

Capítulo segundo

Hacia un nuevo enfoque

En este segundo capítulo, primero ofrecemos algunas reflexiones teóricas que apuntan hacia la construcción de un nuevo enfoque en materia de nulidades electorales que colocaría como principal prioridad la tutela de la autenticidad de los procesos electorales. Posteriormente, revisamos algunas sentencias, criterios y tesis, tanto del TEPJF como de otros tribunales del mundo, que revelan los retos prácticos que surgen a la hora de hacer valer este emergente enfoque con respecto al derecho electoral.

I. El principio de “autenticidad”

La necesidad de romper con 130 años de simulación institucional en materia electoral no es sólo un reto histórico sino también una exigencia jurídica basada en el texto constitucional. Los partidos y las instituciones electorales suelen repetir el mantra de los cinco “principios rectores” en materia electoral que se encuentran plasmados en el artículo 41, inciso V, de la CPEUM, a saber: “certeza”, “legalidad”, “independencia”, “imparcialidad” y “objetividad”. Sin embargo, una lectura cuidadosa de la Constitución revela que si bien estos principios sí son sumamente relevantes,

se aplican únicamente para la “función estatal” de la “organización de las elecciones federales” que le corresponde ejercer al IFE. Es decir, estos son los principios que deberían regir el comportamiento y la actuación de los consejeros electorales y toda la estructura administrativa del IFE a la hora de organizar los comicios federales.

Sin embargo, cuando se trata de identificar los principios que deberían regir los procesos electorales como tales, independientemente de la actividad específica del IFE como organizador de los mismos, encontramos principios aún más importantes. Específicamente, el segundo párrafo del artículo 41 de la CPEUM señala que “la renovación de los poderes legislativos y ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas”. Así que no es suficiente que el IFE o el TEPJF actúen con certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad sino que esta actuación también debe tener el *resultado* de que los procesos electorales sean “libres” y “auténticos”.

Desde este punto de vista, no es suficiente que las instituciones electorales se coloquen pasivamente “más allá del bien y el mal” en un limbo de “objetividad” e “imparcialidad”, sino que están obligadas a arremangarse las camisas para actuar afirmativamente para intervenir en la esfera política-electoral con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales en materia electoral. Sin duda, una actitud pasiva es más fácil para las autoridades ya que así evitan problemas con los actores políticos, el gobierno y los poderes fácticos. Sin embargo, tal desentendimiento de las condiciones reales de competencia electoral es estrictamente hablando una irresponsabilidad legal y una traición al espíritu democrático.

La idea de que las elecciones deberían ser “auténticas” para ser válidas y legítimas no es un invento de la Constitución mexicana sino que también está presente desde 1969

en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocido como el Pacto de San José. De acuerdo con el artículo 23.1.b de esta Convención, todos los ciudadanos de los países firmantes¹³⁷ tienen derecho a: “Votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 21 incluye una afirmación similar desde 1948: “La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”. Finalmente, la Convención sobre Estándares de Elecciones Democráticas de la Comisión de Venecia en su artículo 1.2 señala que los principios rectores de los procesos electorales son “equidad, autenticidad y libertad de elecciones basada en el sufragio igual y universal con votación secreta que asegura la expresión libre de la voluntad de los votantes” (traducción del autor).

El gran reto entonces es definir a qué exactamente se refiere el principio de “autenticidad”. En sus manuales de capacitación, el TEPJF define una elección “auténtica” como una en “que la voluntad de los votantes se refleje de manera cierta y positiva en el resultado de los comicios”.¹³⁸ Esta definición deja claro que este concepto no es procedural sino sustancial. Es decir, lo relevante para lograr la autenticidad no es que las instituciones correspondientes sigan procedimientos específicos, por muy bien o mal

¹³⁷ México se adhiere al Pacto de San José el 2 de marzo de 1981.

¹³⁸ http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/presentaciones_capacitacion/derecho_electoral.pdf.

que estén diseñados, sino alcanzar un resultado específico. Asimismo, el tipo de resultado que se busca no es solamente un estado de cosas sino la coincidencia entre dos estados, uno mental/interno de la “voluntad” ciudadana y otro burocrático/administrativo de los “resultados de los comicios”.

Sin embargo, esta definición del TEPJF también resulta ser engañosa porque circunscribe el tema de la autenticidad exclusivamente al universo de “los votantes”. Así, da la impresión que lo único importante para asegurar la “autenticidad” de los comicios sería la correcta contabilización de los votos y el reconocimiento como ganador a aquellos candidatos que hayan recibido mayor cantidad de respaldo popular.

Este enfoque exclusivamente en la jornada electoral y el conteo de los votos desde luego no es suficiente. En años recientes los estudios sobre la calidad de las elecciones han dirigido su atención más allá del día de la elección para también evaluar la equidad y la legalidad de los procesos electorales como tales.¹³⁹ Asimismo, como ya se comentó en la introducción al presente texto, en el contexto mexicano cualquier análisis de la autenticidad de las elecciones forzosamente tiene que tomar en cuenta el contexto general en que se llevan a cabo tanto las campañas electorales como la calificación de las elecciones, más allá del tema importante del día de los comicios. De lo contrario, sería muy difícil distinguir entre el periodo autoritario y el democrático de la historia contemporánea en México.

¹³⁹ Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado en América Latina*, 2a. ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Universidad de Heidelberg-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Federal Electoral-Fondo de Cultura Económica, 2007.

Esto porque durante el autoritarismo mexicano también se celebraban elecciones, cuyos resultados muchas veces reflejaban “auténticamente” la voluntad de “los votantes” si bien grandes cantidades de ciudadanos eran excluidos de facto de su derecho al sufragio.

Hace falta, entonces, expandir el concepto de “auténticidad” más allá de solamente la representación fiel de la “voluntad de los votantes” para incluir también tanto la calidad de la misma competencia electoral como la naturaleza de la etapa pos electoral de calificación de la validez de los comicios. Algo “auténtico” es algo “genuino”, no “apócrifo” o “fraudulento”. Así que una elección auténtica sería un proceso de competencia política donde hubiera una verdadera diferenciación entre las ofertas de los candidatos, equidad y legalidad en la competencia entre estas ofertas, así como una verdadera incertidumbre con respecto a quién ganaría el día de los comicios.

Ian Shapiro¹⁴⁰ nos ha recordado la lección más básica de Joseph Schumpeter de que la democracia depende, por lo menos, de una clara diferenciación de los “productos” ofrecidos por los políticos. Adam Przeworski¹⁴¹ ha identificado la incertidumbre como una de las claves más importantes para determinar la existencia o no de una situación democrática.

Una elección “auténtica” es entonces una elección en donde los ciudadanos, y no las instituciones gubernamentales o los poderes “fácticos”, deciden quiénes serán sus próximos gobernantes. Esto implica que la responsa-

¹⁴⁰ Shapiro, Ian, *El estado de la teoría democrática*, Madrid, Bellaterra, 2005.

¹⁴¹ Przeworski, Adam, *Democracy and the Market; Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 1991, p. 208.

bilidad de las instituciones electorales no puede limitarse al correcto conteo de los votos el día de la elección. Para cumplir con el espíritu de la norma habría que ir más allá del cumplimiento de los formulismos burocráticos para asegurar que los resultados electorales reflejen de manera más profunda la verdadera voluntad del electorado. Es decir, tiene que haber un voto razonado.

La “voluntad” ciudadana siempre será muy difícil de capturar de manera directa, pero es posible delinejar algunos requisitos necesarios para permitir su manifestación plena durante las elecciones. Por ejemplo, sería importante que los ciudadanos por lo menos tuvieran acceso a información confiable sobre las ofertas y las trayectorias de los candidatos y que las instituciones electorales aseguraran un nivel mínimo de equidad y legalidad en la competencia. De la misma forma, habría que eliminar prácticas como la compra y coacción del voto y la utilización de programas sociales para fines electorales.

El proceso electoral de ninguna manera se puede reducir al día de la jornada electoral. Las campañas, por ejemplo, son de capital importancia. Sin campañas democráticas simplemente no podemos hablar de un proceso electoral democrático. Es durante el periodo de campañas cuando la ciudadanía puede informarse sobre los candidatos, los aspirantes están obligados a interactuar con la sociedad y todos tienen la oportunidad para evaluar el pasado y visualizar un nuevo futuro para la nación.

Y para garantizar la celebración de campañas auténticas que sienten las bases para el ejercicio de un voto razonado es necesario que las autoridades electorales hagan mucho más que simplemente administrar los tiempos del Estado en la televisión y la radio. En lugar de conformarse con ser burócratas de ventanilla, los consejeros del IFE en particular, tendrían que intervenir activamente en la esfera política

ca-electoral con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales en materia electoral.

