



Comentario del dictamen de la elección presidencial

COMENTARIO DEL DICTAMEN DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL

*JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO**

INTRODUCCIÓN

El proceso electoral del año 2006 es y será sin duda un acontecimiento del que tenemos que aprender mucho los mexicanos. Las elecciones se realizaron en un contexto muy complejo y competitivo; nadie niega que fue un proceso con muchas irregularidades, aunque haya discrepancias sobre su naturaleza, los responsables y su gravedad. Sobre estas cuestiones seguramente seguiremos discutiendo, y posiblemente aparezcan con el tiempo más datos que nos permitan juzgar qué ocurrió. Pero con independencia de ello, lo cierto es que, jurídicamente hablando, el caso está cerrado en cuanto al tema electoral.

Recordemos que el resultado de la jornada electoral del 2 de julio fue muy cerrado, que desde el inicio del conteo surgieron problemas por la forma en que el IFE manejó la información de las encuestas de salida. Cuando el PREP (Programa de Resultados Electorales Preliminares) mostró una diferencia del 1.04% (243,934 votos) a favor del candidato del PAN, Felipe Calderón, y su más cercano competidor, el candidato de la Coalición por el Bien de Todos, Andrés Manuel López Obrador, se podía anticipar que quien daría la última palabra —no sólo desde el punto de vista de cumplir con algunas formalidades legales del procedimiento, sino en el sentido de ajustar los resultados y saber a ciencia cierta quién ganó y por cuánto—, sería el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

Solamente para la elección presidencial se presentaron 376 juicios de inconformidad ante la Sala Superior del TEPJF (más 118 contra elecciones de diputados y senadores, que hacen un total de 494), dato que contrasta con los 112 juicios interpuestos en las elecciones del año 2000 y 132 en las del 2003. Del total de recursos, 290 fueron presentados por la Coalición por el Bien de Todos (en adelante “la Coalición”).¹ Se presentaron 6,386 escritos de protesta y

* Doctor en Derecho y director adjunto de *Isonomía*, revista de Teoría y Filosofía del Derecho.

1 Los datos se extraen del cuaderno *Justicia Electoral*, de la colección Elecciones Federales 2006, publicado por el IFE, México, 2006, p. 39. El dato de los recursos de la Coalición se relaciona con el total de recursos presentados. No se especifica cuántos fueron en contra de la elección presidencial.

42 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

se protestaron un total de 105,313 casillas electorales (de un total de 130,488 casillas que debían instalarse)² respecto de la elección presidencial. Estos datos nos sirven para ilustrar simplemente lo disputado de la elección, y para imaginarnos la cantidad de trabajo que tuvo el TEPJF, particularmente la Sala Superior; nos sirven también para entender una parte del contexto en que se realizó la decisión de la Sala Superior del TEPJF sobre la elección presidencial, y para entender cómo surgió el dictamen que aquí comentaremos.

Otra parte de este contexto fueron los factores políticos que pudieron haber influido, y de los que mucho se ha hablado y escrito. Dentro de estos factores recordemos que la Coalición demandó el recuento de la totalidad de los votos emitidos el 2 de julio. Esta petición fue rechazada por la Sala Superior, porque, según se sostuvo, para acceder a tal petición se requería que la totalidad de los 300 distritos electorales hubieren sido impugnados, cosa que no sucedió así (la Coalición impugnó sólo 230, y en total contando las impugnaciones de los demás partidos se impugnaron 281 distritos),³ además de que tal posibilidad no se contemplaba en la ley. El recuento procedió sólo en 149 juicios de inconformidad pertenecientes a 25 entidades federativas, que contempló 11,724 casillas (de las casi 22 mil casillas impugnadas). La votación de 744 casillas fue anulada (comprometiendo 234,574 sufragios).

Así las cosas, una vez resueltos los juicios de inconformidad en contra de los cómputos distritales de la elección presidencial, le correspondía a la Sala Superior del TEPJF lo siguiente: a) efectuar el cómputo final de la elección; b) evaluar la validez del proceso en su conjunto; c) verificar que el candidato ganador cumpliera con los requisitos de elegibilidad, y d) hacer la declaración formal de presidente electo.

