia electoral:

En efecto, la *reserva legal*, a pesar de estructurarse como una garantía para que los individuos no sean sancionados por una disposición contenida en un cuerpo normativo infralegal, lo cual implica la obligación de las autoridades de incorporar a nivel legal cualquier posible sanción a los individuos, *no es absoluta*, dado que pueden existir razones que permitan que tales disposiciones se encuentren a nivel reglamentario, máxime cuando, como en el caso, se desarrolla en el siguiente escalón del sistema jurídico (reglamento), los principios contenidos a nivel legal.⁸⁰

⁸⁰ ST-JRC-3/2010, énfasis agregado.

En palabras del magistrado Santiago Nieto, ponente en el caso, era necesario "restringir la garantía de reserva legal para maximizar el principio de rendición de cuentas de los partidos políticos".⁸¹ La sentencia sostiene que:

El sacrificio de los intereses individuales de los partidos políticos o candidatos, entre otros, que hayan vulnerado las normas es preferible que poner en riesgo el sistema del derecho administrativo sancionador electoral, por lo que, debe fortalecerse este último, dado que existe un interés legítimo de la sociedad por sancionar la violación a las disposiciones electorales.

De la misma forma, para sustentar el "principio de proporcionalidad" la Sala Toluca cita la jurisprudencia S3E-LJ 62/2002: "PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD".⁸²

El caso de la nulidad de la elección del presidente municipal en Zimapan, también resuelta por la Sala Toluca (SUP- JRC- 15/2008), es otro ejemplo de la aplicación de criterios avanzados en la materia. Aquí encontramos un lenguaje similar: "La falta administrativa *es independiente de la consecuencia jurídica* que deriva de la violación directa a un precepto constitucional, y por el contrario, *al margen de la nulidad electoral*, la infracción referida puede ser sancionada en el ámbito del derecho administrativo sancionador electoral" (énfasis agregado). De nuevo, se

⁸¹ Comunicación personal del autor con el magistrado Santiago Nieto.

⁸² Publicada en *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, volumen Jurisprudencia, pp. 235 y 236.

percibe una clara distinción entre la naturaleza procesal de los procedimientos de nulidad y de sanción.

Lamentablemente, la Sala Superior del TEPJF no ha tenido la misma claridad que el Tribunal Constitucional español, el TEDF y la Sala Regional en Toluca con respecto a la naturaleza depuradora, en lugar de sancionadora, de las nulidades electorales y la necesidad de distinguir entre los partidos políticos y personas físicas u otras personas morales. Por ejemplo, en su tesis LIX/2001:“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRINCIPIO VIGENTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL”,⁸³ el TEPJF cae en una confusión grave al afirmar que un partido político sería el equivalente a un “gobernado”. El texto de la tesis señala que esta “presunción jurídica se traduce en un derecho subjetivo *de los gobernados* a ser considerados inocentes” (énfasis agregado). Asimismo, indica que este principio se debería extender automáticamente del ámbito penal al electoral ya que en ambos casos existe “un resultado sancionatorio o limitativo de *los derechos del gobernado*” (énfasis agregado).

Si bien desde 2007 el IFE cuenta con facultades de sanción directa en contra de personas físicas, la mayor parte de las sanciones emitidas desde su creación y todavía hoy en día son en contra de partidos políticos. Y de acuerdo con el artículo 41 de la CPEUM los partidos políticos no son cualquier persona moral sino “entidades de interés público”. En consecuencia, técnicamente es incorrecto referirse a los partidos políticos como “gobernados”. Al contrario, su razón de ser es precisamente llegar a gobernar y, por lo menos en el caso mexicano, la mayor parte de

⁸³ La Sala Superior en sesión celebrada el 14 de noviembre de 2001, aprobó por unanimidad de votos la tesis que antecede. *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, suplemento 5, año 2002, p. 121.

su presupuesto viene precisamente del erario público. Así que una sanción monetaria o la nulidad de una elección no puede ser interpretada como una afectación a los derechos de los ciudadanos o "los gobernados", sino más bien como una "reparación" del orden normativo imperante con respecto a la regulación de la competencia política-electoral entre "entidades de interés público".

Ahora bien, es cierto que en otras tesis el TEPJF parece reconocer la existencia de diferencias importantes entre el derecho penal y el derecho electoral. Por ejemplo, en la tesis clave en la materia, mencionada arriba, "DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DE *IUS PUNIENDI* DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL", el TEPJF señala que "no siempre y no todos los principios penales son aplicables, sin más, a los ilícitos administrativos, sino que debe tomarse en cuenta la naturaleza de las sanciones administrativas y el debido cumplimiento de los fines de una actividad de la administración, en razón de que no existe uniformidad normativa...". Sin embargo, a la hora de resolver lo más común es que el TEPJF parte del supuesto de una equivalencia casi total entre los dos ámbitos, tal y como lo señala Alanís en el texto bajo análisis en el presente apartado.

El cuarto elemento del planteamiento de Alanís refiere que solamente se debería proceder a anular una elección cuando "no existe otra alternativa posible". Desde este punto de vista, la nulidad de una elección se concibe literalmente como el "fin de la historia" ya que implicaría una especie de "pérdida total" de la elección por parte de las autoridades. Por lo tanto, la idea es que antes de dar por "muerto" al proceso electoral, primero habría que hacer todo lo posible por depurar, corregir y reinterpretar las irregularidades que hayan existido durante el proceso electoral.

Pero esta perspectiva de nuevo ignora que la anulación de una elección de ninguna manera representa el fin de la historia, sino que en realidad implica un renacimiento del espíritu y la práctica democrática. Con la aplicación de la pena de muerte, se acaba definitivamente todo el proceso legal ya que el responsable del delito deja de existir. Pero con la anulación de una elección se inicia una nueva etapa de organización de nuevos comicios que tendrían que ser más auténticos y libres que los anteriores.

Así que es semánticamente incorrecto afirmar que sólo se debería declarar la nulidad de una elección cuando “no existe otra alternativa posible”. La verdad es justo lo contrario. Con la anulación de una elección se abren nuevas “alternativas”. En todo caso, estrictamente hablando sería la validación de una elección la última “alternativa” ya que con esta acción sí se acaba de forma definitiva el proceso judicial y se da paso a otra etapa con la toma de posesión del candidato electo.

En el quinto elemento de su argumento, Alanís también insiste que “lo ideal es hacer prevalecer siempre la voluntad de la mayoría de los ciudadanos y proteger, en la medida de lo posible, los sufragios”. Aquí la magistrada una vez más tergiversa lo que está en juego al dar a entender que la anulación de una elección implicaría una afectación a “la voluntad de la mayoría de los ciudadanos”.

En realidad, la situación es justo lo contrario. Cuando el TEPJF llega al extremo de anular una elección es precisamente porque no existe certeza con respecto a cuál sea la “voluntad de la mayoría”. La cantidad y la gravedad de las irregularidades que existieron durante el proceso electoral no permiten determinar la naturaleza de esta voluntad general y por lo tanto obligan a reponer el procedimiento. Se anula una elección con el fin de permitir la plena expresión de la voluntad general, no para enterrarla. Es cierto

que con la nulidad literalmente se sacrifican los votos emitidos. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico esto no implica pérdida alguna ya que son sufragios viciados de origen.

Finalmente, la última parte del argumento de Alanís incluye la afirmación de que “se debe castigar a los infractores, llámense partidos políticos, coaliciones, actores políticos en particular, ciudadanos infractores en lo individual incluso, pero no a la ciudadanía en general”.⁸⁴ La idea que la nulidad de una elección implicaría una sanción para la ciudadanía en general es común en las sentencias del TEPJF. Por ejemplo, en la revisión de las elecciones para gobernador en el Estado de México,⁸⁵ el TEPJF señala que “la anulación de una elección no es sólo una sanción a los actores políticos contendientes en el proceso electoral, sino también a los electores que acudieron a las urnas a emitir un sufragio que estiman es válido, y por lo tanto debe prevalecer”. Y posteriormente, “la nulidad de una elección sin causas debidamente acreditadas y que cumplan con las características que la ley respectiva exige, tiene como consecuencia la vulneración de la democracia”.

El problema es que si ya de por sí es insostenible afirmar que la nulidad de una elección sea una “pena” o un “castigo” para el supuesto ganador de una elección, mucho más difícil sería sostener que sea un castigo para “la ciudadanía en general”. Para que esto fuera el caso “la ciudadanía en general” tendría que haber sido encontrada “responsable” por las irregularidades cometidas. Pero esto es imposible

⁸⁴ Llama la atención que el listado de la magistrada deja totalmente fuera de cualquier responsabilidad a las mismas autoridades electorales quienes de acuerdo con la Constitución serían los principales responsables de que se cumplan los principios legales en la materia.

⁸⁵ SUP-JRC-254/2011.

ya que “la ciudadanía en general” no es un sujeto dotado de conciencia e intencionalidad y los “castigos” siempre se imputan a presuntos responsables directos de algún delito o irregularidad. Así que es simplemente absurdo, un argumento estrictamente falaz desde un punto de vista jurídico, hablar de un “castigo” para la “ciudadanía en general”.

La anulación de una elección tampoco le afecta a “la ciudadanía” en absoluto en su esfera de derechos. Como ya comentamos arriba, la invalidez de una elección lleva inmediatamente a la celebración de nuevas elecciones, en las cuales los ciudadanos podrán acudir una vez más a emitir su voto para elegir sus próximos representantes. La celebración de nuevos comicios puede generar molestias para los ciudadanos y un gasto adicional para el Estado, pero no afecta en absoluto el derecho de la población a participar en la integración de los poderes estatales sino todo lo contrario, lo reafirma.

La salida de este laberinto argumentativo es evidente: reconocer de una vez por todas que la nulidad de una elección simplemente no es un castigo, ni para el candidato ganador, ni para la población en general, ni para nadie más. Es mejor entendida como un ejercicio de “depuración” del proceso electoral con el fin de asegurar que se hayan cumplido con los principios constitucionales y legales necesarios para que el día de la elección se pueda materializar una auténtica expresión de la “voluntad popular”.

Es necesario cambiar radicalmente de enfoque. La nulidad de una elección no sería el equivalente ni a la “pena de muerte” ni a la invalidación total de un proceso penal con la correspondiente liberación absoluta del inculpado. El símil más cercano en el ámbito del derecho penal sería más bien el otorgamiento de un “amparo para efectos” en que un tribunal de casación requiere a las instancias inferiores “reponer el procedimiento” para corregir las violaciones constitucionales que hayan ocurrido durante el proceso.

No sería entonces la nulidad sino la validez de una elección la que sería similar a una sentencia condenatoria en materia penal. Ambas decisiones, la condena al inculpaado y la ratificación del triunfo del candidato, ponen un fin definitivo al proceso judicial correspondiente. Pero antes de tomar esta decisión final, el tribunal constitucional correspondiente tiene que verificar, más allá de cualquier duda razonable, que los hechos hayan ocurrido tal y como los reportan las autoridades y que el proceso legal haya estado estrictamente apegado a derecho.

El "bien jurídico tutelado" por el TEPJF no es entonces la mera emisión de los sufragios, sino el derecho ciudadano para elegir a sus gobernantes. Y si resulta que los sufragios emitidos son inútiles para determinar la voluntad general de la población, flaco favor le hacen los tribunales a la ciudadanía al otorgarle validez a estos papeles inservibles. Lo más correcto sería reponer el procedimiento, como un juez de amparo que encuentra irregularidades graves en un proceso judicial, por medio de la anulación de los comicios y la celebración de un nuevo ejercicio democrático en mejores condiciones.

Este ejercicio de "depuración" tampoco implica la búsqueda de una elección "perfecta", tal y como lo afirmó la magistrada Bertha Alfonsina Navarro el 5 de septiembre de 2006.⁸⁶ La magistrada tiene razón en señalar que nada es perfecto en el mundo terrenal de hombres y mujeres de carne y hueso. Sin embargo, la cuestión central para un magistrado a la hora de evaluar la validez de una elección no es si haya sido perfecta o no, sino cómo manejar y enfrentar la "imperfección" necesariamente existente.

Aquellos que piensan que se debe hacer todo lo posible por "depurar" los procesos electorales no buscan alcanzar

⁸⁶ Véase la cita de las declaraciones de la magistrada Navarro, con la cual iniciamos el presente capítulo.

“una utopía, una fantasía”, de acuerdo con la descalificación de la magistrada. Al contrario, buscan mejorar la calidad de los procesos electorales y cumplir mejor con los principios democráticos y constitucionales de “autenticidad” y “libertad” del sufragio. En todo caso, los que recurren a la “fantasía” serían aquellos juzgadores que insisten en cerrar sus ojos a la realidad y esconderse atrás de formalismos jurídicos para así desaparecer por arte de magia las irregularidades y los cuestionamientos con respecto a la validez de una elección.

II. Sabotaje y determinancia

Una de las objeciones principales a un enfoque “depurador” o “reparador” como el que proponemos arriba es que podría estimular la comisión de actos intencionales de sabotaje por parte de los perdedores con el fin de cancelar la validez de una elección. Se sostiene que se pondría en riesgo todo el edificio democrático ya que cualquier candidato que sintiera que sus posibilidades de ganar fueran mínimas tendría un fuerte incentivo para simplemente “tirar el tablero” del “juego” electoral.