Por ejemplo, será recordado como un grave error histórico la decisión del IFE y el TEPJF¹⁴² en 2012 de únicamente organizar los dos debates requeridos por la ley (artículo 70, Cofipe) así como condicionar la participación de las autoridades en la organización de encuentros adicionales al consenso total entre los candidatos presidenciales. El Cofipe de ninguna manera prohíbe al IFE organizar más de los dos debates obligatorios. Asimismo, esta misma norma ordena al IFE “velar por la autenticidad y efectividad del sufragio” y fomentar “la educación cívica y la cultura democrática” de la población.

Habría que recordar que en las elecciones de 2006 el marco legal no obligaba al IFE a organizar debate alguno, pero aún así el instituto electoral convocó a dos encuentros adicionales sin haber contado previamente con el aval de todos los aspirantes presidenciales. Todos recordarán, por ejemplo, cómo el IFE no tuvo ambages con seguir adelante con la organización del primer debate aun cuando el candidato puntero en aquel momento, Andrés Manuel López Obrador, se había negado a participar. Pero en 2012 el IFE decidió cambiar de criterio y ahora tendrá una deferencia especial con el candidato puntero, Enrique Peña Nieto, al darle derecho de veto con respecto a la organización de encuentros adicionales por la autoridad.

Pero las instituciones electorales no existen para cuidarle las espaldas al candidato puntero, sino para cumplir con la ciudadanía por medio de la organización de un proceso electoral auténtico. Al negarse a obligar a los candidatos presidenciales a confrontar ideas de manera sistemática y periódica, los consejeros electorales han puesto en riesgo

¹⁴² SUP-RAP-94/2012.

nuestro derecho ciudadano a la información y hacen mucho más difícil el ejercicio de un voto razonado.

El IFE también podría haber realizado otras actividades para informar a la ciudadanía. Por ejemplo, podría divulgar las plataformas de los partidos de manera activa así como convocar a debates ciudadanos sobre la problemática nacional. La experiencia de las encuestas deliberativas (*Deliberative Polls*), organizadas en una docena de países por el Centro de Democracia Deliberativa de la Universidad de Stanford, podrían haber servido de inspiración y ejemplo.¹⁴³

Estas “encuestas” se levantan entre grupos de ciudadanos que previamente son informados sobre las trayectorias y las propuestas de los candidatos y tienen la oportunidad de debatir sobre las mismas. No se busca medir, como en las encuestas tradicionales, el impacto de estrategias de mercadotecnia o de escándalos mediáticos, sino de poner en acción la inteligencia ciudadana y obligar a los candidatos a elevar el nivel del debate. El IFE podría haber organizado un ejercicio similar antes de las elecciones del 1o. de julio, desde luego sin pedir previamente el aval ni del candidato puntero ni de los otros candidatos presidenciales.

Las instituciones electorales existen no solamente para contar boletas electorales y administrar los tiempos de radio y televisión, sino también para facilitar un contexto de participación y exigencia ciudadanas que obligue a los candidatos a rendir cuentas a la sociedad y a proporcionar suficiente información para el ejercicio de un voto razonado. Si los ciudadanos se quedan relegados durante las campañas de 2012 a ser meros espectadores de un show entre políticos, se levantaría de nuevo el espectro de la simula-

¹⁴³ Véase “Deliberative Polling: Toward a Better-Informed Democracy”, en: <http://cdd.stanford.edu/polls/docs/summary/#results>.

ción. En este caso, el presidente que entre en funciones el 1o. de diciembre de 2012 iniciaría su mandato con su legitimidad igual de cuestionada que casi todos los presidentes electos popularmente desde la Independencia de México.

II. Elecciones libres y el giro “estructuralista”

El principio de la “autenticidad” se encuentra íntimamente ligado con el segundo principio del segundo párrafo del artículo 41 que debe regir en materia electoral: la celebración de elecciones “libres”. Por ejemplo, el teórico inglés Bob Watt ha definido la democracia como “*la decisión informada* de sus representantes de acuerdo con una ley diseñada para asegurar una elección libre y justa” (énfasis agregado).¹⁴⁴ El autor sostiene que “hay que aclarar a qué nos referimos con ser democrático: habría que distinguir entre ciudadanos democráticos y ciudadanos de mercado”.¹⁴⁵ De acuerdo con Watt, se debe anular y repetir cualquier elección donde los votantes no están suficientemente bien informados y actúan mecánicamente como “ciudadanos de mercado”. Solamente la auténtica participación de “ciudadanos democráticos” puede desembocar en un legítimo y legalmente válido ejercicio de votación.

¹⁴⁴ “We need to be clear what we mean be a democrat; we need to distinguish between *democratic citizens* and *market citizens*. Here I argue for democracy—the people’s informed choice of representatives elected in accordance with a law designed to ensure a free and fair election”, Watt, Bob, *UK Election Law: A Critical Examination*, Londres, Glasshouse Press, 2006. Agradezco a Gonzalo Farrera Bravo por haber compartido este importante texto con un servidor.

¹⁴⁵ *Idem*.

Watt responde directamente a la preocupación de que este enfoque podría generar la masiva e indiscriminada anulación de procesos electorales por “cualquier irregularidad”:

Evidentemente es correcta la idea que el resultado de una elección no debería ser impugnado con base en los pretextos más endebles, ya que en una democracia representativa habría que tener cierta deferencia hacia los legisladores electos u otra autoridad que ejerce el poder en nombre del pueblo... Eso presupone, sin embargo, que su decisión [del pueblo] haya sido ejercido de una manera que es tanto justo como libre. El asunto central... es la cuestión de qué exactamente constituye una decisión libre y justa. Una decisión libre y justa debe ser respetada; una decisión restringida y/o sesgada, que no es decisión alguna, debe ser desechada.¹⁴⁶

El argumento del autor es claro y contundente. Una elección “constreñida” o “sesgada” simplemente no es digna de llamarse “elección” y debe ser anulada. Tiene que haber total libertad para que los ciudadanos puedan evaluar las diferentes ofertas así como elegir entre ellos de manera conciente e informada. El ejercicio de un “voto razonado” es una condición necesaria para el cumplimiento del ideal democrático.

¹⁴⁶ “Clearly it is right that the result of an election should not be challenged on the flimsiest of pretexts, for in a representative democracy some deference must be shown to the elected legislature or other authority that exercises power in the name of the people... That presupposes, however, that their choice [of the people] has been exercised in a way that is both fair and free. The problem... is the question as to what amounts to a free and fair choice. A free and fair choice must be respected; a constrained and/or biased choice, which is no choice at all, must be overturned” (Watt, 155).

El ministro y académico español Manuel Aragón coincide con el británico Watt. Para Aragón la distinción fundamental es entre “voto” y “sufragio”.¹⁴⁷ El primero sería únicamente una forma de toma de decisiones, un simple mecanismo que cualquier grupo pueda utilizar para elegir entre diferentes opciones. El segundo, en contraste, sería propiamente democrático porque involucra los principios de universalidad, participación y ciudadanización. En palabras de Aragón, “el sufragio implica una decisión participativa con carácter público, un derecho atribuible a los ciudadanos para tomar parte en las decisiones que atañen a la comunidad política”.¹⁴⁸

Es por medio del sufragio que el pueblo ejerce su soberanía y control originario sobre el poder público. Y el sufragio sólo se manifiesta cuando hay un ejercicio verdaderamente libre del voto. Por lo tanto, el teórico español concluye que “podría decirse que el derecho electoral no tiene otro objeto que el de establecer las reglas estructurales básicas de la democracia”.¹⁴⁹

En el contexto Francés, Loïus Favoreu y Loïc Philip¹⁵⁰ han defendido la necesidad de que las instancias judiciales no solamente ejerzan un control de legalidad sobre los organismos administrativos que organizan elecciones, sino

¹⁴⁷ Aragón Reyes, Manuel, “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, en Orozco Enriquez, J. Jesús, *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-TEPJF-IFE, 1999.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ Véase Aragón Reyes, Manuel, “Sufragio activo y pasivo”, en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_publinea/Tratado/Sufragio%20Activo%20y%20Pasivo.htm.

¹⁵⁰ Favoreu, Louis y Philip, Loïc, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, 13a. ed., París, Grands arrêts, Dalloz, 2005.

que también defiendan la sinceridad [*sincerité du scrutin*] de la elección en su conjunto. De acuerdo con Óscar Guizar, esto quiere decir que “el juez constitucional electoral tiene una misión más allá de velar por la regularidad de la elección, la cual consiste en que debe, ante todo, garantizar la “*sincerité du scrutin*” durante todo el proceso electoral”.¹⁵¹

Aun en los Estados Unidos algunos teóricos han empezado a construir una visión más integral y estructural del derecho electoral. En el contexto estadounidense, los jueces normalmente son renuentes a ir más allá de temas de estricta defensa de derechos individuales a la hora de resolver litigios o disputas electorales.¹⁵² Buscan evitar a toda costa involucrarse o pronunciarse sobre temas más “políticos”, como por ejemplo los desequilibrios de poder u otros temas más estructurales o sociales que podrían incluir o sesgar una competencia electoral.