En uno de los recursos de la Coalición, el llamado recurso “líder” o “madre” (SUP-JIN-212/2006 y otros), se presentaron con mayor extensión los argumentos respecto a las irregularidades cometidas durante el proceso electoral. En este recurso se incluyó también la solicitud del recuento total de votos, solicitud que fue desestimada por la Sala Superior por considerar básicamente que dicha posibilidad no está contemplada por la ley y que la impugnación de la votación sólo puede hacerse por la impugnación de casillas determinadas.

² Se instalaron un total de 130,477 casillas, y no pudieron instalarse 11. Los datos anteriores se encuentran en el cuaderno *La Jornada electoral del 2 de julio de 2006*, de la colección Elecciones Federales 2006, publicado por el IFE, México, 2006.

³ El dato proviene del dictamen de la elección presidencial, pp. 25 y 26 y del expediente SUP-JIN-212/2006, p. 38.

El análisis que se hará aquí del dictamen de la elección presidencial estará dividido en cinco apartados. En el primer apartado analizaré brevemente la estructura del dictamen, y haré algunos breves comentarios sobre el estilo. En el segundo punto haré un breve resumen del dictamen, al menos de sus puntos centrales. En el tercer apartado analizaré de manera pormenorizada algunos de los argumentos que contiene el considerando cuarto, referente a la “Calificación de la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos”, en donde se abordarán de manera específica: la decisión de no aceptar la solicitud de la Coalición de recabar diversas pruebas (3.1.), la intervención del Consejo Coordinador Empresarial (3.2.), y la intervención del Ejecutivo Federal (3.3.). En el cuarto punto haré un comentario en torno a la utilización del criterio de “determinancia”, y en el quinto apartado extraeré algunas conclusiones, entre las que sostengo que el dictamen es una muy mala resolución y que, con independencia de los factores que explican el contexto problemático en que fue elaborado, refleja no sólo que los magistrados razonaron mal, sino que actuaron negligentemente dada la importancia de esta resolución.

He seleccionado para analizar con detenimiento sólo tres puntos del considerando cuarto debido a que a partir de las conclusiones que se extrajeron en dichos puntos se sostuvo que las irregularidades que se presentaron no fueron determinantes para afectar el resultado de la elección, de forma que la elección se calificó de conformidad con los principios constitucionales que la rigen. Posiblemente, si las conclusiones en estos argumentos hubieran sido diferentes a las adoptadas, la historia habría sido otra. Empero, lo que menos quiero hacer es especular al respecto. Lo que trataré de demostrar es que de las mismas evidencias que usaron los magistrados se pudo (y se debió) haber llegado a conclusiones bien diferentes y plenamente consistentes con la evidencia a la que se refiere el mismo dictamen.

1. ESTRUCTURA DEL DICTAMEN

El dictamen se compone de antecedentes, considerandos y una declaración. La estructura es algo caótica. La parte más importante argumentativamente hablando está en los considerandos, pero entre ellos hay muchas diferencias: algunos, como el primero, segundo y tercero, se refieren al cómputo de la elección y, por tanto, casi no contienen argumentos, sino información sobre el resultado del conteo; el cuarto, que se refiere a la calificación de la elección, es el más extenso de todos y en él encontramos algunas consideraciones y decisiones sobre la naturaleza del mismo dictamen, la decisión de rechazar la solicitud de pruebas

44 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

de la Coalición, hasta toda una serie de valoraciones sobre evidencias. El sexto considerando trata sobre los requisitos de elegibilidad y el séptimo contiene la decisión de que debe declararse a Felipe Calderón Hinojosa presidente electo por el periodo del primero de diciembre de 2006 al 30 de noviembre de 2012, y que han de hacerse diversas notificaciones y declaraciones solemnes. Como habrá notado ya el lector, falta el considerando quinto. ¿Qué pasó con el quinto considerando? No especulemos, el hecho es que simplemente no existe. Entre muchos de los problemas de la estructura del dictamen podemos comenzar criticando errores como éste, pero en general la simple numeración de los apartados, como se dijo, es caótica, ya que se mezclan criterios de numeración, algunos apartados se numeran y otros no, unos con números y otros con letras, y en algunos casos, debido al llamado “copy-paste”, hace que la numeración quede en un completo desorden. Por ejemplo, en el considerando cuarto, II, del número 8, se salta al 10, es posible que el inciso “c) Extranjeros” de ese apartado 8 tenga que ser el apartado 9 que falta. En fin, no quiero detenerme en señalar otros muchos problemas de orden. Lo menciono sencillamente porque esos errores afectan la consistencia argumentativa y la claridad del mismo dictamen.⁴ Son errores que suelen ocurrir en algunas ocasiones, pero que en este caso son constantes, y por ello no está de más subrayar que se debió poner más cuidado por parte de quienes suscribieron y revisaron esta decisión tan importante.