Este tipo de argumento se repite comúnmente en las sentencias en materia de nulidades dictadas por el TEPJF. Por ejemplo, en su revisión de las elecciones para gobernador en el estado de Michoacán (SUP-JRC-6/2012), el TEPJF justifica su decisión de validar los comicios con el argumento de que “pretender que cualquier infracción de la normativa electoral diera lugar a la nulidad... propiciaría la comisión de todo tipo de faltas a la ley dirigidas, a impedir la participación efectiva del pueblo”. En otro caso (ST-JDC-22/2010) la Sala Regional del TEPJF con sede en Toluca ha afirmado

que determinar la nulidad de una elección por una irregularidad menor "sería un incentivo para que los actores políticos que quisieran que se anulara un proceso electivo, buscaran medios ilícitos para conseguirlo, en lugar de acercarse con la ciudadanía para verse favorecidos con el sufragio, lo cual es incompatible con un Estado Constitucional de Derecho".

En realidad, estas afirmaciones no hacen más que retomar el texto de la ya mencionada tesis S3ELJD 01/98 sobre el "PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS PÚBLICOS VÁLIDAMENTE CELEBRADOS. SU APLICACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA NULIDAD DE CIERTA VOTACIÓN, CÓMPUTO O ELECCIÓN".⁸⁷ Esta tesis se basa en el aforismo latino *lo útil no debe ser viciado por lo inútil*, un principio que de acuerdo con el TEPJF tiene "especial relevancia en el derecho electoral mexicano". El texto de la tesis argumenta a favor de proteger "el ejercicio del derecho de voto activo de la mayoría de los electores que expresaron válidamente su voto, el cual no debe ser viciado por las irregularidades e imperfecciones menores que sean cometidas por un órgano electoral no especializado ni profesional, conformado por ciudadanos escogidos al azar...". Asimismo, el TEPJF señala que:

Pretender que cualquier infracción de la normatividad jurídico-electoral diera lugar a la nulidad de la votación o elección, haría nugatorio el ejercicio de la prerrogativa ciudadana de votar en las elecciones populares y propiciaría la comisión de todo tipo de faltas a la ley, dirigidas a impedir la participación efectiva del pueblo en la vida democrática, la integración de la representación nacional y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público.

⁸⁷ *Op. cit.*

Estrictamente hablando, el TEPJF tiene razón. Si “cualquier infracción” fuera suficiente para anular una elección, esto abriría la puerta para un sabotaje sistemático y generalizado de los procesos electorales. Sin embargo, también es el caso que la negativa a anular una elección aún ante la existencia de una serie de violaciones graves genera consecuencias que son “incompatibles con el Estado constitucional de derecho”. Al avalar una elección irregular o inauténtica, los magistrados envían una clara señal a los actores políticos de que se vale violar la ley y defraudar la voluntad popular.

Es decir, no sólo la nulidad sino también la validez de una elección genera “incentivos para los actores políticos”. Pero el TEPJF parte de un enfoque sesgado que privilegia sólo un lado de la moneda. El Tribunal de manera consistente externa su preocupación por las consecuencias negativas que podría generar una declaratoria de nulidad, pero casi nunca se preocupa por las consecuencias igualmente dañinas generadas por la validación de una elección irregular.

El TEPJF actúa como un niño temeroso que cierra los ojos y se lanza corriendo a gritos de la amenaza de Scylla sólo para terminar en los brazos de Charybdis. Pero un TEPJF maduro, objetivo, y hasta heroico, navegaría con cuidado entre los dos peligros en busca de un camino seguro que fortalezca y reafirme la legalidad en materia electoral. En otras palabras, en lugar de únicamente preocuparse por los posibles sabotajes de los candidatos y partidos perdedores, los magistrados también deberían preocuparse por los sabotajes y artimañas utilizadas por los ganadores ya que estos son igual de dañinos para la salud de la democracia. En cada caso, los magistrados deberían sopesar y balacear ambas preocupaciones en lugar de sólo preocuparse por uno de los peligros.

En un texto reciente, el actual magistrado presidente del TEPJF, Alejandro Luna Ramos, expone con particular claridad las bases teóricas que fundamentarían esta interpretación sesgada del Tribunal a favor de la validez de las elecciones. El magistrado inicia su discusión retomando la definición del doctor Hugo Alsina de la nulidad como:

La sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello... la función específica de la nulidad no es propiamente asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asignados a éstas por el legislador...⁸⁸

Si bien esta definición cae en la misma falacia que la de Alanís al equiparar la nulidad con una "sanción", la última frase teóricamente podría abrir nuevas aristas al referirse a la "función específica de la nulidad" y la necesidad de tomar en cuenta no sólo las formas sino también "los fines" de la ley. En principio, estaríamos ante una teoría que permitiría anular una elección no solamente por el incumplimiento de alguna formalidad específica requerida por la normatividad electoral, sino también por alguna violación más "abstracta" a los fines o los principios constitucionales que deben regir los procesos electorales. La definición de Alsina se podría retomar para construir una sólida defensa del activismo judicial y de la posibilidad de recurrir a alguna causal de "nulidad abstracta" para invalidar una elección.

⁸⁸ Luna Ramos, José Alejandro, "Nulidades en materia electoral", en Córdova, Lorenzo y Salazar, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral, 2007, hacia un nuevo modelo*, México, TEPJF, 2008, p. 505.

Sin embargo, de manera sorprendente, Luna Ramos impone una interpretación *sui generis* a la definición de Alsina, y afirma que:

Como lo aduce Hugo Alsina, la nulidad no se actualiza en forma automática por la sencilla razón de no haberse guardado las formas prescritas para ello, porque su función específica no es propiamente asegurar el cumplimiento de las formas, de modo que *sólo cuando se trastocan los fines asignados a éstas por el legislador*, es cuando se produce la nulidad, y que de acuerdo con el ‘principio de conservación de los actos públicos válidamente celebrados’, la irregularidad debe ser de tal gravedad y trascendencia que resulte jurídicamente imposible sostener la validez de acto jurídico electoral” (énfasis agregado).⁸⁹

Y después Luna Ramos concluye que “el estudio de sus distintos supuestos [de nulidad en materia electoral], debe siempre atender a la finalidad perseguida por el legislador con su establecimiento, de modo que si una circunstancia, aunque resulte violatoria de disposiciones legales no alcanza a trastocar esos fines, es posible sostener la validez del acto cuya nulidad se solicita”.⁹⁰

Luna Ramos invierte la lógica original de la definición de Alsina. Sostiene que no es suficiente que el TEPJF acredite la violación a “las formas prescritas”, sino que también tendría que acreditarse que haya habido una violación a “los fines asignados a éstas por el legislador”. Es decir, de acuerdo con el magistrado, la necesidad de proteger “los fines” de la ley no libera al TEPJF para permitir una evaluación integral de la calidad de un proceso electoral más

⁸⁹ *Ibidem*, p. 505.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 512.

allá de las causales específicas mencionadas por la ley, sino que lo limita a solamente actuar si se cumplen ambos supuestos.

Aquí vemos a todo color el contenido de lo que sería una nueva "causal abstracta de validez" en ciernes. De acuerdo con este punto de vista, no sería suficiente la existencia formal de alguna irregularidad que de acuerdo con la ley provocaría la nulidad de una elección, sino que además se tendría que acreditar que esta irregularidad afectara de manera grave los principios constitucionales como la certeza o la equidad de la elección. Por ejemplo, en el caso de la elección presidencial, aparte de la simple anulación o no instalación de 25% de las casillas electorales que el Cofipe hoy señala como causal de nulidad, también habría que demostrar que los resultados de las otras casillas electorales no fueran confiables desde un punto de vista "cualitativo".

Este razonamiento hace prácticamente imposible declarar la nulidad de una elección. El ministro José María Iglesias sin duda se revolvería en su tumba si pudiera escuchar los argumentos de Luna Ramos. Mientras Iglesias buscaba poner a la Constitución y a la ley al servicio de la justicia y los principios constitucionales, Luna Ramos construye argumentos innovadores para evitar la aplicación estricta de la ley y permitir que el *statu quo* se mantenga vigente.

Pero lo realmente grave es que esta interpretación de Luna Ramos no es solamente suya, sino que desde hace años ya constituye el criterio central del TEPJF para evaluar la "determinancia" de alguna irregularidad en los procesos electorales. La tesis clave al respecto es la S3EL 031/2004 con el rubro: "NULIDAD DE ELECCIÓN. FACTORES CUALITATIVO Y CUANTITATIVO DEL CARÁCTER DETERMI-

NANTE DE LA VIOLACIÓN O IRREGULARIDAD”,⁹¹ en la cual el TEPJF señala que:

El carácter determinante de la violación *supone necesariamente la concurrencia de dos elementos*: Un factor *cualitativo* y un factor *cuantitativo*. El aspecto cualitativo atiende a la naturaleza, los caracteres, rasgos o propiedades peculiares que reviste la violación o irregularidad, lo cual conduce a calificarla como grave, esto es, que se está en presencia de una violación sustancial, en la medida en que involucra la conculcación de determinados principios o la vulneración de ciertos valores fundamentales constitucionalmente previstos e indispensables para estimar que se está en presencia de una elección libre y auténtica de carácter democrático (como sería el caso de los principios de legalidad, certeza, objetividad, independencia e imparcialidad en la función estatal electoral, así como el sufragio universal, libre, secreto, directo e igual, o bien, el principio de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos públicos o el principio de equidad en las condiciones para la competencia electoral); por su parte, el aspecto cuantitativo atiende a una cierta magnitud medible, como puede ser tanto el cúmulo de irregularidades graves o violaciones sustanciales, así como el número cierto o calculable racionalmente de los votos emitidos en forma irregular en la elección respectiva con motivo de tal violación sustancial (ya sea mediante prueba directa o indirecta, como la indiciaria), a fin de establecer si esa irregularidad grave o violación sustancial definió el resultado de la votación o de la elección, teniendo como referencia la diferencia entre el primero y el segundo lugar en la misma, de manera que, si la conclusión es afirmativa, se encuentra acreditado el carácter determi-

⁹¹ Tesis S3EL 031/2004, *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación oficial*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 725 y 726.

nante para el resultado de la votación o de la elección (énfasis añadido).

Aquí el TEPJF establece una distinción importante entre las irregularidades "cualitativas" y las "cuantitativas" y dice que para poder proceder a anular una casilla o una elección es necesario que las violaciones cualitativas sean "graves" y que las cuantitativas "definieron el resultado de la votación o de la elección". Hasta aquí el Tribunal da pasos sobre suelo firme ya que, en efecto, es necesario evitar que algún error o irregularidad mínima o irrelevante provoque de forma innecesaria la nulidad de una elección.

Sin embargo, la nuez de la tesis es más bien el requisito sumamente cuestionable de que ambos tipos de irregularidades sean "concurrentes". Es decir, siguiendo la lógica expuesta arriba por Luna Ramos, el TEPJF incluye el ámbito cualitativo no para ampliar la mirada y permitir una evaluación integral y con base en principios de la calidad de un proceso electoral, sino precisamente para restringir al máximo las posibilidades para invalidar una elección.

Desde este punto de vista, no es suficiente que las irregularidades cuantitativas evidentes hayan sido "determinantes" sino que también tendría que demostrarse que simultáneamente hayan sido graves. De la misma manera, ninguna irregularidad "abstracta" que afectara de manera integral a las condiciones del proceso electoral por sí misma tendría suficiente fuerza para anular un proceso electoral. Esto sólo podría acontecer si se demuestra que además de ser grave y generalizada también haya tenido un impacto directo, cuantitativamente medible y determinante en el ejercicio del sufragio popular.⁹²

⁹² Otra tesis que abona en el mismo sentido es la S3ELJ 20/2004 del rubro: "SISTEMA DE NULIDADES. SOLAMENTE COMPRENDE CON-

Ahora bien, lo grave es que este criterio de la simultaneidad en la determinancia cuantitativa y cualitativa no se aplica solamente cuando la ley menciona de manera explícita que las irregularidades tengan que ser “determinantes”, sino siempre y en todos los casos. Por ejemplo, en la sentencia de la Sala Superior SUP-JRC-525/2004⁹³ los magistrados señalan que:

DUCTAS CALIFICADAS COMO GRAVES”, cuyo texto sostiene que: “En el sistema de nulidades de los actos electorales, sólo están comprendidas determinadas conductas, de las cuales se exige, tácita o expresamente, y de manera invariable, que sean graves, y a la vez que sean determinantes para el desarrollo del proceso electoral o para el resultado de la votación en la casilla en que ocurran; y aunque se tiene presente la imposibilidad de prever en forma específica un catálogo limitativo de todos los supuestos en que se puedan dar esas situaciones, en algunas legislaciones se contempla un tipo conocido como causal genérica. En ésta, también se exige que las irregularidades de que se trate, diferentes a las tipificadas en las causales expresamente señaladas, resulten también de especial gravedad y sean determinantes para el resultado de la votación en la casilla”.