La *Political Question Doctrine* tiene una larga historia dentro de los Estados Unidos. Originalmente fue desarrollada por el ilustre ministro James Marshall en el histórico caso de *Marbury v. Madison*.¹⁵³ El ministro Ignacio L. Vallarta se basaba precisamente en esta doctrina a la hora de criticar y repudiar la tesis de la “incompetencia de origen” de Iglesias a finales del siglo pasado. Decía Vallarta que:

¹⁵¹ Guizar, *op. cit.*

¹⁵² El caso de “Citizens United” constituye un ejemplo particularmente claro al respecto. Véase, Ackerman, John M., “Otro riesgo del sueño americano”, *Revista Proceso*, 3 febrero de 2010.

¹⁵³ Véase González Oropeza, Manuel, *Constitución y derechos humanos: orígenes del control constitucional*, Porrúa-CNDH, 2009, (Capítulo segundo: “Un juez en problemas: *Marbury vs. Madison*” pp. 81-107), y Developments in the law, “Access to Courts: The Political Question Doctrine, Executive Deference and Foreign Policy”, *Harvard Law Review*, 2009, num. 122, p.1193.

No se necesita entrar en muy largas consideraciones para persuadirse de que se desnaturaliza el Poder Judicial cuando se ingiere [sic] en las cuestiones políticas o administrativas. Los tribunales no pueden, no deben hacer más que administrar la justicia, aplicando a cada caso la ley preexistente: si... se les faculta... para que contenten los intereses de partido, para que satisfagan las exigencias transitorias de la conveniencia, el Poder Judicial pierde la majestad de sus funciones, y el orden público queda subvertido desde sus cimientos.¹⁵⁴

El principal argumento del *Political Question Doctrine* es que al decidir cuestiones políticas los jueces se exponen a manipulaciones externas y se encuentran tentados a tomar en cuenta elementos extra jurídicos a la hora de resolver sus casos. En consecuencia, con el fin de proteger la pureza de la justicia es mejor simplemente abstenerse de abordar este tipo de asuntos. En otras palabras, el derecho electoral estadounidense se encuentra todavía estancado en la tesis de Vallarta.

Pero la doctora Heather Gerken de la Universidad de Yale ha buscado sembrar las semillas de un nuevo enfoque con respecto al derecho electoral en los Estados Unidos. Gerken sostiene que la Suprema Corte de los Estados Unidos ya no puede evitar abordar los temas más “políticos” y estructurales como la autenticidad de los procesos electorales y la libertad del sufragio. De acuerdo con la autora, simular que las decisiones de la Corte no tengan un impacto en estos ámbitos la debilita ya que no le permite desarrollar criterios sistemáticos que orientan sus decisiones.

¹⁵⁴ Vallarta, Ignacio L., *Cuestiones constitucionales. Votos*, t. I, Impr. de J. J. Terrazas, San José de Gracia 5, México, 1984, cit. en Galván, Flavio, *op. cit.*, p. 223-224.

Se entiende que los jueces prefieren limitarse mecánicamente a una definición sumamente limitada de daño [o de derechos], o mejor dicho, creen que están evadiendo temas más difíciles. Sabemos, sin embargo, que la Corte necesariamente está haciendo este tipo de juicios más profundos y entonces debería enfrentarlos directamente.¹⁵⁵

El fallo en el caso Gore-Bush en 2000 es un claro botón de muestra:

Un acercamiento desde el punto de vista de los derechos individuales no proporciona un anclaje adecuado para las decisiones de la Corte, ya que deja abierta la posibilidad de que los compromisos políticos y teóricos personales de los Ministros tengan impacto de manera silencioso en los resultados. Esto deja a la Corte vulnerable al tipo de críticas que vimos en el contexto del caso Bush v. Gore.¹⁵⁶

¹⁵⁵ “It is understandable that judges prefer to match onto a mechanical proxy or a thinly defined injury and thereby avoid, or more accurately, *think* they are avoiding these difficult judgements. We know, however, that the Court is necessarily making such judgments and it should therefore face them squarely in doing so”, Gerken, Heather, “The Law of Presidential Elections: Issues in the Wake of Florida 2000: New Wine in Old Bottles: A Comment on Richard Hasen’s and Richard Briffault’s Essays on Bush v. Gore”, *Florida State University Law Review*, vol. 29, 407 (412).

¹⁵⁶ “An individual-rights approach does not provide an adequate mooring for the Court’s opinions, it leaves open the possibility that the Justices’ own political or theoretical commitments will influence outcomes sub silentio, leaving the Court vulnerable to the type of criticism we saw in the wake of Bush v. Gore”. Gerken, Heather, “Lost in the Political Thicket: The Court, Election Law, and the Doctrinal Interregnum”, Symposium: The Law of Democracy: The Texas and Pennsylvania Partisan Gerrymandering Cases, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 503.

Al final de cuentas, “la Corte no puede evitar el factor político al resolver casos de derecho electoral. Solamente enmascara estos elementos en el ropaje incómodo de los derechos individuales”.¹⁵⁷

Gerken entonces aboga por asumir plenamente un enfoque más estructural:

El Ministro Frankfurter tenía razón. Frecuentemente la Corte está regulando la estructura del mismo proceso democrático: el papel que juegan los partidos políticos, cuanto poder manejarán grupos minoritarios, cuanta competencia política habrá, y en qué forma se manifiesta. Pero las herramientas que utiliza —todas de la caja de herramientas de los derechos individuales— muchas veces son mal diseñadas para esta tarea. De hecho, aunque había un tiempo en que el marco convencional para abordar los derechos individuales por lo menos se entrelazaba con el tipo de asuntos que la Corte estaba resolviendo (las afectaciones a los derechos eran obvios independientemente de la teoría de democracia que uno defiende), las decisiones más complicadas que hoy debe resolver la Corte requieren de una herramienta analítica más afilada.¹⁵⁸

¹⁵⁷ “The Court does not avoid making political judgments in election law cases. It simply cloaks those judgments in the ill-fitting garb of individual rights”, Gerken, *op. cit.*

¹⁵⁸ “Justice Frankfurter was right. Often the Court is regulating the structure of the democratic process: the role political parties play, how much power minorities will wield, how much political competition there will be, and what form it will take. But the devices it is using —all pulled from the individual-rights tool box— are often ill suited for the task. Indeed, although there was a time in which a conventional individual-rights framework at least overlapped with the types of questions the Court was adjudicating—the injuries were obvious no matter what one’s theory of democracy—the more complex, fine-grained decisions demanded of the Court today require a sharper analytical tool”, *ibidem*.

En México nos encontramos años luz más adelante del sistema jurídico estadounidense con respecto al abordaje “estructural” de las elecciones. Sin embargo, todavía se puede aplicar la lógica argumentativa de Gerken. El presente libro aboga por el mismo tipo de giro conceptual en el contexto mexicano para lo cual aboga Gerken en el contexto estadounidense. Los criterios sobre “conservación de los actos jurídicos”, “determinancia” y “estricto derecho” analizados arriba tienen precisamente el mismo problema que el enfoque limitado de forma exclusiva a los derechos individuales en el contexto estadounidense. En ambos casos los magistrados buscan salidas interpretativas fáciles con el fin de evitar su responsabilidad de abordar los temas más profundos relacionados que les permitirían intervenir directamente para ayudar a construir un Estado de derecho en materia electoral.

En el contexto mexicano, Netzaí Sandoval es de los teóricos que más claramente ha abogado por la implementación de lo que podríamos llamar un giro “estructuralista” o “principista” en el derecho electoral:

La democracia no implica solamente que las decisiones las tomen las mayorías o la posibilidad de transiciones pacíficas. Es un gobierno para personas libres. Si en México elegimos a nuestros gobernantes con motivo de presiones, dinero o condicionamiento de programas públicos, tenemos solamente una fachada de una democracia. Si votamos por quien nos indica una persona a cambio de bienes materiales o bajo amenazas, quien vota es la persona que nos coacciona y no cada ciudadano. Así la democracia deja de ser el gobierno del pueblo y se convierte en el gobierno de unos cuantos.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Sandoval, Netzaí, *op. cit.*, p. 4.