En el cuadro que sigue se muestra la estructura y se pueden observar los errores a que nos hemos referido.

Cuadro 1

Índice del dictamen

Antecedentes (aquí se hace una descripción de las etapas, acuerdos y resoluciones concernientes al proceso electoral) (pp. 1-27)

Considerando

Primero.

(Se declara competente la Sala Superior para realizar el cómputo final, declaración de validez y la de presidente electo) (p. 27)

⁴ Remito a la ponencia de Carlos Pérez Vázquez dictada en un encuentro realizado en el IJJ-UNAM el 5 de octubre del 2006, donde analizó con detenimiento problemas de la estructura y del lenguaje usados en el dictamen: “Un dictamen sobre el dictamen”. Citado con autorización del autor.

Segundo.

(Resultados del cómputo de la elección de presidente) (pp. 27-35)

Tercero.

Cómputo final de la elección (p. 35)

Cuarto.

Calificación de la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos (p. 35) Peticiones de la Coalición Por el Bien de Todos de recabar pruebas p. 41)

I. Actos previos al inicio del proceso (p. 47) Actos anticipados de campaña del PAN, PRI (p. 50)

II. Preparación de la elección (p. 52)

1. Valoración de la fase de la campaña electoral (p. 53)

1.1 Publicidad de las resoluciones emitidas por el Tribunal y el Instituto Federal Electoral, que calificaron los *spots* (p. 74)

2. Intervención de terceros en la propaganda (p. 82)

2.1 Propaganda negativa: *Spots* del Consejo Coordinador Empresarial. (p. 82)

Descripción de los *spots* (p. 84)

Ánálisis del contenido de los spots (p. 85)

Contexto de los spots (p. 89)

Especificidad de la irregularidad individualmente considerada (p. 92)

2.2 Propaganda negativa: spots de asociaciones civiles y otros (p. 95)

2.3 Propaganda negativa: impresos (p. 100)

2.4 Propaganda negativa: lonas (p. 111)

2.5 Medición de efectos (p. 111)

2.6 Propaganda negativa: Oficios remitidos por la autoridad electoral a empresas mercantiles y otros (p. 114)

2.7 Participación de Víctor González Torres (p. 120)

2.8 Intervención de Demetrio Sodi de la Tijera (p. 131)

2.9 Intervención de otros terceros (p. 133)

3. Rebase de Tope de gastos de campaña (p. 141)

4. Llamadas telefónicas (call centers y push pools) (p. 157)

5. Intervención del Ejecutivo Federal (p. 158)

A. Acuerdo de abstención de actos anticipados de campaña o tregua navideña (p. 191)

B. Acuerdo de neutralidad (p. 193)

C. Suspensión de publicidad institucional, decretada por la SCJN (p. 197)

46 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

6. Uso de programas sociales (p. 203)
 7. Intervención de autoridades locales (p. 218)
 - a) Notas periodísticas (p. 221)
 - b) Programa de noticias (p. 223)
 - c) Sin título (p. 223)
 8. Propaganda religiosa (p. 224)
 - Quejas (p. 225)
 - Casos aislados (p. 226)
 - Notas periodísticas (p. 229)
 - Propaganda por internet (p. 231)
 - c) Extranjeros (este inciso no se sigue de otros, pudo ser el apartado 9) (p. 237)
(Falta el apartado número 9)
 10. Uso indebido del padrón electoral (p. 252)
 11. Omisiones atribuidas al IFE y la FEPADE (p. 256)
 12. Parcialidad del presidente del Consejo General del IFE (p. 258)
- III. Jornada Electoral (p. 260)
- Participación de Elba Esther Gordillo (p. 261)
- IV. Resultados electorales (p. 264)
1. Información preliminar de resultados (p. 264)
 2. Cómputos distritales (p. 269)
 3. Recepción de cómputos distritales e informes (p. 272)
- V. Dictamen y Declaración de validez de la elección (p. 284)
- (Falta el considerando quinto)

Sexto.