⁹³ Este caso versó sobre la impugnación que hizo la Coalición “Fuerza PRI-Verde” de la sentencia que decretó la nulidad de la elección cuyo resultado le había favorecido, respecto del ayuntamiento de Paracho, Michoacán. El 21 de noviembre de 2004, los partidos del Trabajo, Convergencia y de la Revolución Democrática, promovieron sendos juicios de inconformidad en contra del cómputo que daba la victoria al PRI (JI-10/2004-III, JI-11/2004-III y JI-12/2004-III), y el 1o. de diciembre de 2004, la Tercera Sala Unitaria del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán dictó sentencia en el sentido de decretar la nulidad de la elección de integrantes del ayuntamiento de Paracho. Sustancialmente los recurrentes alegaban la nulidad de la elección por no haberse instalado el número mínimo de casillas previsto por la ley para que una elección pueda considerarse válida (esto en virtud del fenómeno consistente en que diversas comunidades indígenas acordaron impedir la instalación de casillas, en tanto que, además de no legiti-

La actualización automática de la citada causal invalidante [con respecto al porcentaje de casillas no instaladas] era insuficiente para llegar al extremo de nulidad de los comicios, en atención a que, además de la no instalación de veinte por ciento de las secciones, debía tomarse en consideración el elemento de la determinancia, *ya sea porque este elemento se establezca de manera expresa o implícita en la causal respectiva*.

Esta resolución se basa en la tesis de jurisprudencia: “NULIDAD DE SUFRAGIOS RECIBIDOS EN UNA CASILLA. LA IRREGULARIDAD EN QUE SE SUSTENTE SIEMPRE DEBE SER DETERMINANTE PARA EL RESULTADO DE LA VOTACIÓN, AUN CUANDO EN LA HIPÓTESIS RESPECTIVA, TAL ELEMENTO NO SE MENCIONE EXPRESAMENTE”.⁹⁴ Una vez más vemos cómo los magistrados electorales demuestran una gran disposición para ir más allá de la letra de la ley con el fin de construir interpretaciones que obstaculizan la posible nulidad de una elección.

Otra tesis clave con respecto al tema de la “determinancia” es la III/2010 del rubro: “NULIDAD DE ELECCIÓN. LAS CONDUCTAS SANCIONADAS A TRAVÉS DE PROCEDIMIENTOS

mar las elecciones de Estado, elegirían a sus representantes conforme a sus usos y costumbres). La coalición “Fuerza PRI-Verde”, interpuso recurso de reconsideración en contra de la sentencia, la cual fue confirmada en los mismos términos. Finalmente el caso llega hasta la Sala Superior que decide revocar la sentencia privilegiando la votación recibida, diciendo que, pese a ciertas irregularidades, “la Sala Superior debe estar siempre a favor de la validez de la elección y no por la nulidad de la misma, con el objeto de preservar el sufragio de los ciudadanos que decidieron ejercer su derecho constitucional de votar en las elecciones populares”.

⁹⁴ Tesis S3ELJ 13/2000, *Compilación oficial 1997-2005*, pp. 202 y 203.

ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES SON INSUFICIENTES, POR SÍ MISMAS, PARA ACTUALIZARLA”. Aquí el TEPJF una vez más busca obstaculizar la posibilidad de declarar la invalidez de una elección al aumentar la carga probatoria para los que impugnen los resultados. El texto de la tesis señala que:

Si la naturaleza jurídica de los procedimientos administrativos sancionadores consiste en prevenir y reprimir conductas que transgredan disposiciones legales en la materia, con la finalidad de que el proceso comicial se desarrolle de acuerdo con los principios rectores del estado democrático, consecuentemente, las conductas sancionadas dentro de éstos, durante un proceso comicial, no tienen el alcance, por sí mismas, para que se decrete la nulidad de la elección respectiva, pues para tal efecto debe probarse que satisfacen los elementos objetivos referidos.

Y estos “elementos objetivos” son, de acuerdo con la misma tesis, “que las conductas acreditadas constituyan violaciones graves, sistemáticas y determinantes para el resultado del proceso electoral respectivo”.

Una vez más, el TEPJF tiene razón en que la existencia de sanciones por parte de las autoridades durante el proceso electoral no necesaria o automáticamente tendría que provocar “por sí misma” la nulidad de la elección. De manera correcta, el Tribunal reconoce que los procedimientos administrativos sancionadores tienen una naturaleza distinta a un proceso de evaluación integral de la calidad de la elección como tal.

Pero en realidad esta tesis no busca facultar o animar al juzgador para que vaya más allá de la información contenida en los procedimientos administrativos sancionadores, sino todo lo contrario. Más bien busca ir “menos allá”

al afirmar que ni siquiera la información contenida en estos procesos administrativos es suficientemente "objetiva" para acreditar la comisión de irregularidades generalizadas y determinantes. Esto es el caso no sólo porque sean dos momentos procesales distintos, sino también porque al emitir una sanción la autoridad automáticamente está "previniendo" y "reprimiendo" conductas irregulares y, por lo tanto, supuestamente reduciendo de manera automática su impacto negativo sobre la vigencia de los "principios rectores del Estado democrático".

El TEPJF entonces deja en una situación muy complicada a los actores que buscan impugnar la validez de una elección. Exige que acrediten la existencia de violaciones graves, sistemáticas y determinantes en el resultado de la elección. Pero de manera simultánea le hace casi imposible demostrar que esto sea el caso ya que, por un lado, requiere que estas violaciones generales sean "cuantificables" y, por otro lado, le resta la fuerza probatoria precisamente a las violaciones concretas que hayan sido identificadas y sancionadas por la autoridad, supuestamente por su efecto "preventivo" y reparador previo.

Un ejemplo concreto del proceder de la Sala Superior del TEPJF en este sentido fue su fallo con respecto a las elecciones internas para presidente del Partido de la Revolución Democrática en 2008.⁹⁵ La elección celebrada entre Jesús Ortega y Alejandro Encinas fue sumamente irregular. Los mismos magistrados del TEPJF reconocieron que 22% de las casillas presentaron irregularidades suficientemente graves para ameritar su anulación, y a esta cifra habría que agregar otro 5% de casillas que ni siquiera fueron instaladas. Sin embargo, decidieron avalar la elección

⁹⁵ Resuelta el 12 de noviembre de 2008, SUP-JDC-2642/2008 y SUP-JDC-2663/2008

y, en uso de su plenitud de jurisdicción, declarar ganador a Ortega porque estas extensas irregularidades “cuantitativas” supuestamente no habían cambiado el resultado de la elección y por lo tanto no tuvieron un efecto “cualitativo” grave. Por lo tanto, el Tribunal resolvió que las irregularidades no fueron “determinantes” y decidió mantener la validez de los comicios.⁹⁶

Para tomar esta determinación, el TEPJF se basó en el hecho de que después de anular las casillas irregulares y “reponer el computo” correspondiente, el candidato que contaba con la mayor cantidad de votos seguía siendo Ortega. Así, los magistrados concluyen que no se demostró que el desaseo generalizado de la elección haya tenido un impacto en el ganador. Por lo tanto, deciden avalar la elección tanto para no “castigar” a los votantes como para “darle certeza” al partido político.

El grave problema con este razonamiento es que el TEPJF jamás hizo esfuerzo alguno por indagar qué es lo que realmente había ocurrido en las casillas irregulares o las no instaladas. Simplemente desechó la totalidad de estas casillas sin abrir un solo paquete electoral o realizar diligencia especializada alguna para averiguar hasta dónde las anomalías pudieron haber afectado al cómputo. Una indagación más profunda hubiera sido sumamente importante porque sólo así el TEPJF podría haber concluido sin la menor duda que las irregularidades encontradas efectivamente no tuvieron un efecto “determinante” en la elección.

⁹⁶ Habría que mencionar que el concepto de la “determinancia” sí se encuentra plasmada en el artículo 51 del Reglamento General de Elecciones del PRD que fija como supuesto de nulidad nacional de la votación de los comicios internos un 20% de casillas con irregularidades que ameriten ser anuladas, las cuales deben “ser determinantes para el resultado de la votación”.

¿Qué pasa, por ejemplo, si en realidad las actas de las casillas anuladas inflaban la cantidad de votos que supuestamente había recibido Encinas y subestimaban los votos a Ortega? En este caso, al utilizar esta información para "recomponer el computo", restando los votos "irregulares" de cada candidato, el TEPJF estaría haciendo una injusticia a Encinas al restarle una mayor cantidad de votos así como un favor a Ortega al restarle una menor cantidad. Pero en lugar de hacer un esfuerzo por extraer la información útil de las casillas irregulares, el TEPJF decide literalmente tirar a la basura todo el contenido de los paquetes electorales.

Dos contradicciones graves afectan de raíz la argumentación del Tribunal. Primero, por un lado, al nivel de la elección en su conjunto el Tribunal muestra una enorme preocupación por "conservar los actos públicos válidamente celebrados" y evitar que "lo útil sea viciado por lo inútil". Pero por otro lado, al nivel de la casilla electoral el mismo Tribunal desecha de manera indiscriminada la totalidad de la información útil contenida en las casillas irregulares en lugar de hacer un ejercicio de depuración y "conservación" de esta información. Segundo, si bien a la hora de realizar el computo final el Tribunal desecha los resultados de las casillas irregulares por no ser confiables sus resultados, simultáneamente otorga una validez incuestionable al contenido de las actas de escrutinio y computo de estas mismas casillas irregulares a la hora de "recomponer el computo".

En general, este caso demuestra cómo el razonamiento del Tribunal de exigir el cumplimiento simultáneo de los criterios cuantitativos y cualitativos para justificar la nulidad de una elección lleva a un extremo indefendible. Por ejemplo, siguiendo la lógica de este caso, el TEPJF también tendría que avalar una elección en la que 50, 70 o hasta 80% de las casillas hayan sido anuladas, siempre y cuando el resultado de las casillas restantes diera el mismo gana-

dor que el cómputo inicial. Incluso, se tendría que validar una elección con 99% de casillas anuladas, siempre y cuando quedara aunque sea un par de ellas no cuestionadas y dieran el mismo resultado que el resultado inicial. Seguir por este camino podría tener efectos verdaderamente desastrosos ya que podríamos llegar al extremo de tener un presidente de la República elegido por una sola casilla válida con un solo voto de diferencia entre el primero y el segundo lugar.

El caso ST-JDC-7/2010 también revela con particular elocuencia los peligros de la posición hegemónica del Tribunal. En este caso la Sala Regional en Toluca decidió avalar una elección aun cuando más de 50% de las casillas fueron anuladas ya que “se advierte que no se presenta un cambio de ganador en la elección” y por lo tanto “el vicio o irregularidad no alteró el resultado de la votación”. Este caso fue de pequeña escala, ya que se trató de la elección para dirigentes municipales del PRD en Huejutla de Reyes, Hidalgo, y sólo se instalaron 8 casillas electorales en total, 5 de las cuales fueron invalidadas. Sin embargo, si aplicáramos la misma lógica al nivel federal, por ejemplo, para una elección presidencial, nos enfrentaríamos a escenarios verdaderamente inverosímiles.

Otro caso similar es el ST-JDC-22/2010. Este juicio se generó cuando la Comisión Nacional de Garantías del PRD decidió anular la elección en la cual el actor Everardo Hernández Aguilar, resultó electo presidente del Comité Ejecutivo Municipal del Partido de la Revolución Democrática en Chalco, Estado de México. En este caso los magistrados una vez más se niegan a permitir la nulidad de la elección aun cuando más de la quinta parte de las casillas no fueron instaladas porque “no existen elementos que permiten declarar que se ha vulnerado un principio constitucional rector de la materia electoral y, por tanto,

no resulta posible anular la elección por la no instalación de casillas al no acreditarse la determinancia cualitativa”.

Sobre este mismo tema, también llama la atención el voto disidente de la magistrada Adriana Favela en el expediente ST-JRC-117/2011 en contra de la decisión de la mayoría de los magistrados de anular la elección para presidente municipal en la ciudad de Morelia, Michoacán. En violación del artículo 41 constitucional, el cierre de campaña del candidato del PRI a gobernador del estado, Fausto Vallejo, fue transmitido íntegramente por la televisión, incluyendo una intervención de cinco minutos por parte de su candidato para la presidencia municipal de Morelia, Wilfrido Lázaro. Asimismo, la noche anterior a los comicios el boxeador mexicano Juan Manuel Márquez lució el logotipo del PRI en su calzoncillo durante su pelea en contra de Manny Pacquiao, que fue difundida ampliamente en toda la República. La mayoría de los magistrados juzgaron que estas irregularidades fueron violaciones directas a la prohibición constitucional de la adquisición de tiempos en radio y televisión por los partidos políticos, y por lo tanto pusieron en cuestión la certeza de una victoria que fue menor a 2000 sufragios, o 1% de la votación total para la Presidencia Municipal.

En el siguiente capítulo exploraremos con mayor atención este histórico fallo de la Sala Toluca que ofrece una luz de esperanza con respecto al futuro de los criterios jurisdiccionales en materia de nulidades. Pero, lo que nos interesa ahora es el voto particular de la magistrada Favela que revela con particular elocuencia las contradicciones internas que aquejan la lógica restrictiva en materia de nulidades que ahora analizamos.