Arturo Bárcena también ha hecho propuestas concretas de avanzada en la materia. El autor sostiene que el TEPJF debería desechar completamente el criterio de causalidad para, en su lugar, centrarse sólo en la gravedad de la violación constitucional sin la necesidad de demostrar que esto haya determinado de manera directa la conducta del electorado o que haya sido “determinante” desde un punto de vista cuantitativo. “Lo que propongo es que para considerar que una irregularidad es determinante del resultado de una elección únicamente se exija la acreditación de que se trata de una violación significativa de principios constitucionales”.¹⁶⁰

III. Casos y criterios

El TEPJF no ha sido totalmente ajeno a la aplicación de este tipo de criterios de avanzada. Si bien entre los magistrados electorales predomina el enfoque conservador resumido en el capítulo anterior, también existen algunas excepciones a la regla. Estas excepciones generan la esperanza de que una eventual transformación de la teoría y la práctica en materia de nulidades no necesariamente tendría que ser impuesta de manera exclusiva desde afuera o con la llegada de nuevos magistrados, sino que contaría con importantes aliados internos que podrían custodiar y encabezar esta transición.

Uno de los casos recientes más importantes que demuestra la vigencia de un enfoque crítico en el seno del TEPJF es el de la valoración de la elección para presidente municipal en la ciudad de Acapulco, Guerrero, en 2008.¹⁶¹

¹⁶⁰ Bárcena, *op. cit.*, p. 108.

¹⁶¹ SUP-JRC-165/2008.

Si bien en este polémico caso los magistrados se negaron a invalidar los comicios sumamente irregulares, al mismo tiempo aprovecharon la ocasión para construir nuevos criterios que les abren la puerta para, en un futuro, poder resucitar los principios básicos que en su momento dieron origen a la “causal abstracta de validez”. Ello resulta muy importante dada la naturaleza sumamente restrictiva de las primeras reacciones jurisdiccionales, mencionadas en el capítulo anterior, a las reformas al artículo 99 de las Constitución que buscaban cancelar esta posibilidad.

El criterio más importante desarrollado en el caso Acapulco es el de la posibilidad de una nueva “causal de invalidez de elecciones por violación de principios constitucionales”. El desarrollo de este nuevo criterio significa que el TEPJF se niega a abdicar su responsabilidad de tutelar los principios constitucionales que deben regir en materia electoral. De acuerdo con el TEPJF, la afirmación del artículo 99 de que solamente se puede “declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente establezcan las leyes” no sólo impone una prohibición al Poder Judicial sino también una obligación al Poder Legislativo. Es decir, establece la obligación a los poderes legislativos locales y federal para desarrollar expresamente causales de nulidad que permitan a los tribunales electorales anular una elección cuando no cumple con los principios constitucionales en la materia.¹⁶²

De acuerdo con la sentencia, los principios constitucionales en materia electoral:

¹⁶² Este argumento fue desarrollado primero en el voto particular del magistrado Salvador Nava en la sentencia SUP-JRC-509/2007. Véase Astudillo, César, *Momentos de virtud y vicio...*, cit., para un resumen completo de este tema.

Se encuentran primeramente reguladas por la norma superior o ley fundamental del país, que por la naturaleza de la fuente de la cual dimanan, se traducen en presupuestos o condiciones imprescindibles para la validez de todo acto, resolución o procesos electorales por lo que, dado ese orden jerárquico, las demás normas deben ajustarse a esas normas principales.

En consecuencia, los magistrados sostienen que:

Puede acontecer que las inconsistencias o irregularidades alegadas, aun cuando no estén previstas en una ley electoral de segundo orden jerárquico, constituyan la concurrencia directa a una disposición Constitucional, en la cual se determine cómo deben ser las elecciones para calificarlas como democráticas y ejercicio eficaz del poder soberano que dimana del pueblo, si se atiende al hecho de que en la Carta Magna se regulan también las condiciones, requisitos, mandatos, garantías o principios que deben observarse en la elección de los poderes públicos.¹⁶³

Así que si el Poder Legislativo es omiso para “ajustarse a esas normas principales” al no establecer las necesarias causales de nulidad, el Poder Judicial no puede quedarse rehén de esta falta a la Constitución sino que tiene la obligación de suplirla. “En esas condiciones, se impone como conclusión, que las disposiciones legales de orden secundario o de nivel jerárquico inferior a la Constitución, no son la única fuente o vía para regular los supuestos permisivos, prohibitivos, dispositivos o declarativos que rigen las cuestiones electivas”. Estrictamente hablando, con este tipo de interpretaciones el TEPJF no crea una nueva “cau-

¹⁶³ SUP-JRC-165/2008.

sal de nulidad” sino que únicamente equilibra diferentes disposiciones constitucionales del mismo nivel jerárquico, por un lado, la prohibición del artículo 99 y, por otro, los principios del artículo 41.

En materia de nulidades para la elección presidencial, la omisión y contradicción legislativa es particularmente evidente. Por ejemplo, el magistrado Manuel González Oropeza ha demostrado cómo la LGSMIME sí reconoce implícitamente la existencia de una “causal genérica de nulidad” en numerosos artículos.¹⁶⁴ Por ejemplo, en los artículos 34-1; 75, inciso *k*, y 78, se hace mención a la posibilidad de anular una elección por “irregularidades graves” o por “violaciones generalizadas” a los principios constitucionales. Esto ocurrió porque el Senado de la República originalmente había incluido la posibilidad de anular una elección por “violaciones generalizadas a los principios electorales”, por ejemplo cuando hubiera rebase de topes de campaña. Sin embargo, cuando la Cámara de Diputados eliminó esta cláusula del artículo 78, se les olvidó a los diputados también cancelar las referencias correspondientes en los otros artículos de la ley.

El caso Acapulco fue un importante parteaguas para recuperar la facultad del TEPJF para anular una elección por no cumplir con los principios constitucionales. Sin embargo, llama la atención que la Sala Superior no se ha atrevido a convertirlo en una tesis de jurisprudencia, o al menos en una tesis relevante. Asimismo, el estudio de Sandoval demuestra que la disposición a anular elecciones se ha disminuido de manera drástica de 2007 a la fecha.¹⁶⁵ Si bien durante la primera integración de la Sala Superior del TEPJF

¹⁶⁴ González Oropeza, Manuel, “La nulidad de la elección presidencial”, manuscrito, p. 19.

¹⁶⁵ Sandoval, *op. cit.*, p. 87.

se anularon 30 elecciones, entre 2007 y 2011 solamente se habían anulado 6 elecciones.

Y de todas las 36 elecciones anuladas en total por el TEPJF, la mayor parte (30) corresponden a elecciones municipales. Solamente existen dos casos de nulidad de una elección de gobernador, 2000 en Tabasco y 2003 en Colima, ambos antes de 2007. Sandoval concluye que “es evidente que desde 2007 a la fecha se ha consolidado en el TEPJF y particularmente en la Sala Superior, una tendencia férrea para validar prácticamente todo proceso electoral que califica”¹⁶⁶.

Por ejemplo, en una serie de casos durante 2010 y 2011, el TEPJF no ha dudado en avalar elecciones estatales sumamente irregulares en los estados de Hidalgo, Veracruz, Durango, Michoacán y el Estado de México. El caso de Hidalgo¹⁶⁷ llama particularmente la atención. La diferencia entre el primero y el segundo lugar en la elección fue 44 000 votos, o 5% de la votación. Entre las irregularidades denunciadas por la candidata de la coalición “Hidalgo nos Une” encabezada por el PAN, Xóchitl Gálvez, se incluyen un cateo ilegal a una casa de campaña de la candidata realizado por la policía del estado, la persecución de la candidata también por policías, la excesiva difusión de propaganda del gobernador del PRI con motivo de su informe de gobierno, una tentativa de soborno e intimidación a un familiar de la candidata, el rebase de topes de gastos de campaña por el candidato ganador, inequidad en cobertura por parte de los medios de comunicación de las campañas, la intervención de funcionarios públicos en actos de campaña y la utilización de recursos públicos para apoyar al candidato del PRI, difusión anticipada de encuestas,

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ SUP. JRC-276/2010

proselitismo religioso, colocación de propaganda en lugares prohibidos, compra y coacción del voto, irregularidades en las boletas electorales al incluir indebidamente el logotipo del PT, promoción del “voto en blanco” por medios de comunicación locales, así como la parcialidad del Instituto Electoral de Hidalgo al dejar sin resolver más de 20 quejas de la actora.