Requisitos de eligibilidad (p. 293)

Séptimo.

(Sin título (p. 304)

(Declaraciones) primero, egundo, tercero, cuarto (pp. 307 y 308)

2. RESUMEN DEL DICTAMEN

2.1. En los antecedentes se enumeran una serie de actos jurídicos, desde el acto que da inicio al proceso electoral por parte del Consejo General del IFE, incluso algunos actos previos, hasta información sobre informes rendidos sobre la jornada electoral; información sobre el número de recursos de inconformidad; la mención de que dichos recursos fueron resueltos; el inicio de la

etapa de cómputo definitivo, dictamen y declaraciones de validez de la elección y de presidente electo.

2.2. En el considerando primero se refiere a la competencia de la Sala Superior para realizar el cómputo final, la declaración de validez de la elección y la de presidente electo, de conformidad con el artículo 99, párrafo cuarto, fracción II, de la Constitución Política de los EUM, y 186, f. II, y 189, f I, a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

2.3. En el considerando segundo se realiza el cómputo final de la elección presidencial distrito por distrito, cómputo que arroja 14,916,927 votos para el PAN; 14,683,096 votos para la Coalición por el Bien de Todos; 9,237,000 para la Coalición Alianza por México; 1,124,280 para Alternativa; 397,550 para Nueva Alianza, y 298,204 para candidatos no registrados. En total se recibieron 40,657,057 votos válidos, 900,373 votos nulos, que hacen un total de 41,557,430 votos.

2.4. En el considerando tercero se explicita que Felipe Calderón Hinojosa, postulado por el PAN, obtuvo la mayoría en la elección.

2.5. En el considerando cuarto, denominado “Calificación de la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos” se sostiene que a la Sala Superior le corresponde examinar de manera conjunta los elementos que obran en el expediente a fin de conocer si el proceso electoral para elegir presidente se llevó conforme a las reglas y principios aplicables.

Se analiza la petición de la Coalición Por el Bien de Todos de recabar diversas pruebas, misma que es rechazada, alegando que le corresponde al interesado presentar la pruebas, y que no corresponde a la Sala Superior allegárselas, por tratarse de un procedimiento oficioso, y no uno contencioso. Más adelante se comentará con detenimiento el argumento usado por la Sala Superior para justificar esta decisión.

En seguida se hacen una serie de consideraciones sobre el impacto de las campañas negativas y se establecen pautas generales para estimar cuándo la voluntad del ciudadano ha sido afectada, de modo que pueda considerarse que se ha conculcado el principio de libertad de sufragio. Se estima en dichas consideraciones que quien afirme que sólo una circunstancia (la divulgación de propaganda negativa) genera una desventaja o pérdida de posición, tendría que ofrecer un medio de prueba idóneo (mediciones técnicas) que mostraran la relación entre las campañas y el resultado electoral; de otra forma tal circunstancia específica sólo puede orientar la decisión. Se sostiene que toda propaganda electoral, incluso la negativa, puede tener efectos diversos, y que los factores que determinan la voluntad del elector son diversos. Se estima entonces que “esta Sala Superior no encuentra elementos que pongan en evidencia los efectos producidos por las campañas electorales y en particular por