La magistrada defiende la validez de la elección de Lázaro a partir de una aplicación estricta del criterio de la simultaneidad de los elementos cualitativos y cuantitativos

para lograr la determinancia. Específicamente, argumenta que las irregularidades cometidas por el PRI no pueden ser consideradas “determinantes” en el resultado porque, de acuerdo con su punto de vista, supuestamente Lázaro no debía su victoria al PRI sino al PVEM. Llega a esta conclusión con base en que la cantidad de votos que recibió el PRI (113 944) era menor a la cantidad de votos recibidos por la alianza PAN-Panal (119 941) y que si no fuera por los 3413 votos del PVEM y los 4901 marcados a favor de la coalición PVEM-PRI, Lázaro no hubiera ganado la elección. La magistrada sostiene que:

Si dicho evento deportivo hubiere tenido una influencia determinante en el resultado de la mencionada elección municipal, entonces el Partido Revolucionario Institucional, en forma individual, hubiere alcanzado una mayoría de votos contundente, respecto de la fuerza política que, en forma individual, ocupó el segundo lugar en esa elección, en este caso el Partido Acción Nacional, lo cual no aconteció en la especie.

De acuerdo con Favela, valen más 8000 votos limpios que 114 000 votos posiblemente irregulares. Con el fin de evitar que lo “inútil” contamine a lo “útil”, la magistrada le otorga un efecto purificador exagerado a los votos contribuidos por el PVEM. De acuerdo con este argumento extremista y radical, no solo el calzoncillo del boxeador sino *cualquier otra irregularidad* cometida por el PRI jamás podría afectar la validez de la victoria de Lázaro. Esto porque en realidad, siguiendo este muy particular punto de vista, no fue el PRI sino el PVEM el partido que ganó la contienda. Se le da licencia entonces a los partidos políticos a burlar la ley de manera indiscriminada, siempre y cuando cuenten con un partido aliado que contribuya más votos que la diferencia entre el primero y el segundo lugar en la contienda.

La improcedencia del argumento de Favela queda aún más clara cuando nos damos cuenta que depende totalmente del orden en que se mezclan los factores. Sólo es un argumento "válido" si se suman primero los votos del PRI y posteriormente los votos del PVEM y no viceversa. Si se inicia contando los votos contribuidos por el PVEM se viene abajo todo el argumento ya que se evidencia que la victoria de Lázaro depende mucho más de la fuerza electoral del PRI que del PVEM.

El TEPJF esgrimió un argumento similar al validar la elección para gobernador en Veracruz en 2010.⁹⁷ Una de las denuncias más relevantes en este caso era que se había difundido información calumniosa en periódicos locales sobre el candidato de la "Coalición para Cambiar Veracruz" encabezada por el PAN, Miguel Ángel Yunes, quien buscaba disputarle la gubernatura al candidato Javier Duarte, del PRI y su "Alianza Fidelidad por Veracruz". El TEPJF reconoce que los actos denunciados constituyen una irregularidad. Sin embargo, se niega a darles importancia a la hora de decidir la validez de la elección en su conjunto porque la misma coalición del PAN recibió más votos que la coalición del PRI en los distritos donde el PAN pudo acreditar que ocurrió la irregularidad.

Los magistrados del TEPJF validan el argumento del Tribunal Electoral del Estado de Veracruz de que:

Quien obtuvo el triunfo en ese distrito fue precisamente la coalición accionante; razón por la cual, aunque hubieran acontecido las anomalías manifestadas, lo cierto es, que no influyeron en el resultado de la elección en esos municipios, al no verse beneficiada la coalición Alianza Fidelidad por Veracruz, ya que, se insiste, quien obtuvo el triunfo par-

⁹⁷ SUP-JRC-244/2010.

cial en esos municipios fue la promovente. En esas condiciones, se estima que son infundados los motivos de queja en estudio.

Asimismo, el TEPJF sostiene que:

... si bien es cierto, como lo señala el actor, que en el periódico en cuestión se reproduce una nota en la que se dice, entre otras cuestiones: “100 mil ejemplares certificados”, “500 mil lectores potenciales” y el nombre de cinco personas de quienes se dice son notarios públicos, en México, Xalapa, Córdoba, Veracruz, Córdoba y Orizaba, tal afirmación es insuficiente para arribar a la conclusión de que dicha afirmación se refiere al tiraje de dicho periódico, y a la difusión del mismo, pues aún suponiendo que tenga un tiraje de cien mil ejemplares, ello no implica que quinientos mil personas lo lean.

Una vez más resulta que el enfoque hegemónico que busca proteger a toda costa la validez de los comicios es una posición radical que lleva a consecuencias inaceptables y contradictorias. Mucho más sano sería desarrollar criterios de interpretación que permitan una evaluación equilibrada y racional de las irregularidades y su posible afectación a la certeza electoral.

Esta discusión del voto particular de Favela y del caso de Veracruz ilumina otra dificultad con la teoría de la determinancia del TEPJF: la necesidad de demostrar un vínculo causal directo entre las irregularidades denunciadas y la alteración del resultado de la elección. Es decir, de acuerdo con el Tribunal, no sólo se debe demostrar la existencia concurrente de irregularidades cuantitativas y cualitativas graves y generalizadas, sino que también se debe demostrar que las irregularidades cualitativas fueron *la causa* de

las irregularidades cuantitativas. Así se eleva aún más la carga de la prueba para los actores que quisieran impugnar la validez de una elección.

Arturo Bárcena ha demostrado cómo este criterio de causalidad necesariamente lleva el TEPJF a un callejón sin salida ya que estrictamente nunca es posible demostrar con confiabilidad científica una relación directa causa-efecto entre irregularidades y resultados electorales.⁹⁸ Ello porque la causalidad que en su caso existiría nunca sería una causalidad "física" sino una "interpersonal" dónde habría que averiguar cómo "las palabras o acciones de una persona se interpretan como *la causa* de la acción llevada a cabo por otra persona".⁹⁹ Sin embargo, "cualquier indagación judicial acerca de las razones por las cuales un ciudadano ha emitido su voto sería contraria al carácter *secreto* del sufragio".¹⁰⁰

Asimismo, Bárcena demuestra que aún si se pudiera investigar las razones por el voto de los ciudadanos, el ser humano siempre es motivado por más que una sola razón. Por lo tanto, nunca podremos demostrar que un hecho específico haya sido la única o "suficiente" causa de una actuación como la emisión de un sufragio. El autor entonces concluye que "materialmente es imposible probar bajo parámetros racionales que una irregularidad haya determinado el sentido del voto de un número suficiente de electores como para decidir el resultado de una elección".¹⁰¹ Una vez más, vemos cómo los criterios supuestamente

⁹⁸ Bárcena Zubieta, Arturo, *La prueba de irregularidades determinantes en el derecho electoral: un estudio desde la teoría de la argumentación*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 88.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 100.

“moderados” y “razonables” del TEPJF a la postre constituyen una postura sumamente radical que en los hechos casi excluye la posibilidad de anular una elección.

Urge repensar la lógica de la “determinancia”. En particular, habría que desligar los criterios cuantitativos y cualitativos. Se debe permitir la nulidad porque los datos cuantitativos revelan un desaseo generalizado en el proceso electoral o bien porque las violaciones cualitativas a la normatividad son de tal gravedad que afectan en su raíz el cumplimiento de los principios básicos en materia electoral. La obligación de cumplir con ambos requisitos simultáneamente y además demostrar un vínculo causal entre los dos hace prácticamente imposible una declaratoria de nulidad y nos enfrenta a escenarios inverosímiles que fomentan la impunidad y ponen en cuestión la legitimidad de las autoridades electas.

Otra opción sería que el TEPJF pudiera tomar mucho más en serio su responsabilidad de llegar a la verdad de los hechos por medio del ejercicio de la “suplencia de la queja” y “diligencias para mejor proveer”. O, en su caso, podría ordenar que instancias inferiores llevaran a cabo las investigaciones o diligencias necesarias para esclarecer los hechos del caso. Así, las instituciones tendrían mayor información a la mano para poder determinar si hubo violaciones tanto cuantitativas como cualitativas suficientemente fuertes para ameritar la anulación de la elección.

Lo que no es aceptable es ser simultáneamente pasivo a la hora de integrar los expedientes y excesivamente exigente a la hora de fijar los criterios para determinar la posible nulidad de una elección. Esta combinación contradictoria es la que hoy caracteriza la actuación del TEPJF en la materia y garantiza la impunidad de graves violaciones a la norma.

Ahora bien, han existido esfuerzos por parte de los tribunales para calcular la potencial importancia de las casillas anuladas o no instaladas con el fin de ver si éstas efectivamente ponen en duda la certeza de los resultados electorales. Por ejemplo, en casos como SUP-JRC-525/2004, SUP-JDC-219/2005 y SX-JDC-39/2008, el TEPJF ha hecho un esfuerzo por llevar a cabo operaciones matemáticas para ver qué hubiera pasado en el caso de que se hubieran instalado las casillas faltantes. Ello con el fin de ver si la ausencia de las casillas podría haber tenido un impacto determinante sobre los resultados y por lo tanto pondría en duda la naturaleza de la voluntad popular.

Procede de una manera similar una resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de España, finalmente resuelto por el Tribunal Constitucional español el 15 de febrero de 1990, sobre las elecciones para elegir diputados al Congreso federal celebradas en la circunscripción de Murcia en el expediente STC 24/1990. Al encontrar irregularidades en dos mesas receptoras de votación y determinar que el contenido de la votación en esas dos mesas podría haber inclinado la balanza de manera importante hacia uno u otro partido político en la elección general, la Sala decidió anular toda la elección y convocar a nuevos comicios.¹⁰²

Asimismo, Bárcena nos recuerda de la sentencia JRC-196/2001 que aborda el caso de las elecciones municipales de Juárez, Chihuahua. Aquí el TEPJF argumentó que "los fenómenos electorales no se generan en forma espontánea o sin encontrar una causa suficiente" y decidió anular la elección ya que "las violaciones en este caso fueron deter-

¹⁰² La sentencia STC 24/1990 finalmente revierte esta decisión y se limita a anular la votación y ordenar nuevos comicios únicamente en las dos mesas anuladas.

minantes, pues *de no haberse cometido, no hubiese habido un abstencionismo tan significativo y el resultado pudo ser otro*” (énfasis agregado). Con este tipo de argumentos, el TEPJF se impone la responsabilidad de interpretar el posible impacto que una irregularidad habrá tenido no sólo sobre la votación sino también sobre la abstención. Aquí vemos al TEPJF por lo menos hacer un esfuerzo por ir más allá de un burocrático conteo de votos e irregularidades.

Otro antecedente positivo en materia de determinancia es el caso SUP-JRC-200/2002 con respecto a la elección de integrantes del ayuntamiento en el municipio de Xochihuetlán, Guerrero. En este caso, el TEPJF rompió con sus criterios formalistas al anular una casilla tomando en cuenta no solamente el resultado en esa casilla, sino también la relevancia de la casilla para la elección en su conjunto. En la casilla 2670 básica votaron 7 personas que no se encontraban en la lista nominal, lo cual, en principio no generaba una irregularidad que fuera determinante del resultado en la casilla. Sin embargo, dicha irregularidad sí fue determinante para el resultado de la votación municipal total, pues el cómputo final arrojó una diferencia entre el primer lugar, Partido de la Revolución Democrática, y el segundo lugar, Partido del Trabajo, de tan solo dos votos. Por ello, la Sala Superior que la irregularidad efectivamente sí fue determinante y decidió anular la casilla.¹⁰³

¹⁰³ Véase al respecto la tesis de jurisprudencia (vigente) de la Sala Superior cuyo rubro, S3EL 016/2003, señala: DETERMINANCIA COMO REQUISITO DE NULIDAD DE VOTACIÓN DE UNA CASILLA, SE CUMPLE SI LA IRREGULARIDAD TRAE COMO CONSECUENCIA EL CAMBIO DE GANADOR EN LA ELECCIÓN, AUNQUE NO SUCEDA EN LA CASILLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO Y SIMILARES), establecida en el juicio de revisión constitucional de rubro SUP-JRC-036/97. Véase en *Compilación de jurisprudencia y tesis 1997-2011 (tesis vi-*

Los esfuerzos que se realizan por ir más allá en la interpretación de las irregularidades en casillas específicas evidentemente tienen que hacerse con cuidado ya que dejan a la discreción del juez la forma de "recomponer" los resultados inexistentes e introduce al Tribunal en una esfera de especulación. Sin embargo, son loables porque demuestran la acción de magistrados preocupados por llegar a la verdad de los hechos y tomar en serio las irregularidades cometidas. Asimismo, existen puntos intermedios, como la realización de diligencias para extraer toda la información útil disponible, en lugar de simplemente avalar los resultados manifiestos con los ojos cerrados.

Tal y como el mismo TEPJF repite en numerosas ejecutorias, el concepto de la "determinancia" existe para evaluar si "de no haber ocurrido la irregularidad, el resultado electoral hubiera sido distinto". Pero nunca va a ser posible demostrar esto de manera objetiva e inobjetable ya que al ser un contrafáctico necesariamente depende de la especulación. Así que exigir que los tribunales no utilicen su imaginación y facultades de investigación para resolver esta cuestión es condenarlos en los hechos a avalar casi cualquier elección aún plagada de graves irregularidades.

Por ejemplo, en su resolución del caso de Sonora (SUP-JRC-63/2009), el TEPJF afirma lo siguiente:

Si bien los estudios muestran una variación de las preferencias electorales de la ciudadanía a lo largo del proceso, dicha situación... encuentra su explicación en la circunstancia de que las elecciones constituyen procesos dinámicos, en los que las preferencias del electorado varían a lo largo del desarrollo del proceso, lo cual atiende a múltiples factores, sin que sea

gentes), núm. 151, clave de tesis XVI/2003. <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nJurisprudenciayTesis?f=templates&fn=default.htm>.

válido determinar *a priori* cuál de estos factores predominó o fue determinante.