En respuesta, y siguiendo el guión resumido en el primer capítulo, la Sala Superior del TEPJF se limitó a desestimar cómodamente uno por uno los alegatos y las pruebas de la actora sin hacer esfuerzo alguno por esclarecer o llegar al fondo de los hechos. Por ejemplo, los magistrados aceptan sin más la justificación del gobierno del estado de Hidalgo sobre el cateo en la casa de campaña de que se ordenó supuestamente en respuesta a una “denuncia anónima”. Asimismo, afirman que este acto no podría haber generado un temor generalizado entre la población o los integrantes de la campaña porque Gálvez ganó la mayoría de votos en el distrito electoral donde ocurrió el incidente. El TEPJF también se niega a cumplir con la solicitud de Gálvez de requerir las facturas que expidieron los proveedores del candidato del PRI, con el fin de averiguar el posible rebase de topes de campaña, bajo el argumento de que “quien impugna tiene que aportar todas las pruebas correspondientes”. Con respecto a la inequidad de los medios de comunicación, el TEPJF simplemente evadió el tema señalando que los medios son “libres” para informar de la manera en que les parezca más conveniente. Sobre la compra y coacción del voto, los magistrados también simplemente desestiman los videos y las notas de remisión aportadas por la actora, sin mayor estudio o indagación.

Sería difícil no compartir la valoración realizada por el destacado periodista Miguel Ángel Granados Chapa, quien

también es originario del estado de Hidalgo y fue consejero ciudadano en el IFE, sobre la sentencia del TEPJF:

La resolución de la Sala Superior es, al mismo tiempo que una autorización para infringir las leyes una suerte de recetario o instructivo para defraudadores electorales, que se resume en la fórmula: Haz lo que quieras, traspasa todos los límites legales, éticos y políticos, pero no dejes huella; impide que tus antagonistas puedan probar sus señalamientos y nosotros, magistrados y magistrada, contestaremos a sus impugnaciones que, con mucha pena, no podemos admitir afirmación alguna que no esté probada.¹⁶⁸

Gálvez misma también ha extraído las conclusiones lógicas de la sentencia:

Aprendí... que hoy en México las campañas se ganan con dinero. La cantidad de recursos que se gastan en campaña es brutal, de los cuales en la mayoría de los casos se desconoce el origen... Pensé tristemente que mientras el dinero sea el principal factor para ganar una contienda, México corre el riesgo de tener como gobernante a cualquier imbécil con mucho dinero, para comprar votos y pagar a esa prensa corrupta que lamentablemente sigue existiendo en nuestro país.¹⁶⁹

La candidata también revela un hecho sumamente relevante: “Intentamos probar los excesos de mi oposición, pero los notarios de Hidalgo nunca aceptaron certificar

¹⁶⁸ Granados Chapa, Miguel Ángel, “Hidalgo: injusticia electoral”, *Periódico Reforma*, 28 de febrero de 2011.

¹⁶⁹ Gálvez, Xóchitl, “La lección de Hidalgo”, *Periódico Reforma*, 8 de marzo de 2011.

los despilfarros del candidato, ya que sus nombramientos se los deben al gobernador”.¹⁷⁰

El caso de la elección para gobernador de Durango en 2010¹⁷¹ también llama la atención. En esta elección la diferencia entre el primero y el segundo lugar fue aún más reducida, ya que el PRI ganó por únicamente 15 014 votos de diferencia, o 2.4% de la votación. De nuevo, el candidato perdedor ofreció una amplia variedad de pruebas que acreditaban la inequidad de los medios de comunicación, la práctica generalizada de la compra y coacción del voto, la difusión atípica de obra gubernamental, la identidad en las campañas visuales, gráficas y de contenido del PRI y el gobierno estatal, la parcialidad del Instituto Electoral de Durango, presión e intimidación en las casillas así como robo de urnas el día de la jornada electoral.

Una vez más, los magistrados del TEPJF recurrieron a la falacia del “estricto derecho” para, de manera cómoda, desechar desde sus escritorios los argumentos del actor. Por ejemplo, con respecto a la similitud en la propaganda entre el gobierno y el partido, la sentencia señala que “aunque la propaganda sí fue similar, sólo se podría probar que el partido político copió la propaganda, mas no que haya habido un apoyo por parte del gobierno del estado”.¹⁷² Además, sobre la inequidad de los medios de comunicación, el TEPJF afirma que si bien se demostró que “se violó el principio de equidad” el “medio de prueba no fue idóneo para demostrarlo, pues se limitó a ofrecer una tabla donde se señalaban los programas en donde supuestamente se favorecía al candidato priista, mas nunca especificó cuánto tiempo se le dio al candidato, lo que le hubiera permiti-

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ SUP-JRC-273/2010.

¹⁷² *Ibidem*, p. 936.

do a la Sala Superior realizar un comparativo entre ambos candidatos".¹⁷³

De manera similar al caso Hidalgo, los magistrados también rechazaron la idea que la difusión por los medios de comunicación del robo de urnas y actos de intimidación el día de la jornada electoral podrían haber tenido un efecto determinante en los resultados electorales. Esto porque lo comunicado por los medios no pudo haber influido en el ánimo del electorado, porque depende de cada persona darle el valor que deseé a la noticia. En palabras del TEPJF:

Este Tribunal Electoral considera que resultan incidentes aislados el robo de urnas difundidos en programas radiofónicos, como medio de inhibir a la ciudadanía... Lo cierto es que el hecho del lamentable robo de urnas difundido por los noticieros radiofónicos no acredita por sí mismo (y tampoco se encuentra acompañado de ningún otro medio probatorio), el número de electores que en las ciudades de Durango, Lerdo y Gómez Palacio se enteraron por esa vía de lo sucedido, ni mucho menos de cuántos de ellos habrían adoptado la decisión de no sufragar en lo que restaba para finalizar la jornada electoral, y que la violencia reportada haya sido la razón para dejar de asistir a las urnas. Desde luego que tampoco existe prueba alguna de que esos hipotéticos electores inhibidos por la difusión del robo de urnas fueran simpatizantes de la opción para Gobernador del Estado de la Coalición demandante.¹⁷⁴

Otro caso importante fue el de la elección para gobernador en el estado de Veracruz,¹⁷⁵ también en 2010. En éste la

¹⁷³ *Ibidem*, p. 1248.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 1738

¹⁷⁵ SUP-JRC-244/2010

diferencia entre el primero y segundo lugares fue de 84 575 votos o 2.63%. El candidato perdedor alegaba la existencia de irregularidades similares a las de Hidalgo y Durango. Por ejemplo, la preferencia de los medios de comunicación por el candidato priista, la utilización de recursos públicos del gobierno del estado para apoyar su candidato, la parcialidad del órgano electoral, y el rebase de topes de gasto de campaña. Una vez más, el TEPJF se limitó a desechar las pruebas del actor sin mayor estudio o investigación.

El punto más polémico en el caso de Veracruz fue la existencia de una grabación dada a conocer por los medios de comunicación donde el gobernador priista en turno, Fidel Herrera, ordenaba directamente la utilización de recursos públicos para apoyar al candidato de su partido, Javier Duarte. Al respecto, en lugar de tomar las grabaciones como “indicios” de que efectivamente podría haber una desviación masiva de fondos estatales hacia la campaña del PRI, el TEPJF simplemente desecharó la prueba completamente por haber sido interceptada sin orden judicial.

Los magistrados aplican estrictamente los criterios del derecho penal que prohíben la utilización de pruebas obtenidas ilegalmente. Sin embargo, como ya argumentamos en el capítulo anterior, esta equivalencia no se justifica ya que la evaluación de la constitucionalidad de un proceso electoral tiene enormes diferencias con la valoración de la culpabilidad de una persona física por supuestamente haber cometido un delito. Las “penas”, el sujeto y el proceso judicial tienen una naturaleza totalmente distinta. En el contexto del derecho electoral, el TEPJF desde luego tendría que haber mandado a hacer “diligencias para mejor proveer” para ver si efectivamente hubiera existido una desviación de recursos públicos, no para enjuiciar penalmente a Herrera o Duarte, sino solamente para evaluar si la elección había cumplido con los principios constitucio-

nales en la materia. Si bien la grabación desde luego no sería suficiente para comprobar la desviación de recursos gubernamentales, es una clara irresponsabilidad simplemente cerrar los ojos ante la existencia de un “indicio” tan evidente.

Asimismo, como bien lo ha señalado Irma Eréndira Sandoval, las conversaciones telefónicas de los funcionarios públicos sobre asuntos públicos y además durante horarios laborables en principio son públicas, de acuerdo con el “principio de máxima publicidad” plasmada en el artículo sexto de la Constitución:

No nos confundamos, las conversaciones que un servidor público sostenga durante horarios de trabajo con otros funcionarios sobre el uso de recursos del estado no son “comunicaciones privadas”, sino información pública... En las conversaciones grabadas y divulgadas en días pasados no hay nada que amerite estar reservado por la ley. Aquí no se ha puesto en riesgo la vida de ciudadano alguno, ni se ha afectado la seguridad nacional, la estabilidad financiera o económica del país. Tampoco se han revelado datos confidenciales de nadie. Las conversaciones son motivo de vergüenza y escándalo para sus protagonistas al quedar desnudados como posibles autores de delitos electorales. Pero, por fortuna, el deseo de encubrir violaciones a la ley aún no es una causal de reserva.¹⁷⁶

Como observadores externos del desempeño del TEPJF sería muy atrevido sostener que en casos como los de Hidalgo, Durango o Veracruz los magistrados *tendrían que haber anulado* las elecciones. Una decisión de esta naturaleza solamente se podría tomar después de contar con

¹⁷⁶ Sandoval, Irma Eréndira, “Gobernadores bajo la lupa”, *El Universal*, 29 de junio de 2010.

la información completa sobre los acontecimientos que marcaron tanto el proceso como la jornada electoral. Lo que sí queda claro es que el TEPJF traiciona su mandato constitucional de garantizar la autenticidad y la libertad del sufragio al negarse a esclarecer la situación así como equilibrar los posibles efectos negativos tanto de avalar como de anular estas elecciones. En lugar de pasivamente buscar pretextos para no actuar, el TEPJF debería actuar con madurez y responsabilidad para asegurar que sus sentencias sienten precedentes que favorezcan el desarrollo del Estado de derecho en materia electoral.

Resulta entonces que el desarrollo de la nueva “causal de invalidez de elecciones por violación de principios constitucionales” tendría más relevancia académica que práctica. No nos encontramos ante un poderoso criterio judicial que revolucionaría la justicia electoral, sino sólo ante un ejercicio teórico interesante y rescatable pero que aún no ha tenido gran relevancia práctica. El enfoque conservador delineado en el capítulo anterior sigue imponiendo hasta la fecha en la Sala Superior del TEPJF.

En contraste, la Sala Superior del TEPJF en Toluca ha demostrado mayor claridad a la hora de aplicar estos nuevos criterios. Por ejemplo, el reciente caso de la anulación de las elecciones para la Presidencia Municipal de Morelia, Michoacán, constituye un excelente botón de muestra.¹⁷⁷ En este caso, el magistrado Santiago Nieto redactó una sentencia ejemplar, que también fue apoyada por el magistrado Carlos Morales Paulín, que rescata integralmente las facultades del TEPJF para anular una elección cuando no se cumplen los principios constitucionales en la materia.

Durante los días previos a la elección en Morelia, el PRI violó flagrantemente la prohibición absoluta y expresa del

¹⁷⁷ ST-JRC-117/2011.

artículo 41 constitucional respecto a la “adquisición” de espacios en radio y televisión por los partidos políticos. El cierre de campaña de su candidato a gobernador, Fausto Vallejo, fue transmitido íntegramente por la televisión, incluyendo una intervención de cinco minutos de parte del 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 Sala Regional en Toluca determinó que estas irregularidades ponían en cuestión la certeza de una victoria que fue de menos de 2000 sufragios, o 1% de la votación total.

En la argumentación del caso, Nieto sostiene que sería absurdo afirmar que un juez constitucional solamente puede hacer valer la Constitución cuando una ley secundaria expresamente se lo permita. Esto porque el TEPJF siempre y en todo momento tiene la responsabilidad de “garantizar que los comicios se ajusten no solamente a la legalidad sino también a la propia Constitución”. Esta facultad de revisión e interpretación constitucional no puede depender del capricho del legislador.

Es más, los magistrados no sólo tendrían la facultad para anular una elección cuando no cumpla con los principios constitucionales, sino la obligación de hacerlo:

De presentarse casos en los cuales las irregularidades acaecidas en un proceso electoral sean contrarias a una disposición constitucional, evidentemente ese acto o hecho, de afectar o viciar en forma grave y determinante al proceso comicial atinente, podría conducir a la invalidez de la elección por ser contraria a la Constitución federal, en razón de que de presentarse esta situación, es claro que el proceso sería incons-

titucional y esa circunstancia devendría suficiente para tornarlo ilícito, al contravenir el sistema jurídico nacional, con lo cual no podría generar efecto válido alguno.

Evidentemente habría que tener cuidado con el abuso de la figura de la nulidad así como evitar la fabricación de nuevas causales discrecionalmente por los juzgadores. Lo importante, de acuerdo con Nieto, es que las irregularidades no sólo pongan en duda la vigencia de los principios constitucionales sino que también “constituyan la conculcación directa a una disposición Constitucional [que regula] las condiciones, requisitos, mandatos, derechos y principios que deben observarse en la renovación de los poderes públicos”. Por ejemplo, en el caso bajo consideración era importante que no solamente se haya afectado la equidad de la competencia de manera “abstracta” sino que también se haya violado de manera directa la explícita prohibición constitucional en contra de la adquisición de tiempo en radio o televisión por parte de los partidos y los candidatos.

La anulación por la Sala Regional en Toluca de la elección para presidente municipal de Zimapán, Hidalgo (ST-JRC-15/2008) es otro ejemplo de un sano activismo judicial a favor de la vigencia de los principios constitucionales en materia electoral. En este caso, el PRD originalmente ganó la elección con una diferencia de 1051 votos, o 7% de la votación. La coalición “Más por Hidalgo”, integrada por el PRI y PVEM, interpuso un juicio de inconformidad ante el Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo. El Tribunal anuló algunas casillas y modificó el conteo, pero ratificó la victoria del PRD.

Posteriormente, la Coalición impugnó esta decisión ante la Sala Toluca del TEPJF que decidió anular la elección principalmente por violaciones al artículo 130 constitucional al haber acreditado que el párroco del muni-

cipio llamó a votar por el candidato del PRD en su misa celebrada el mismo día de la elección. De acuerdo con el TEPJF, el grado de afectación y la determinancia fueron acreditados por cuestiones sociales y fácticas, como el hecho de que 90% de la población en Zimapán es católica; la misa se llevó a cabo el mismo día de la jornada electoral, por lo que era posible que las personas que acudieron a la celebración religiosa hubiesen ido a votar inmediatamente después; la ubicación de la parroquia en el centro de la ciudad; así como el nivel de marginación educativa y social de Zimapán, lo que convierte a su población en altamente influenciable.

En la resolución del caso, la Sala Regional demostró una voluntad clara para llegar al fondo del caso y defender el Estado de derecho. Por ejemplo, si bien cada una de las pruebas presentadas tenía apenas la calidad de indicio, en lugar de desecharlas una por una el Tribunal decidió examinarlas en su conjunto y como resultado concluyó que efectivamente había existido una intervención indebida de la Iglesia durante la misma jornada electoral. “En efecto, en el expediente obran pluralidad de indicios, ya que la prueba de los hechos se fundan en más de un indicio; aunado a que entre tales elementos se advierte concordancia o convergencia, toda vez que los múltiples indicios reconstruyen de manera unitaria los hechos que refieren”.

La Sala anula la elección con base en una “causal genérica” de nulidad incluida en el artículo 41, fracción V, de la Ley Estatal del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral de Hidalgo. Esta cláusula señala que el TEPJF podrá declarar la nulidad de una elección:

Cuando se hayan cometido en forma generalizada violaciones sustanciales en la jornada electoral, se encuentren plenamente acreditadas y se demuestre que las mismas fueron

determinantes para el resultado de la elección, salvo que las irregularidades sean imputables a los partidos o coaliciones promoventes o a sus candidatos.

La Sala concluye que “por violaciones sustanciales se debe entender aquellos hechos o actos que sean contrarios a la ley o a la Constitución, y que vulneren bienes jurídicos o principios cuya presencia sea indispensable para sostener que una elección es democrática”. Y en el caso en particular existiría una violación a los artículos 39, 40, 41, 116, 130 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a partir de una lectura integral establecen:

La prohibición de involucrar en los procesos comiciales cualquier actividad de índole religiosa, así como la restricción directa a los ministros de culto religioso para hacer proselitismo o propaganda política y para postularse para los cargos de elección popular, a menos que se separen de dichos oficios en los términos y condiciones que fijen las leyes.

La Sala de Toluca finalmente llega a una conclusión contundente:

Por tanto, deviene inconcuso que un acto no puede ser entendido como elección a la que se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando no se ajusta a los elementos previstos en ella, ni es dable reconocerle efectos jurídicos, sino por el contrario debe ser privado de efectos, a lo cual puede identificarse como causa de invalidez por violaciones constitucionales. Tales conclusiones se ajustan asimismo, a una interpretación sistemática y funcional de los propios artículos 39, 40, 41, 99 y 116 de la Ley Fundamental, y no a una apreciación gramatical aislada del penúltimo de dichos preceptos.