En otras palabras, la única forma para despejar las dudas es recurrir a la indagación empírica, en lugar de quedarse únicamente en el terreno del análisis *a priori*. Tal argumento justificaría la necesidad de un tribunal activista que busca llegar a la verdad de los hechos.

Otro ejemplo de las dificultades para definir la determinancia de una irregularidad lo dio el magistrado Flavio Galván al votar a favor de la validez de las elecciones para gobernador en Michoacán celebradas en 2011. “Sería una imprudencia de mi parte proponer que en Michoacán no existe violencia y menos después de escuchar al secretario de la Defensa al conmemorar la marcha de la lealtad...”¹⁰⁴ Pero, ¿cómo esta violencia pudo intervenir, afectar o influir en la elección de Michoacán? No hay elementos objetivos para saberlo. La inseguridad desafortunadamente ha hecho presa del territorio nacional”.¹⁰⁵ Aquí tenemos un

¹⁰⁴ “Pero, también, es cierto que la interferencia de la delincuencia organizada en la seguridad y el desarrollo de todos nos está generando intrincados momentos. El crimen organizado es un gran fenómeno delictivo de dimensiones cultural, sociológica y transnacional... En algunas regiones del país, la delincuencia organizada se apropió de las instituciones del Estado. Y en ese apoderamiento, diversificó sus ominosas actividades para despojar a la sociedad de lo que por derecho le corresponde, generando un clima de violencia inusitado... Es menester reconocer que es la seguridad interior la que hoy se encuentra seriamente amenazada”. Discurso del general Guillermo Galván, en Ceremonia del XCIX Aniversario de la Marcha de la Lealtad, 9 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=224979>.

¹⁰⁵ Versión estenográfica del SUP-JRC-6/2012 al SUP-JRC-8/2012 relacionados con la elección de gobernador del estado

ejemplo contrario al anterior. De acuerdo con el magistrado, las dificultades que existen para determinar la manera en que la violencia haya influido en las elecciones en el estado constituyen un pretexto para ni siquiera intentarlo.

En general el TEPJF ha seguido una lógica eminentemente conservadora. Por ejemplo, tal y como vimos en el capítulo introductorio, en la calificación de la elección presidencial de 2006 la Sala Superior recurrió a una "tesis de la interconexión" que prohibiría la utilización de irregularidades en una casilla para interpretar o llegar a conclusiones con respecto a las irregularidades en la elección en general. Incluso, en 2000 el TEPJF dictó una jurisprudencia específicamente sobre el tema. En la tesis del rubro: "SISTEMA DE ANULACIÓN DE LA VOTACIÓN RECIBIDA EN UNA CASILLA, OPERA DE MANERA INDIVIDUAL",¹⁰⁶ se establece que:

El sistema de nulidades en México está constituido de tal forma que se debe proceder a analizar *casilla por casilla* y atendiendo únicamente a las causales determinadas en la ley. Esto es porque cada una de las casillas se ubica, se integra y conforma de manera específica e individualmente, en virtud, de que los hechos que se generan el día de la jornada electoral son diversos en cada una de ellas.¹⁰⁷

de Michoacán, TEPJF, 14 de febrero de 2012, http://portal.te.gob.mx/sites/portal.te.gob.mx/files/SUP_JRC_0006_2012_estenografica.pdf.

¹⁰⁶ Sala Superior, tesis S3ELJ 21/2000.

¹⁰⁷ Sin embargo, de manera interesante y contradictoria, cuando se trata de avalar la validez de una elección, y no de anularla, el TEPJF sí permite la utilización de un análisis genérico de una elección en su conjunto. Un ejemplo es el caso SUP-JRC-205/2000 que avaló la validez de la elección de miembros del Ayuntamiento de Tultepec, Estado de México. Aquí la actora se dolía de que la responsable,

III. La carga de la prueba y el mito del “estricto derecho”

El enfoque hegemónico no solamente visualiza la nulidad de una manera radical y sesgada y complica de sobremañera la posibilidad de acreditar la “determinancia” de las irregularidades cometidas, sino que también se basa en una visión limitada y pasiva del papel de las autoridades electorales administrativas y judiciales. Además de construir una situación en la que sea prácticamente imposible, tanto conceptual como procesalmente, anular una elección, el TEPJF simultáneamente se lava las manos de cualquier responsabilidad. En otras palabras, los magistrados primero colocan la barra lo más alto posible, después cavaran un surco de tres metros de profundidad para impedir el paso y finalmente se niegan siquiera a tender la mano al heroico atleta que aún así busca superar el reto.

El primer recurso a que normalmente recurren los magistrados y los académicos afines a la postura dominante para justificar la pasividad de las autoridades electorales es el texto del artículo 23, párrafo 2, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME). Este párrafo restringe explícitamente la uti-

paradójicamente a lo establecido en la tesis mencionada, omitió el análisis de las causas de nulidad que se hicieron valer en cada una de las casillas impugnadas, en forma individual, puesto que se realizó, al igual que la valoración de pruebas, de modo genérico, por simple analogía y mayoría de razón sin considerar las circunstancias particulares en cada caso especial, con lo cual se contraría el criterio de que la anulación de la votación recibida en casilla opera de manera individual. El pleno del Tribunal consideró que no se puede viciar el voto válidamente ejercido por el simple hecho de que existan irregularidades o imperfecciones, pues es necesario que sean determinantes en el cómputo de los votos.

lización de la “suplencia de la queja” a la hora de resolver los juicios de revisión constitucional (JRC). Estos juicios son regulados por el Libro Cuarto de la ley y constituyen la mayor parte de los casos en que el TEPJF debe evaluar la validez de una elección popular ya que implican la revisión por el TEPJF de las elecciones estatales y municipales. El texto del artículo correspondiente es el siguiente:

Artículo 23

1. Al resolver los medios de impugnación establecidos en esta ley, la sala competente del Tribunal Electoral deberá suplir las deficiencias u omisiones en los agravios cuando los mismos puedan ser deducidos claramente de los hechos expuestos.

2. Para la resolución de los medios de impugnación previstos en el título quinto del libro segundo y en el libro cuarto de este ordenamiento, no se aplicará la regla señalada en el párrafo anterior.

3. En todo caso, si se omite señalar los preceptos jurídicos presuntamente violados o se citan de manera equivocada, el órgano competente del Instituto o la Sala del Tribunal Electoral resolverán tomando en consideración los que debieron ser invocados o los que resulten aplicables al caso concreto.

Comúnmente se deduce del texto de este segundo párrafo que los JRC serían juicios de “estricto derecho” en que el TEPJF tendría que ser pasivo y limitarse única y exclusivamente a evaluar la legalidad y la constitucionalidad de la información, los argumentos y las pruebas incluidas en el juicio resuelto por la instancia inferior. Por ejemplo, en sus sentencias el TEPJF típicamente afirma que:

Es necesario puntualizar que el juicio de revisión constitucional electoral se rige por el principio de estricto derecho. Del

artículo 23, párrafo 2, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se advierte que en el juicio de revisión constitucional electoral no procede la suplencia de la queja deficiente, en tanto que es un medio de impugnación de estricto derecho, que impide a este órgano jurisdiccional suplir las deficiencias u omisiones en el planteamiento de los agravios.

De acuerdo con David Cienfuegos, este párrafo de la LGSMIME:

Impide a las salas del TEPJE, al decidir la controversia, enmendar o complementar los argumentos expresados como agravios en forma deficiente, quedando aquéllas constreñidas a resolver con sujeción a los motivos de inconformidad expuestos por el actor, en cuyo análisis deberá regirse por las disposiciones establecidas en la legislación aplicable.¹⁰⁸

Asimismo, el autor agrega, no sin cierta cautela, que el hecho que el JRC “sea de estricto derecho implica, en parte, que los agravios novedosos resulten inoperantes, por estar referidos a situaciones de hecho o de derecho que no se hicieron valer ante la autoridad responsable”.¹⁰⁹

César Astudillo va más allá:

Los poderes de instrucción y de decisión de los jueces electorales están debidamente limitados [en un JRC] ante la imposibilidad de que el tribunal supla las deficiencias u omisiones en el planteamiento de los conceptos de agravio, obligándolos a resolver la controversia con total apego a los conceptos

¹⁰⁸ Cienfuegos, David, *El juicio de revisión constitucional electoral*, Instituto Electoral del Estado de Michoacán, 2011, p. 24.

¹⁰⁹ *Idem.*

de agravio expresados por el sujeto activo de la demanda, con una escrupulosa sujeción al material probatorio presentado y con un sometimiento total al principio de congruencia, lo que conduce a que el TEPJF se pronuncie exclusivamente en torno a lo pedido, alegado y probado.¹¹⁰

Estas aseveraciones rebasan por mucho lo que se encuentra plasmado en el párrafo segundo del artículo 32. Por ejemplo, este párrafo de la ley no hace mención alguna al concepto de "estricto derecho" sino que sólo aborda el tema específico de la suplencia de la queja. Asimismo, de ninguna manera prohíbe al TEPJF recurrir a esta figura procesal sino que sólo le exime al Tribunal de su *deber* de suplir la queja cuando, de acuerdo con el primer párrafo, "agravios adicionales pueden ser deducidos claramente de los hechos expuestos".

La "regla señalada en el párrafo anterior" no se trata de una *potestad* del Tribunal que posteriormente en el párrafo segundo es *eliminada* en el caso de los JRC. Al contrario, esta regla es una *obligación*, o una carga, impuesta al TEPJF por el primer párrafo ("deberá suplir las deficiencias") y que posteriormente es *levantada* o matizada por el contenido del segundo párrafo.

Así que, estrictamente hablando, la ley no excluye la posibilidad de que dentro de un JRC el TEPJF pueda proceder a suplir los agravios, no como deber sino como facultad estrictamente potestativa, si lo considera necesario para poder cumplir con su mandato constitucional de garantizar la autenticidad de los procesos electorales. Es incorrecto

¹¹⁰ Astudillo, César, *Momentos de virtud y de vicio en la interpretación de la validez constitucional de las elecciones*, Documento de Trabajo núm. 155, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 2.

entonces afirmar que en un JRC simplemente “no procede la suplencia de la queja deficiente”, como lo hace el Tribunal en sus sentencias, o que la ley “impida a las salas del TEPJF enmendar o complementar los argumentos expresados como agravios”, como lo afirma Cienfuegos. Es también una evidente exageración la afirmación de Astudillo de que en un JRC el TEPJF tiene que limitarse a “pronunciarse exclusivamente en torno a lo pedido, alegado y probado”.

Lo cierto es que, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 23 de la LGSMIME, a la hora de resolver un JRC, y si así lo desea, el TEPJF *puede evitar* su deber de aplicar la suplencia de la queja *aun* cuando “agravios adicionales pueden ser deducidos claramente de los hechos expuestos”. Pero esto es muy diferente a una supuesta prohibición lisa y llana en contra de la utilización de la suplencia de la queja en los JRC, ya que al final de cuentas el TEPJF también puede suplir los agravios en estos casos si le parece conveniente. Asimismo, es muy importante señalar que el párrafo tercero del mismo artículo 23 de la LGSMIME todavía *obliga* al TEPJF “en todo caso”, es decir también en un JRC, a suplir la queja cuando el actor se equivoca a la hora de citar “los preceptos jurídicos presuntamente violados”.

Si el legislador hubiera querido restringir al TEPJF al principio de “estricto derecho” a la hora de resolver un JRC hubiera sido fácil señalarlo explícitamente en la ley. Se podría haber incluido una redacción mucho más contundente y clara del segundo párrafo que impusiera una prohibición directa al TEPJF en lugar de sólo eximirlo de la obligación incluida en el primer párrafo.

Ahora bien, una interpretación integral y sistemática de la LGSMIME, más allá de lo explícitamente plasmado en el artículo 23, confirma y ratifica lo aquí argumentado. Por ejemplo, el párrafo 2.d del artículo 3o. de la ley define al

JRC como un medio “para garantizar la constitucionalidad de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos”. El JRC es entonces un procedimiento de naturaleza constitucional por excelencia.

Al resolver un JRC, el TEPJF funge plenamente como un tribunal constitucional. Esto implica, entre otras cosas, que debe resolver con “plena jurisdicción”, de acuerdo con el artículo sexto de la LGSMIME. La autorización del artículo 23.2 para no incluir “claros agravios adicionales” en un JRC de ninguna manera elimina o entra en conflicto con la plenitud de jurisdicción del TEPJF, sobre todo cuando reconocemos la obligación constitucional del TEPJF de garantizar la celebración de elecciones plenamente “auténticas”. Así que aún en un JRC el Tribunal no tiene que limitarse a revisar y pronunciarse de forma exclusiva con respecto a las decisiones de órganos inferiores, sino que siempre tiene la facultad de sustituir a la autoridad responsable así como también ordenar la reposición de algún procedimiento o incluso el juicio entero.

En un JRC, el TEPJF tampoco sacrifica de ninguna manera su facultad de “no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución” incluida en el artículo 99 de la CPEUM. Una vez más, los magistrados no tienen que limitarse a evaluar la legalidad y la constitucionalidad de las decisiones e interpretaciones del tribunal local, sino que pueden ir mucho más allá e incluso inaplicar alguna disposición de la misma ley que sirvió de base para estas decisiones de las instancias inferiores. Una vez más se complica la idea de que los JRC serían juicios de “estricto derecho”.

El contenido del artículo 23.2 tampoco invalida las disposiciones del artículo 14.3 y 21.1 de la LGSMIME con res-

pecto a la facultad del TEPJF de allegarse de oficio de una gran cantidad de información adicional que no se encuentra en el expediente con el fin de tener más elementos para resolver el caso. El tercer párrafo del artículo 14 faculta al TEPJF a “ordenar el desahogo de reconocimientos o inspecciones judiciales, así como de pruebas periciales, cuando la violación reclamada lo amerite, los plazos permitan su desahogo y se estimen determinantes para que con su perfeccionamiento se pueda modificar, revocar o anular el acto o resolución impugnado”. Asimismo, el primer párrafo del artículo 21 señala que el presidente de cualquier Sala del TEPJF puede “requerir a las autoridades federales, estatales y municipales, así como a los partidos políticos, candidatos, agrupaciones, organizaciones políticas y particulares, cualquier elemento o documentación que obrando en su poder, pueda servir para la sustanciación y resolución de los medios de impugnación”. Este mismo párrafo también señala que “en casos extraordinarios” el presidente correspondiente incluso:

Podrá ordenar que se realice alguna diligencia o que una prueba se perfeccione o desahogue, siempre que ello no signifique una dilación que haga jurídica o materialmente irreparable la violación reclamada, o sea un obstáculo para resolver dentro de los plazos establecidos, de conformidad con lo señalado en las leyes aplicables.

Los artículos 14 y 21 de la LGSMIME forman parte del Libro Primero, Título Segundo, de la ley que aborda “las reglas comunes aplicables a los medios de impugnación”, incluyendo, desde luego, los JRC. No existe ninguna prohibición en la ley en contra de que el TEPJF haga uso de estas amplias facultades de documentación, investigación e instrucción a la hora de resolver este tipo de juicios. Se pone

en cuestión entonces uno de los principales elementos de lo que sería un juicio de "estricto derecho", específicamente la idea que en un JRC el TEPJF tenga la obligación de cumplir con "una escrupulosa sujeción al material probatorio presentado".

Queda claro entonces que la idea de que el JRC tenga que apegarse estrictamente al principio de "estricto derecho" no está impuesta por la ley, sino que es una decisión estratégica-interpretativa por parte de los magistrados. Y si no existe la obligación para que los JRC deban resolverse de acuerdo con este principio, mucho menos sería el caso con respecto a los juicios o "dictámenes" de validez o nulidad que el TEPJF tenga que resolver o emitir con respecto a las elecciones federales. En estos casos los magistrados no tienen que acotarse a las reglas de los JRC.

Ahora bien, aquí nos gustaría sostener que el principio de "estricto derecho" no sólo no está impuesto por la ley, sino que recurrir a ello también es una mala decisión estratégica-interpretativa. Coincidimos con el ex magistrado del TEPJF, Mauro Miguel Reyes Zapata, quien se ha pronunciado a favor de la total eliminación del principio de estricto derecho en materia electoral. Reyes Zapata critica que este principio "indebidamente se [ha convertido en] un pilar de la jurisdicción constitucional" cuando "en realidad fue una mala ocurrencia para tratar de corregir otro error, y que quizá por cuestiones prácticas o en ocasiones también por comodidad se fue acendrando en el juzgamiento, pero en realidad no tiene razón de ser".¹¹¹

El ex magistrado señala que el principio de estricto derecho primero se plasmó formalmente en el Código de Pro-

¹¹¹ Versión estenográfica de la intervención de Mauro Miguel Reyes en el Seminario "Elecciones 2012: en busca de equidad y legalidad", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, octubre de 2010.

cedimientos Civiles de 1908. Esto se hizo con el fin de limitar el abuso del amparo en materia civil para impugnar todas las decisiones y acciones de los jueces y así alargar innecesariamente los juicios. Sin embargo, el magistrado señala que el remedio fue peor que la enfermedad porque este principio impide la labor de los jueces de impartir una verdadera justicia. El magistrado Reyes compara la aplicación del principio de estricto derecho en materia electoral con un policía que ve robar y no hace nada: “No puedo concebir que una persona que es guardián del orden si ve una persona que está robando no deba realizar una intervención”.¹¹²

Habría que agregar que en materia electoral en particular ni siquiera existe la justificación con respecto al posible abuso de la ley por los litigantes. Los plazos y las estrictas reglas procesales que existen en la materia evitan el alargamiento innecesario de los juicios. Por ejemplo, el artículo 86 de la LGSMIME incluye una serie de requisitos estrictos para la procedencia de los JRC. Estos incluyen la necesidad que los actos o resoluciones de las autoridades de las entidades federativas que se impugnan sean “definitivas y firmes”, “violen algún precepto de la CPEUM”, que la violación “pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones”, “que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales”, “que la reparación solicitada sea factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos”, y “que se hayan agotado en tiempo y forma todas las instancias previas establecidas por las leyes, para combatir los actos o resoluciones electorales en virtud de los cuales se pudieran haber modificado, revocado o anulado”.

¹¹² *Idem.*

Si el TEPJF realmente estuviera preocupado por la sobrecarga de trabajo o el argumento de los juicios, podría aplicar estrictamente estos requisitos de procedencia y solamente aceptar y resolver los casos más extremos o graves. Pero en los hechos el TEPJF casi nunca desecha los JRC por improcedentes sino que normalmente entra al estudio de fondo de los casos. Ello con el argumento muy legítimo y reiterado de que el JRC "no es un procedimiento formulario o solemne"¹¹³ y por lo tanto no se debe desechar por errores de forma.

Los magistrados entonces efectivamente utilizan el criterio de "estricto derecho" para aligerar su cargo de trabajo. Pero no lo hacen con la intención original del Código de Procedimientos Civiles de 1908 de limitar la cantidad de litigios, sino simplemente para poder resolver los casos con el mínimo esfuerzo y ahorrarse el tiempo y el análisis que serían necesarios para llegar al fondo de la legalidad y la constitucionalidad de la elección impugnada. Tal actitud sin duda implica una traición tanto al espíritu de la normatividad electoral como a la responsabilidad de los magistrados para tutelar los derechos político-electorales de los ciudadanos y garantizar la autenticidad de las elecciones.

Ahora bien, un segundo recurso a que frecuentemente recurren los magistrados del TEPJF para justificar su inacción y pasividad es por medio de la tesis de jurisprudencia S3ELJ 09/99 del rubro: "DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER. SU FALTA, NO IRROGA PERJUICIO A LAS PARTES,

¹¹³ Véase, por ejemplo, el texto de la tesis de jurisprudencia 3/2000 del rubro AGRAVIOS, PARA TENERLOS POR DEBIDAMENTE CONFIGURADOS ES SUFICIENTE CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 4, año 2001, p. 5.

POR SER UNA FACULTAD POTESTATIVA DEL JUZGADOR”¹¹⁴
Reproducimos el texto completo de la tesis para facilitar su análisis:

El hecho de que la autoridad responsable no haya ordenado la práctica de diligencias para mejor proveer en la controversia que le fue planteada, no puede irrogar un perjuicio reparable por este tribunal, en tanto que ello es una facultad potestativa del órgano resolutor, cuando considere que en autos no se encuentran elementos suficientes para resolver. Por tanto, si un tribunal no manda practicar dichas diligencias, ello no puede considerarse como una afectación al derecho de defensa de los promoventes de un medio de impugnación, al constituir una facultad potestativa de la autoridad que conoce de un conflicto.

De acuerdo con el TEPJF, los promoventes de un juicio no cuentan con un *derecho* a que las instituciones electorales hagan todo lo posible por conocer la verdad sobre la autenticidad de los procesos electorales, sino que deberían conformarse con su derecho de recurrir a los tribunales correspondientes y confiar de forma ciega en el criterio de los magistrados. Por su parte, estos tribunales no tienen obligación alguna de llegar al fondo de la situación sino que existe una discrecionalidad casi total durante la instrucción del juicio. Específicamente, los magistrados tienen libertad absoluta para allegarse de información nueva si así lo estiman pertinente o, en su caso, limitarse únicamente a lo que se encuentra “en autos”.

¹¹⁴ *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 3, año 2000, p. 14. Principio del formulario.

La utilización por el TEPJF de su facultad de realizar diligencias para mejor proveer ha sido sumamente irregular. Si bien ha sido muy enfático a la hora de aclarar que no tiene la obligación de llevarlas a cabo, no ha tenido la misma claridad o desarrollado una teoría general sobre cuándo se deben o no utilizar. Y cuando sí se atreve a establecer algún criterio que impondría una obligación para allegarse de elementos adicionales, el TEPJF realiza esfuerzos extraordinarios por restringir el mandato a casos específicos y documentos concretos. Por ejemplo, en la tesis: "DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER. PROCEDE REALIZARLAS CUANDO EN AUTOS NO EXISTAN ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESOLVER",¹¹⁵ el TEPJF no desarrolla una teoría general sobre la materia. Al contrario, se limita a señalar que cuando en una casilla electoral existan:

Espacios en blanco o datos incongruentes en las actas que deben levantarse con motivo de los actos que conforman la jornada electoral; con el objeto de determinar si las deficiencias destacadas son violatorias de los principios de certeza o legalidad, determinantes para el resultado final de la votación y, por ende, si efectivamente se actualiza alguna causa de nulidad [existiría la obligación de] mediante diligencias para mejor proveer, recabar aquellos documentos que la autoridad que figure como responsable omitió allegarle y pudieran ministrar información que amplíe el campo de análisis de los hechos controvertidos, por ejemplo, los encartes, las actas de los consejos distritales o municipales en que se hayan designado funcionarios de casillas, los paquetes electorales, relacionados con las casillas cuya votación se cuestiona, así como cualquier otro documento que resulte valioso para tal fin.

¹¹⁵ *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 1, año 1997, pp. 20 y 21.

Ahora bien, un complemento muy importante para la teoría del “estricto derecho” son los criterios del TEPJF con respecto a la “carga de la prueba”. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 15 de la LGSMIME señala que “el que afirma está obligado a probar. También lo está el que niega, cuando su negación envuelve la afirmación expresa de un hecho”. Y es importante reconocer que este texto legal no distingue entre los diferentes actores en el juicio. Es decir, de acuerdo con una lectura estricta de la ley, tanto quien impugna la validez de una elección como quién la defiende tendría la misma responsabilidad de “probar sus afirmaciones”.

Sin embargo, el TEPJF normalmente aplica esta disposición legal de manera sesgada al exigirle sólo a los partidos políticos y otros promoventes de la nulidad de una elección que comprueben sus afirmaciones y acusaciones. Mientras, el partido y el candidato “ganador” no tienen responsabilidad alguna de demostrar la validez de su triunfo. Asimismo, se le otorga una presunción de validez a los informes que entregan las instituciones electorales donde defienden su actuación y la validez de los comicios. En contraste, los documentales “privados” presentados por los que buscan impugnar la validez de la elección son considerados meros “indicios” y son fácilmente desechados por el TEPJF.

No hay entonces una igualdad formal entre las partes en el juicio, sino que existe un fuerte desequilibrio procesal que favorece la posición de las autoridades electorales y la parte ganadora. Mientras los que impugnan una elección tienen toda la carga de la prueba, los otros actores e instituciones pueden tomar una posición pasiva y limitarse a rebatir los argumentos de los promoventes.

Como hemos visto arriba, el “Dictamen de validez” de la elección presidencial de 2006 es un excelente botón de mues-

tra de cómo funciona este sistema en la práctica.¹¹⁶ Por un lado, se le exigía a la Coalición por el Bien de Todos, de Andrés Manuel López Obrador, que demostrara fuera de cualquier duda que existían las acciones irregulares denunciadas y que éstas habían tenido un impacto determinante sobre el resultado de la elección. Por otro lado, no hubo la misma exigencia para el IFE o el TEPJF de probar que las irregularidades acreditadas, y aceptadas por ellos, no podrían haber incidido en el resultado final. Tampoco tuvieron la responsabilidad de demostrar, más allá de un recuento de sólo 14 582 casillas (11% del total) entre ambas instancias, que la información contenida en las actas electorales correspondía de manera fehaciente a la información contenida en las boletas electorales.¹¹⁷

El caso de la validez de la elección para gobernador del Estado de México en 2011¹¹⁸ ofrece una lección similar. Siguiendo la misma lógica que en la elección presidencial de 2006, el TEPJF se limita única y exclusivamente a desechar y desestimar las pruebas ofrecidas por los promoventes, sin hacer esfuerzo alguno por determinar si realmente haya sido una elección auténtica. Por ejemplo, uno de los temas centrales de la impugnación fue con respecto al posible rebase de topes de campaña de parte del candidato ganador del PRI. Este tema es particularmente importante en el Estado de México, ya que la legislación local incluye el rebase de topes como una causal de nulidad de la elec-

¹¹⁶ Véase la introducción al presente libro.

¹¹⁷ Ackerman, John M., "The 2006 Elections: Democratization and Social Protest", en Selee, Andrew y Peschard, Jaqueline (eds.), *Democratic Politics in Mexico*, Stanford, Stanford University Press-Woodrow Wilson Center for International Scholars, 2010.