Esta sentencia rompe de manera tajante con la tolerancia hacia la ilegalidad que caracteriza el enfoque hegemónico. La sentencia del caso Zimapán se puede leer como una extendida réplica jurisdiccional a las aberraciones tanto del dictamen de validez de la elección presidencial de 2006 como de la resolución de la elección del presidente del PRD, analizados en el capítulo anterior. Los magistrados de Toluca señalan que hace falta acercarse a la labor de revisión de una elección impugnada con “apertura y flexibilidad” porque “el apego excesivo y estricto a la rigidez y formalismo en la evaluación del material probatorio, conduce a imposibilitar la acreditación de los hechos, ante la fragmentación y dispersión de los vestigios que se lograron rescatar y que habrían escapado a la destrucción, ocultamiento o simulación”.

En otras palabras, los magistrados no pueden permitirse el lujo de hacerse de la vista gorda ante las evidentes violaciones de la ley. Tienen la obligación de reconstruir los hechos lo mejor posible y actuar en consecuencia cuando se configure una violación grave y generalizada a los principios constitucionales en materia electoral.

La sentencia de Zimapán también sostiene que la disposición constitucional que prohibiría al TEPJF anular una elección a menos que se cumpliera una causal explícita en la ley no puede estar por encima de otros mandatos y principios constitucionales en materia electoral tales como la equidad, certeza, legalidad y la separación entre el Estado y la Iglesia. De acuerdo con la interpretación de la Sala, los magistrados electorales tienen la obligación de defender y hacer valer la Constitución de manera directa, más allá de la redacción específica de las causales de nulidad en la ley.

El caso de la anulación en 2010 de la elección al parlamento de Philip James Woolas por la Suprema Corte de Justicia (*High Court of Justice*) en Inglaterra también sirve

de inspiración para aquellos que quisieran replantear los criterios de interpretación en materia de nulidades para favorecer la defensa de la equidad y la legalidad electoral.¹⁷⁸ En la elección parlamentaria celebrada el 6 de mayo de 2010, Woolas, del Partido Laborista, ganó por una diferencia de 103 votos (14 186 votos por 14 083 de su rival) por encima de Robert Watkins, del Partido Liberal Democrático. Watkins impugnó la validez de la elección alegando que durante los días antes de la elección Woolas y su equipo habían distribuido folletos y publicaciones que intencionalmente presentaban información falsa sobre el carácter y el comportamiento de Watkins.

La sección 106 de la *Representation of the People Act* 1983 prohíbe explícitamente a los candidatos “realizar o publicar cualquier afirmación falsa de hechos con relación al carácter personal o comportamiento de algún candidato con el fin de perjudicar el desempeño del candidato en la elección, a menos de que se pueda demostrar que había una base sólida para creer, y efectivamente creía, que la afirmación era verdadera”.¹⁷⁹ La violación a esta disposición legal automáticamente provoca la nulidad de la elección correspondiente así como una prohibición para que

¹⁷⁸ Before: Mr. Justice Tear and Mr. Justice Griffith Williams, Between Robert Elwyn James Watkins (Petitioner) and Philip James Woolas (Respondent), 05/11/2010. Neutral Citation Number: [2010] EWHC 2701 (QB), Claim No. P133/10.

¹⁷⁹ “Candidates to make or publish any false statement of fact in relation to the candidate’s personal character or conduct for the purpose of affecting the return of a candidate at the election, unless they can show that they had reasonable grounds for believing, and did believe, the statement to be true. If the person is guilty of an illegal practice then his election shall be void and he will be incapable of being elected to the House of Commons for three years”.

el infractor pueda ser electo miembro de la Cámara de los Comunes durante un periodo de tres años.

Especificamente, la información en cuestión vinculaba a Watkins con movimientos extremistas musulmanes a raíz de que el candidato alguna vez había abogado en contra de que el gobierno británico vendiera armas a Israel. Los folletos también insinuaban que la campaña de Watkins podría haber sido financiada por estos mismos grupos extremistas. La Corte encontró que estas, y otras afirmaciones similares, no tenían base alguna en la realidad y que fueron utilizadas maliciosamente por Woolas con el único fin de denostar y atacar el “carácter personal” de su contrincante.

En su defensa, Woolas defendía su libertad de expresión y argumentaba que la información difundida consistía solamente de opiniones y suposiciones con base en hechos verificables. Sin embargo, a partir de un análisis del contenido de la información y de una reflexión con respecto a los otros derechos que estaban en juego, la Corte procedió a anular la elección.

La Corte sostiene que en un contexto de campañas electorales es aceptable limitar y regular la libertad de expresión con el fin de tutelar el derecho a elecciones libres y equitativas. Para sustentar su argumento recurre a la sentencia de *The North Division of the County of Louth (1911) 6 O'M & H 103*, donde la Corte defiende la necesidad de:

Proteger al electorado de actos que serían fatales para la libertad de elección. No habría una verdadera libertad de elección, ni una expresión real de la opinión del electorado, si los votos fueron emitidos como consecuencia de la diseminación de una afirmación falsa con respecto al carácter personal o comportamiento del candidato.¹⁸⁰

¹⁸⁰ “The primary protection of this statute was the protection of the constituency against acts which would be fatal to freedom of

En el caso Woolas, los ministros sostienen que la ley tiene el fin de “proteger el derecho del electorado a expresar su elección en una elección”¹⁸¹ y de “asegurar que el electorado exprese su opinión en la elección de la legislatura con base en hechos y un concurso de políticas públicas fundamentadas, en lugar de en afirmaciones falsas con respecto al carácter personal o comportamiento de los candidatos”¹⁸².

De acuerdo con la Corte, esto de ninguna manera implica que no se le puede criticar a un candidato por sus opiniones o acciones, sino que sólo estarían limitados los ataques personales sin fundamento. Por ejemplo, de nuevo citan el caso *Louth* donde el ministro Ross afirmó que:

Un político puede ser criticado por su comportamiento público, denostado duramente, para esto la ley no ofrece protección alguna; pero cuando se le ataca el honor, veracidad y pureza del hombre detrás del político, tiene el derecho a exigir que el electorado no sea envenenado en su contra por afirmaciones falsas que contienen imputaciones sin fundamento.¹⁸³

election. There would be no true freedom of election, no real expression of the opinion of the constituency, if votes were given in consequence of the dissemination of a false statement as to the personal character of conduct of a candidate...”.

¹⁸¹ “The right of the electorate to express its choice at an election”.

¹⁸² “Ensure that the electorate expresses its opinion in the choice of the legislature on the basis of facts and competing policy arguments rather than on false assertions as to the personal character of conduct of the candidates”.

¹⁸³ “A politician for his public conduct may be criticized, held up to obloquy; for that the statute gives no redress; but when the man beneath the politician has his honour, veracity and purity assailed, he is entitled to demand that his constituents shall not be poisoned

La Corte señala que la Convención Europea de Derechos Humanos y los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos indican que las limitaciones a la libertad de expresión se justifican cuando son estrictamente necesarias para proteger una “necesidad social de alta importancia” [*pressing social need*]. En este caso, de acuerdo con la Corte, la necesidad social protegida por la sección 106 sería la libertad del sufragio, lo cual justifica una regulación de la libertad de expresión temporalmente durante las campañas electorales.

La Corte concluye que “decir que una persona ha buscado el apoyo electoral de personas que promueven violencia extrema, en particular cuando se trata del adversario político, claramente implica un ataque a su carácter y conducta personal”.¹⁸⁴ Asimismo, la sugerencia de financiamiento ilícito para la campaña de Watkins también fue encontrado totalmente sin bases empíricas. “Decir que un candidato ha aceptado dinero no reportado de un donante extranjero quien está buscando comprar la elección de un miembro del Parlamento, es un ataque al carácter o conducta del candidato. Ambas afirmaciones atacan a su «honor» y «pureza»”.¹⁸⁵ La Corte también calificó como una afirmación intencionalmente falsa las acusaciones de Woolas de que Watkins no vivía en el distrito electoral correspondiente.

against him by false statements containing such unfounded imputations”.

¹⁸⁴ “To say that a person has sought the electoral support of persons who advocate extreme violence, in particular to his political opponent, clearly attacks his personal character or conduct”.

¹⁸⁵ “To say that a candidate has accepted undeclared money from a foreign donor who is seeking to buy the election of an MP is an attack on the personal character or conduct of the candidate. Both statements attack his «honour» and «purity»”.

La Corte inglesa se niega a realizar un análisis estrictamente jurídico del contenido de los folletos en disputa. En su lugar, propone una lectura de acuerdo con lo que un “lector razonable” entendería del contenido de los mensajes:

Comúnmente se acepta que para determinar el sentido de una comunicación electoral es necesario considerar qué significan las palabras para un lector común y razonable. Este lector no es ni ingenuo ni indebidamente sospechoso. No analizaría las palabras como lo haría un abogado. Así que la corte debería ser cuidadosa de no llevar a cabo un análisis demasiado elaborado de las palabras utilizadas o tomar un punto de vista demasiado literal.¹⁸⁶

Esto también implica una diferencia con los criterios estrictos utilizado por el TEPJF, que normalmente se restringe a una lectura formalista y legalista de los materiales de propaganda electoral.