¹¹⁸ SUP-JRC-254/2011.

ción, siempre y cuando haya sido determinante para el resultado.¹¹⁹

Uno de los argumentos de la coalición encabezada por Alejandro Encinas, que impugnaba la validez de la elección, era que en la fiscalización de la campaña de Eruviel Ávila de la Coalición “Unidos por ti” encabezada por el PRI, el Instituto Electoral del Estado de México (IEEM) aceptaba sin cuestionamiento alguno los precios reducidos en que se facturaba la propaganda. Es decir, en lugar de calcular el precio “real” de los espectaculares, pendones, camisas y otros gastos de campaña y sumar esto a los gastos del candidato, se basaba únicamente en la cantidad contenida en las facturas correspondientes presentadas por el PRI. Para demostrar que las facturas no representan el precio real, el PRD realizó una extensa investigación de mercado que demostraba los costos efectivos de la propaganda contratada por el PRI y acreditaba un enorme rebase a los topes de gasto de campaña por Ávila.¹²⁰

Sin embargo, tanto el Tribunal Electoral del Estado de México (TEEM) como la Sala Superior del TEPJF desecha-

¹¹⁹ *Código Electoral del Estado de México, Artículo 299*. “El Tribunal podrá declarar la nulidad de una elección de Gobernador, de diputado de mayoría relativa en un distrito electoral o de un ayuntamiento de un municipio, en los siguientes casos... IV. Cuando en actividades o actos de campaña o durante la jornada electoral, en la entidad, el distrito uninominal o el municipio de que se trate, el partido político o coalición que obtenga la constancia de mayoría, realice conductas que actualicen alguno de los siguientes supuestos... b) Exceder los topes para gastos de campaña establecidos por el presente Código de manera determinante para el resultado de la elección”.

¹²⁰ Para mayor detalle, véase Encinas, Alejandro, *Dinero, simulación e impunidad: memoria de la elección de gobernador en el Estado de México, 2011*, Fundación para el fortalecimiento de los gobiernos locales (FundLocal), México, 2012.

ron las pruebas de la campaña de Encinas señalando que no fijan “un costo de mercado objetivo y razonable”. Ambos tribunales le reclaman a Encinas que no recurrió a suficientes empresas distintas para tener una cobertura total de los diferentes precios a lo largo y ancho del Estado de México:

Cualquier cotización de producción de propaganda debió haberse referido a diversas personas morales que presten tales servicios en la totalidad de los municipios... Es necesario tener la certeza de que la Coalición “Unidos por ti”, pudo o no obtener costos más benéficos que los plasmados en la documentación en cuestión...

El TEPJF también abunda al respecto señalando que:

Ha sido criterio de esta Sala Superior el considerar que para determinar los costos de la contratación del servicio para la organización de eventos y adquisición de artículos promocionales, se debe ponderar diversos factores como la negociación que se lleve a cabo entre el prestador del servicio y el contratante, dado que los costos que se otorgan a los consumidores pueden variar en atención a diversos aspectos...

En otras palabras, el TEPJF da luz verde a que los partidos políticos pacten con una empresa publicitaria un costo “real” y otro costo “de factura” para informar a las autoridades electorales. El TEPJF se niega a investigar más allá de los papeles presentados por la campaña de Ávila y desestima sin mayor consideración los esfuerzos realizados por Encinas. De acuerdo con el TEPJF:

Se trata de una actividad comercial cuyo conocimiento es de quienes intervienen en ella y porque debe corresponder a quienes desean realizar tales operaciones, el aportar los ele-

mentos necesarios para acreditar el mejor costo de mercado posible, como son, entre otras, las facturas y contratos.

La Sala Superior de forma procesalista y formalista también insiste en que al no haber sido impugnado el dictamen relativo a los gastos de precampaña de Eruviel, éste quedó firme por lo que no puede ser sujeto nuevamente a revisión o cuestionamiento, en tanto que se trata de un fallo inatacable. En suma, el TEPJF construye una situación en que es prácticamente imposible, a la hora de evaluar la validez de una elección, poner en cuestión la labor de fiscalización de un instituto electoral.

Otro ejemplo similar es la argumentación utilizada por la Sala Regional del TEPJF en el Distrito Federal para revocar la nulidad de la elección de Demetrio Sodi para jefe delegacional en la delegación Miguel Hidalgo en 2009 declarada por el Tribunal Electoral del Distrito Federal. Por ejemplo, la Sala DF recurre a una lectura sumamente limitada del artículo 254 del Código Electoral del Distrito Federal, donde se alistan los gastos comprendidos para determinar los topes en los gastos de campaña, para negarse a contabilizar la entrevista televisiva supuestamente “espontánea” del candidato en medio de un partido de fútbol con base en:

Artículo 254. Los gastos que realicen los Partidos Políticos, las Coaliciones y sus candidatos, en la propaganda electoral y las actividades de campaña, no podrán rebasar los topes que para cada elección acuerde el Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal, previo al inicio de las campañas. Para los efectos de este artículo quedarán comprendidos dentro de los topes de gasto los siguientes conceptos:

I. Gastos de propaganda, que comprenden los realizados en bardas, mantas, volantes, pancartas, equipos de sonido, even-

tos políticos realizados en lugares alquilados, propaganda utilitaria y otros similares;

II. Gastos operativos de la campaña, que comprenden los sueldos y salarios del personal eventual, arrendamiento eventual de bienes muebles e inmuebles, gastos de transporte de material y personal, viáticos y otros similares;

III. Gastos de propaganda en medios impresos, que comprenden los realizados en cualquiera de estos medios tales como desplegados, bandas, cintillos, mensajes, anuncios publicitarios y sus similares, tendientes a la obtención del voto; y

IV. Los destinados con motivo de la contratación de agencias y servicios personales especializados en mercadotecnia y publicidad electoral.

No se considerarán dentro de los topes de campaña los gastos que realicen los Partidos para su operación ordinaria y para el sostenimiento de sus órganos directivos, institutos y fundaciones.

De acuerdo con los magistrados regionales, esta lista es estrictamente limitativa y el hecho que no mencione explícitamente a gastos efectuados en la televisión prohíbe una eventual cuantificación de la donación a la campaña de Sodi. Sin embargo, el carácter limitativo de esta lista se desmiente por la expresión general de "quedarán comprendidos" al inicio así como la utilización en varias ocasiones de la expresión "otros similares" en el mismo listado. La Sala Regional incluso llega al extremo de sostener que:

Suponer que la norma prevea como gasto de campaña el ejercido en una actividad ilícita sería tanto como reglamentar la ilicitud y en consecuencia permitirla. Lo que en todo caso habilitaría a estimar como gasto de campaña el derivado de la propaganda en radio y televisión, sería la contravención

a la norma que prohíbe contratar o adquirir tiempos en tales medios.¹²¹

Tal afirmación evidencia los graves riesgos y contradicciones de los que el legalismo “puro” típicamente puede terminar siendo presa.¹²² De acuerdo con este punto de vista, la autoridad electoral local debería ignorar cualquier gasto que se hubiere efectuado en materia de radio y televisión porque esta materia es de competencia federal. El problema es que siguiendo esta lógica aún si estuviera plenamente comprobado que un candidato o un partido político hubiera efectuado un pago en materia de radio y televisión, el IEDF no podría incluir este gasto dentro de su cálculo de rebase de topes de campaña porque el artículo 254 supuestamente no permitiría hacerlo. Aquí también habría que preguntarnos sobre los otros posibles gastos de campaña que no están incluidos en esa lista como, por ejemplo, gastos en comunicación por Internet.

De acuerdo con este criterio de la Sala Regional en el DF, el IEDF no tiene posibilidad de levantar la mirada para evaluar de manera integral la equidad de las elecciones del DF aun si hubiera clara evidencia de un abierto fraude a la ley. Según los magistrados, los consejeros electorales tendrían que asumir una cómoda actitud burocrática en lugar de actuar como garantes de la democracia.

Pero la intención de cortarles las alas a las facultades de investigación y fiscalización de los consejeros electorales se

¹²¹ Sala Regional en el DF del TEPJF, SDF-JRC-69/2009 y acumulados.

¹²² Para una excelente discusión de los vicios del “purismo” legal en materia electoral véase Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral: una propuesta garantista*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

manifiesta aún más clara en la evaluación que los magistrados electorales hacen del artículo 61 del Código Electoral del Distrito Federal que resume el procedimiento para la determinación de un posible rebase de topes de campaña.¹²³

¹²³ Artículo 61. Un Partido Político o Coalición, aportando elementos de prueba, podrá solicitar a la Unidad Técnica Especializada de Fiscalización se investiguen los actos relativos a las campañas, así como el origen, monto y erogación de los recursos utilizados, que lleven a cabo los Partidos Políticos, Coaliciones o candidatos, conforme al procedimiento siguiente...

I. La solicitud de investigación deberá presentarse dentro de los tres días siguientes a la conclusión del periodo de campañas;

II. El Partido Político o Coalición deberá ofrecer con su escrito los medios de prueba idóneos y suficientes para presumir la existencia de los hechos que solicita sean investigados, conforme a las reglas generales siguientes:

a) El Instituto Electoral del Distrito Federal podrá decretar, en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza de la solicitud, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre la investigación;

b) El Partido Político o Coalición solicitante debe probar los hechos constitutivos de su solicitud y el Partido Político o Coalición objeto de la investigación, los de sus aclaraciones;

c) Ni la prueba, en general, ni los medios de prueba establecidos por el presente ordenamiento, son renunciables;

d) Sólo los hechos estarán sujetos a prueba;

e) El Instituto Electoral del Distrito Federal debe recibir las pruebas que le presenten las partes, siempre que estén reconocidas por la ley. Los autos en que se admita alguna prueba no son recurribles; los que la desechen son apelables en ambos efectos;

f) Los hechos notorios pueden ser invocados por el Instituto, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes;

g) Este Código reconoce como medios de prueba:

1.- La confesión;

2.- Los documentos públicos;

Si bien el texto de este artículo no señala explícitamente que la autoridad electoral deba seguir un “principio inqui-

3.- Los documentos privados;

4.- Los dictámenes periciales;

5.-El reconocimiento o inspección que realice la Unidad Técnica Especializada de Fiscalización;

6.- Los testigos;

7.- Las fotografías, escritos y notas taquigráficas, y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia; y

8.- Las presunciones.

h) Salvo disposición contraria de la ley, lo dispuesto en este artículo es aplicable a toda clase de solicitudes de investigación por parte de los Partidos Políticos o Coaliciones.

III. La Unidad Técnica Especializada de Fiscalización del Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal a partir de la fecha de recepción del escrito tendrá cinco días para admitir o desechar la solicitud;

IV. Una vez admitida la solicitud de investigación, la Unidad Técnica Especializada de Fiscalización por conducto del Secretario Ejecutivo emplazará al Partido Político o Coalición presuntamente responsable, para que en el plazo de cinco días ofrezca pruebas y manifieste lo que a su derecho convenga;

V. Recibido el escrito de comparecencia del Partido Político o Coalición se concederá un plazo de cinco días para que las partes procedan al desahogo de las pruebas, mismas que serán admitidas y valoradas en los términos previstos en la Ley Procesal de la Materia;

VI. La Comisión de Fiscalización substanciará el procedimiento previsto en este artículo, con el auxilio del Secretario Ejecutivo, del área técnico-contable de la Unidad Técnica Especializada de Fiscalización y técnico-jurídico de la Unidad de Asuntos Jurídicos, y tendrá en todo momento la facultad de requerir a los órganos responsables de la obtención y administración de los recursos de cada Partido Político, los elementos necesarios para integrar debidamente el expediente;

VII. Si durante la instrucción del procedimiento se advierte la existencia de errores u omisiones técnicas, la Unidad Técnica Espe-

sitivo", es evidente que lo que se regula es el procesamiento de una "solicitud de investigación" no la recepción de una "queja" a ser resuelta únicamente con la información ofrecida por las partes.

Tal y como lo señalan los magistrados del Tribunal Electoral del Distrito Federal cuando decidieron anular la elección de Demetrio Sodi:

El procedimiento administrativo previsto en el artículo 61 del Código Electoral local, no es un juicio en el que la autoridad fiscalizadora sólo asume el papel de un juez entre dos contendientes, es decir, no se está en presencia de un procedimiento jurisdiccional o administrativo, como sucede en la especie, "inter-partes" de carácter igualitario, en donde precisamente la "partes" tienen el impulso procesal necesario en el procedimiento correspondiente, como podría ser, a guisa

cializada de Fiscalización notificará al Partido Político o Coalición que hubiere incurrido en ellos, para que en un plazo de cinco días contados a partir de dicha notificación, presente las aclaraciones o rectificaciones que estime pertinentes;

VIII. Al vencimiento de los plazos señalados en las fracciones anteriores, la Unidad Técnica Especializada de Fiscalización dispondrá de un plazo de diez días hábiles para elaborar un dictamen que deberá presentar ante el Consejo General para su aprobación. Dicho dictamen deberá contener el examen y valoración de las constancias que obran en el expediente y, en su caso, las consideraciones que fundamentan la gravedad de la infracción y la sanción propuesta; y

IX. En caso de haberse acreditado que un Partido Político o Coalición excedió los topes de gastos de campaña y una vez agotadas las instancias jurisdiccionales, el Consejo General por el conducto del Secretario Ejecutivo dará vista a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para que en el ámbito de sus atribuciones determine lo procedente.