Durante el procedimiento judicial la Corte realizó una investigación exhaustiva para averiguar si Woolas tenía responsabilidad directa por las afirmaciones falsas sobre Watkins. Por ejemplo, requirió y consiguió acceso a todos los correos electrónicos enviados por Woolas durante la campaña. La Corte determinó que si bien Woolas no estaba personalmente a cargo de los esfuerzos por denostar a su contrincante, sí tenía conocimiento de la iniciativa, permitía que se desplegara y nunca tomó medida alguna

¹⁸⁶ “It is common ground that in ascertaining the meaning of the election addresses it is necessary to consider what the words used would mean to the ordinary and reasonable reader of them in the constituency. Such a reader is neither naïve nor unduly suspicious. He would not analyse the words like a lawyer and so the court should be wary of conducting an over elaborate analysis of the words used or of taking an over literal approach”.

para detenerla. Un correo particularmente elocuente encontrado por el Tribunal decía: “A Phil le parece bien, dice que es mierda o fracaso...” [Phil thinks its fine, as he said its shit or bust...].

Ahora bien, la redacción de la causal de nulidad e inhabilitación contenida en el artículo 106 de la Representation of the People Act 1983 es sin duda extrema y sumamente polémica. Se podría sostener un amplio debate sobre la idoneidad de anular el triunfo de un candidato por calumniar a su rival. Sin embargo, queda claro que dentro el contexto inglés el tema de los ataques personales es de la más alta importancia. Y dentro de este contexto, la Corte hizo todo lo posible por asegurar el más estricto cumplimiento de la legalidad. Habría que celebrar la determinación de la Corte Suprema de Inglaterra para llegar al fondo de la situación y exigir que los actores respetaran la ley y las instituciones electorales. La Corte tomó muy en serio las acusaciones y se negó a buscar pretextos para evitar anular la elección. Al contrario, al acreditar una clara violación a la ley, decidió ordenar inmediatamente la depuración del proceso electoral.

Regresando al contexto mexicano, habría que recuperar algunos criterios de avanzada desarrollados por el TEPJF durante su “época de oro”. Por ejemplo, en 2002 la Sala Superior emitió una jurisprudencia de vanguardia sobre la naturaleza inquisitiva de los procedimientos administrativos sancionadores: “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PARA LA ATENCIÓN DE QUEJAS SOBRE EL ORIGEN Y LA APLICACIÓN DE LOS RECURSOS DERIVADOS DEL FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. Es ESENCIALMENTE INQUISITIVO”.¹⁸⁷ Tal tesis surgió a raíz de la investigación que emprendió el Consejo General del IFE

¹⁸⁷ *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, cit.*, pp. 242 y 243.

en el caso de la investigación del financiamiento paralelo que realizó la agrupación “Amigos de Fox” para la campaña presidencial de Vicente Fox en 2000. En esta investigación, el Consejo General se negó a seguir estrictamente las reglas procesales plasmadas en los artículos 270 y 271 del Cofipe que limitaba la función de la autoridad a una actividad meramente “dispositiva” de valorar las pruebas presentadas por las partes.

Demostrando un activismo admirable, los consejeros decidieron seguir el procedimiento inquisitivo e investigar ampliamente las denuncias, aunque estrictamente hablando los artículos relevantes del Cofipe únicamente les permitían solicitar información a “las instancias competentes del propio Instituto” (artículo 270) así como limitarse a considerar únicamente las pruebas que hubieran sido “exhibidas junto con el escrito en el que se comparezca el procedimiento”.¹⁸⁸

Al dictar la jurisprudencia, el TEPJF avaló la acción explícitamente inquisitiva por parte de la autoridad. En específico, el texto de la tesis señala que:

El procedimiento administrativo sancionador electoral... se rige predominantemente por el principio inquisitivo, pues una vez que se recibe la denuncia, corresponde a las autoridades competentes la obligación de seguir con su propio impulso el procedimiento por las etapas correspondientes... [y no limitarse] a valorar las pruebas exhibidas por el partido denunciante, ni a recabar las que posean los órganos del instituto, sino que le impone agotar todas las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos planteados. La aplicación del principio dispositivo al procedimiento en cuestión

¹⁸⁸ Véase Ackerman, John, *Organismos autónomos y democracia: el caso de México, cit.*, 2007.

se encuentra esencialmente en la instancia inicial, donde se exige la presentación de un escrito de queja que cumpla con determinadas formalidades, y se impone la carga de aportar elementos mínimos de prueba, por lo menos, con valor indicario.¹⁸⁹

Esta tesis de jurisprudencia marcó un hito histórico en el desarrollo del derecho electoral mexicano ya que representó un esfuerzo por parte de los magistrados electorales para expandir las facultades de investigación y de sanción de las autoridades electorales a partir de una lectura con base en principios constitucionales y una valoración de la importancia de la función de estas autoridades. De lo contrario, se hubieran cercenado a tal extremo las facultades de atención a las quejas de las partes que se habría abierto la puerta a una violación generalizada del marco legal en materia electoral. Los magistrados se negaron a avalar la evidente trampa incluida por los legisladores en los artículos 270 y 271 del Cofipe. Demostraron, por lo tanto, una desarrollada comprensión de las características del ámbito político-electoral y actuaron en consecuencia.

Otra tesis histórica de avanzada, emitida durante el mismo periodo es la que aborda las “pruebas indirectas” del rubro: “PRUEBAS INDIRECTAS. SON IDÓNEAS PARA ACREDITAR ACTIVIDADES ILÍCITAS REALIZADAS POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS”. El texto de esta tesis incluye la siguiente reflexión:

La experiencia enseña que cuando se trata de la realización de actos ilícitos no puede esperarse que la participación de la persona jurídica o ente colectivo quede nítidamente expre-

¹⁸⁹ *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, cit., p. 242.*

sada a través de los actos realizados por personas físicas con facultades conforme a su normatividad interna, sino por el contrario, que los actos realizados para conseguir un fin que infringe la ley sean disfrazados, seccionados y diseminados a tal grado, que su actuación se haga casi imperceptible, y haga sumamente difícil o imposible, establecer mediante prueba directa la relación entre los actos y la persona.¹⁹⁰

Con este tipo de análisis los magistrados evidencian una comprensión alejada de cualquier ingenuidad con respecto a cómo funciona la esfera de la competencia política-electoral. Al violar la ley, los partidos políticos y los candidatos normalmente hacen todo lo posible por cubrir cualquier rastro de la ilegalidad correspondiente. Ante este hecho, las autoridades electorales no pueden quedarse como espectadores pasivos, sino que deberían hacer un esfuerzo sumamente activo para armar el rompecabezas de la situación a partir de las pruebas indirectas o indiciarias a que tienen acceso.

Una tesis histórica más que demuestra un Tribunal preocupado por garantizar la vigencia del Estado de derecho es la que permite la impugnación no solamente de las acciones de las autoridades electorales sino también de sus omisiones; la tesis S3ELJ 41/2002 de rubro: “OMISIONES EN MATERIA ELECTORAL. SON IMPUGNABLES”, señala que:

No obstante que, en principio, la expresión acto presupone un hacer, es decir, un acto que crea, modifica o extingue derechos u obligaciones, y la resolución sería el resultado de ese hacer que también tendría esa aptitud jurídica, lo cierto es que el primero de los términos debe entenderse en un sentido

¹⁹⁰ Sala Superior, Tesis S3EL 037/2004, *Compilación Oficial de Juisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, cit.*, pp. 833-835.

más amplio, como toda situación fáctica o jurídica que tenga una suficiencia tal que la haga capaz de alterar el orden constitucional y legal, ya sea que provenga de un hacer (acto en sentido estricto) o un no hacer (omisión propiamente dicha), siempre que, en este último supuesto, exista una norma jurídica que imponga ese deber jurídico de hacer a la autoridad identificada como responsable, a fin de dar eficacia al sistema de medios de impugnación en materia electoral, al tenor de lo dispuesto en el artículo 41, párrafo segundo, fracción IV, de la Constitución federal.

Lamentablemente, el espíritu crítico de activismo judicial se ha ido disminuyendo con el tiempo. Ahora, lo que predomina en el seno del TEPJF es el enfoque delineado en el primer capítulo que privilegia los pretextos para no actuar por encima de las razones para intervenir con el fin de garantizar la vigencia de los principios constitucionales en materia electoral.