Antes de la toma de protesta del cargo del candidato que resulte ganador el Consejo General determinará las sanciones en caso de que sea procedente, en los términos previstos en este Código.

de ejemplo, un juicio de carácter civil, sino que, su quehacer, dada la naturaleza propia de la solicitud de investigación implica realizar una verdadera investigación con base en las facultades que la ley le otorga, a fin de verificar la certeza de las afirmaciones contenidas en la solicitud y llegar al conocimiento de la verdad sobre la investigación. La finalidad de dicho procedimiento es evidente: tutelar el orden jurídico electoral y hacer respetar los principios de legalidad que rigen en la materia.¹²⁴

Sin embargo, los magistrados federales decidieron anular cualquier acción investigadora desplegada por el IEDF que no tuviera una relación directa e inmediata con las denuncias específicas presentadas por el PRD en su impugnación de la validez de la elección en la delegación Miguel Hidalgo. Los magistrados federales argumentan que “permitir que en el transcurso del procedimiento la autoridad encargada de la investigación incorpore elementos que no fueron hechos del conocimiento de la parte investigada al momento del emplazamiento, implicaría atentar contra el principio de contradicción”.¹²⁵

Asimismo, sostienen que habría que mantener:

La inmutabilidad de los hechos materia de la investigación, toda vez que la propia discrecionalidad en el ejercicio de tales facultades, añadida a una litis inestable o abierta, generaría una merma en las posibilidades de defensa de las partes, además de la imposibilidad de garantizar la vigencia del principio rector de imparcialidad de la autoridad electoral así

¹²⁴ Sala Regional en el DF del TEPJF, SDF-JRC-69/2009 y acumulados.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 246.

como un evidente menoscabo en cuanto al principio rector de certeza.¹²⁶

De nuevo tenemos ante nosotros un claro ejemplo de cómo los magistrados del TEPJF buscan limitar las facultades de investigación de los institutos electorales. Esto abre la puerta de par en par para la simulación y la impunidad en la materia. Como hemos argumentado arriba, si bien evidentemente tiene sentido ofrecer a la parte acusada ciertas garantías para poder defenderse en un procedimiento sancionador, de ninguna manera se debería equiparar el proceso sancionador electoral con el proceso penal tradicional.

En general, es sumamente difícil distinguir de manera tajante entre los principios inquisitivos y dispositivos en materia electoral. Tal y como lo ha señalado Óscar Guizar:

Los principios tanto inquisitivo como dispositivo se han ido mezclando y han sufrido diversos matices, dando origen a lo que Taruffo denomina como “modelos mixtos”. Así, el juez adquiere un carácter más activo en el procedimiento al tener iniciativa probatoria adicional a la de las partes, pero enmarcada en un contexto en el que están salvaguardadas las garantías de las mismas y en el que subsiste un principio de contradicción, en virtud del cual el juzgador no puede agregar hecho alguno a los previamente proporcionados por los interesados.¹²⁷

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ Guizar, Óscar, “El procedimiento de investigación de un Tribunal para anular una elección: los casos francés y norteamericano”, trabajo presentado en el Taller de Derechos Políticos, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 10 de marzo de 2012.

Michelle Taruffo mismo ha escrito que “la experiencia... muestra que es posible maximizar al mismo tiempo el derecho a la prueba que le corresponde a las partes, la garantía del principio de contradicción y la atribución de amplios poderes de instrucción al juez”.¹²⁸

Proponemos, entonces, una transformación de fondo de enfoque con respecto a la naturaleza procesal de la evaluación de la validez de una elección popular. En lugar de que toda la carga de la prueba penda de lado del partido perdedor, también tendría que haber una carga importante tanto para el partido ganador como para las autoridades electorales que condujeron el proceso para que estos actores demuestren la manera en que *en los hechos y con base en un análisis empírico* se cumplieron con los principios y procedimientos constitucionales básicos en materia electoral. En otras palabras, ya no sería suficiente que la autoridad sostuviera que haya cumplido de manera formal con todas las acciones requeridas por la ley y que el partido ganador conteste las denuncias y las acusaciones del partido perdedor, sino que tanto la autoridad como el partido ganador tendrían que argumentar y ganar de manera activa una especie de “juicio de validez” (paralelamente a los “juicios de nulidad” de siempre) al demostrar de manera efectiva que la elección correspondiente fue válida constitucionalmente.

La introducción de un procedimiento de este tipo no implicaría obstáculo alguno para la realización de las elecciones dado que la legislación actual ya contempla un periodo específico tanto para la resolución de las impugnaciones como para la calificación definitiva de una elec-

¹²⁸ Taruffo, Michelle, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, pp. 268-269, citado en Guizar, *cit.*

ción.¹²⁹ En los hechos, no se cumple estrictamente con el principio de conservación del acto jurídico ya que no se le otorga validez plena a los resultados electorales iniciales sino que existe un periodo para procesar, analizar y evaluar estos resultados. Incluso, para las elecciones presidenciales el órgano administrativo, el IFE, ni siquiera cuenta con la facultad para validar sus propios resultados. Únicamente el mismo TEPJF está facultado para realizar "el computo final de la votación" así como pronunciar válida una elección presidencial después de hasta dos meses de evaluación de los acontecimientos que tuvieron lugar antes, durante y después de los comicios.¹³⁰

En suma, las instituciones en materia electoral deberían evitar la ingenuidad que implica partir de la inocencia de los partidos políticos y los candidatos así como de una fe ciega en la validez de los comicios. Dado el escenario tan problemático y propenso a la ilegalidad que caracteriza al espacio político-electoral, habría que partir de la base de una sana duda con respecto al contenido democrático de cualquier elección popular. Por lo tanto, durante el periodo de revisión administrativa y jurisdiccional de la validez de una elección todos los actores deberían tener la responsabilidad de desplegar al máximo sus facultades de investigación y de argumentación para llegar lo más cercano posible a la verdad de los hechos de una elección.

Los órganos electorales típicamente titubean en esta tarea por temor a ser descalificados de parciales en sus decisiones con respecto a qué y a quién investigar. Pero desde el punto de vista que aquí proponemos, sería la desidia y

¹²⁹ Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, artículo 3o.

¹³⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 99.

no la “excesiva” utilización de sus facultades, lo que más claramente indicaría la parcialidad de un árbitro. Al tomar una actitud pasiva ante una posible violación a la ley, las instituciones estarían apoyando en los hechos la versión del partido inicialmente “ganador”.

En general, las instituciones electorales tienen que perder su miedo a las declaratorias de nulidad. En todo caso, los que deberían tener miedo a la nulidad no son las autoridades electorales sino los partidos políticos y los candidatos.¹³¹ Tal y como lo señala Netzaí Sandoval:

Queda evidenciado que el Tribunal está dispuesto a sancionar a las autoridades, poderes fácticos y a los partidos, a través de multas. Pero se niega rotundamente... a reconocer la gravedad de las irregularidades cuando de lo que se trata es de juzgar la validez de los procesos electorales. Por ello México vive permanentemente comicios fraudulentos: los actores políticos están dispuestos a pagar las multas, siempre que logren el objetivo de imponer al candidato de su preferencia a través de múltiples violaciones a las leyes y principios electorales.¹³²

En un escenario tan propenso a la simulación y al fraude a la ley como lo es el ámbito electoral, las autoridades no pueden permitirse el lujo de prescindir del importante recurso de la nulidad. Al final de cuentas, el principal bien

¹³¹ Así como de acuerdo con Martín Heidegger el “miedo a la muerte” es uno de las formas del “ser” que más define y da forma a la especie humana, podríamos decir que un sano “miedo a la nulidad” también ayudaría a los partidos políticos y a los candidatos a mejor cumplir con sus propósitos constitucionales. Heidegger, Martín, *El ser y el tiempo*, 4a. ed., México, Fondo de Cultura Económica 2006.

¹³² Sandoval, *op. cit.*, p. 60.

jurídico tutelado en cualquier elección democrática es el respeto a la voluntad popular.

IV. La reforma de 2007 y la muerte de la causal abstracta de nulidad

No sólo los magistrados conservadores sino también los partidos políticos típicamente buscan obstaculizar la posibilidad de anular las elecciones. Los políticos temen en particular cualquier causal “genérica” o “abstracta” que permitiría declarar la invalidez de una elección por “violaciones generales” a los principios constitucionales durante el proceso electoral. Asimismo, hacen todo lo posible por evitar incluir como causales específicas temas tan delicados como el rebase de topes de gasto de campaña. Por ejemplo, durante la discusión de las reformas a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME) en 2008, para dar cumplimiento a la reforma constitucional de 2007, una mayoría en la Cámara de Diputados eliminó de último momento una cláusula incluida por el Senado de la República que hubiera permitido la nulidad de la elección presidencial precisamente por exceso de gastos por parte del candidato ganador.¹³³

Asimismo, en la misma reforma constitucional de 2007 los legisladores incluyeron en el artículo 99 de la CPEUM una prohibición explícita en contra de que el TEPJF pudiera anular una elección por alguna causal que no estuviera “expresamente” establecida por la ley: “Tanto las salas regionales como la Sala Superior solamente puedan declarar

¹³³ Véase Huchim, Eduardo, “Rendir cuentas en materia electoral”, en Ackerman, John (coord.), *Nuevos escenarios del derecho electoral*, cit., pp. 355-366.

la nulidad de una elección por las causales que expresamente establezcan las leyes”. Esta reforma tenía el propósito de limitar las facultades de interpretación del TEPJF y dar fin a la “causal abstracta de nulidad”.

La exposición de motivos de la reforma claramente exhibe las intenciones de los legisladores:

Los integrantes de las Comisiones Unidas responsables del dictamen, después de un largo intercambio de opiniones y de análisis, hemos llegado a la convicción de que la antes transcrita propuesta es de aprobarse en virtud de que atiende a una preocupación respecto a los límites interpretativos que cabe o no señalar, desde la propia Constitución, a toda autoridad de naturaleza jurisdiccional. Coincidimos en la necesidad de que, sin vulnerar la alta función y amplias facultades otorgadas por la Carta Magna al TEPJF, éste deba ceñir sus sentencias en casos de nulidad a las causales que expresamente le señalen las leyes, sin poder establecer, por vía de jurisprudencia, causales distintas. En el momento oportuno, la ley habrá de ser reformada para llenar el vacío hoy presente respecto de las causas de nulidad de la elección presidencial, así como para precisar otras causas de nulidad en las elecciones de senadores y diputados federales.¹³⁴

En un primer momento, una mayoría de magistrados del TEPJF opinó que efectivamente este nuevo contexto constitucional no le permitía al Tribunal siquiera examinar alegatos o pruebas encaminadas a demostrar la nulidad de una elección por alguna causal que no estuviera “expresamen-

¹³⁴ Exposición de motivos de la reforma constitucional en materia electoral, proceso legislativo, 13 de noviembre de 2007, p. 77. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/archivo/SAD-02-08.pdf>.

te" incluida en una ley secundaria. De acuerdo con el magistrado Luna Ramos, la reforma al artículo 99 de la Constitución significa que "la 'causa abstracta de nulidad'... pierde totalmente vigencia bajo un tipo de derogación tácita, ya que al quedar establecida la limitación constitucional y legal mencionada, la declaración de nulidad sólo podrá realizarse bajo alguno de los supuestos que estén establecidos en forma específica en la ley aplicable".¹³⁵ Este criterio se aplicó en los casos SUP-JRC-275/2007 y SUP-JRC-276/2007 acumulados, SUP-JRC-437/2007, SUP-JRC-487/2007, SUP-JRC-624/2007, y SUP-JRC-35/2008.

César Astudillo tiene razón en su crítica a estas primeras interpretaciones del TEPJF:

La afirmación del TEPJF de que derivado de la reforma constitucional sólo atendería agravios fundados en nulidades formales no tomó en consideración que dichas nulidades debían ser incorporadas a las legislaciones procesales, o reformuladas en caso de existir. Su posición de únicamente atender las causales legales condujo a tener en cuenta únicamente las que existían previo a la reforma, con lo cual, en lugar de dar fuerza vinculante a la misma, lo que en realidad hizo fue negarla... La actitud del TEPJF... significó una renuncia al carácter de guardián de la constitucionalidad.¹³⁶

Afortunadamente, con el paso del tiempo los magistrados iban cambiando de criterio para llegar a la conclusión de que deben tener límites los esfuerzos legislativos de los políticos por blindar la "partidocracia" contra la intervención de los magistrados electorales. Si bien tiene sentido que los juzgadores no fabriquen de la nada nuevas causales "con-

¹³⁵ Luna Ramos, *op. cit.*, p. 518.

¹³⁶ Astudillo, *op. cit.*, p. 189.

cretas” con tal de declarar inválida una elección, los magistrados nunca pueden abdicar de su responsabilidad de defender y hacer valer la Constitución. Específicamente, los principios de equidad, legalidad y certeza en materia electoral plasmados en el artículo 41 de la carta magna son simplemente irrenunciables.

Como veremos en el próximo capítulo, a partir de la resolución del caso de las elecciones municipales en el Puerto de Acapulco en 2008, el TEPJF empezó a ensayar una nueva causal de nulidad por “violaciones a principios constitucionales” que tomaría el lugar de la antigua “causal abstracta de nulidad” como una vía por medio de la cual el Tribunal podría tomar una mirada más integral y evaluar la validez de una elección con base en principios constitucionales.