48 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

los mensajes o promocionales referidos (la propaganda negativa)” (p. 69)*. Y más adelante se reitera: “En esas condiciones, no existen elementos que permitan establecer de manera objetiva o al menos en grado aceptablemente probable, que la intención del voto de los electores fue afectada de manera preponderante por la difusión de los spots en cuestión” (p. 73). Se consideró además que era posible percibir la concurrencia de otros factores que sirven de base para considerar válida la forma en que se emitió el sufragio; por ejemplo, algunas resoluciones del propio Tribunal que ordenaron suspender los *spots* y la difusión que se dio en los medios a dichas resoluciones. Igualmente, el comportamiento del candidato por la Coalición (Andrés Manuel López Obrador), al no haber asistido al primer debate organizado por el IFE, pudo provocar un efecto negativo o un rechazo en los electores. Estas consideraciones pueden complementarse con otras observaciones hechas a lo largo del dictamen; por ejemplo, las realizadas en el apartado 2.5 Medición de efectos, donde se sostiene “que en ocasiones una sola frase o una sola palabra expresada de manera inapropiada, en el momento inadecuado, es suficiente para echar por tierra el avance en las preferencias electorales o al contrario, una frase acertada en el momento oportuno, puede ser motivo de despertar la simpatía de la opinión pública hacia un candidato” (p. 113).

En seguida se analiza de manera particular la intervención de terceros en la contienda electoral. Cabe mencionar algunos de los siguientes casos: a) El caso de los *spots* del Consejo Coordinador Empresarial, uno de los que se consideró graves, y al cual nos referiremos en el siguiente apartado; b) el caso de los *spots* de asociaciones civiles y otros (Grupo Jumex y publicidad por Internet), y el de diversos impresos del Consejo Coordinador Empresarial y otras asociaciones empresariales y de comercio, respecto de los cuales no se consideró probada su vinculación con el PAN ni se acreditó de manera fehaciente una afectación al candidato de la Coalición. Sobre este punto se concluye que:

no es posible establecer una relación de causa-efecto, en relación con el daño que pudiera sufrir un candidato en la preferencia electoral como consecuencia de la intervención de terceros, debido a que la complejidad, la intensidad y la dinámica de los actos que se realizaron en el presente proceso electoral fue de tal magnitud, que obliga a apreciar de manera contextual la actuación de dichos terceros.

En consecuencia, tampoco hay bases para sostener, que con la actua-

* En adelante las páginas se refieren al dictamen de la elección presidencial.

ción de los referidos terceros se vulneraron los principios que rigen todo proceso electoral, a grado tal, que se vea afectada la validez de la elección (p. 114).

Se analizan también los ataques de Víctor González Torres “Doctor Simi” contra López Obrador, y se considera que a pesar de la irregularidad en que incurrió no se puede sostener que haya restado votos al candidato de la Coalición. En el caso de la intervención de Demetrio Sodi de la Tijera que trasmittió diversos promocionales siendo candidato del PAN al cargo de jefe de Gobierno del DF, se advierte que no se hace referencia al candidato presidencial de la Coalición.

Respecto a la acusación de que diversos medios informativos de radio y TV mostraron un sesgo informativo en contra del candidato de la Coalición, y aun cuando la Sala Superior ha considerado:

que la existencia de un evidente, explícito y claro trato sistemáticamente inicuo o discriminatorio por los medios de comunicación electrónica concesionados... y escrita (prensa) hacia los partidos políticos, puede llegar a constituir violaciones a su obligación de respeto a los derechos de terceros (en particular, el derecho a ser votado, en condiciones de igualdad...) o de no lesionar normas y principios de orden público, como los fines o valores que deben primar en la materia electoral (como serían el de equidad en el acceso a los medios de comunicación social y el de respeto a los principios de certeza y objetividad que deben regir en la materia)...

Se estima que semejante trato debe estar plenamente demostrado y que en este caso no existen los elementos para advertir “las circunstancias de modo, tiempo y lugar necesarias para determinar la existencia de una irregularidad como la manifestada (pp. 135 y 136).

Por lo que hace a la acusación de que se rebasaron los topes de campaña, se señala que el tope establecido por el IFE fue de \$651,428,441.67; que conforme a los monitoreos de la Comisión de Radiodifusión y los acuerdos del IFE sobre reportes de gastos de los partidos, se advierte que “no existen elementos para sostener, por ahora, que hubo rebase de gastos de campaña...” (p. 150). Se agrega que el Cofipe prevé que la revisión de los gastos de campaña se realice con posterioridad a la jornada electoral.

En cuanto a la intervención del Ejecutivo Federal, punto al que nos referiremos con más extensión en el siguiente apartado, se concluyó que:

50 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

las declaraciones analizadas del Presidente de la República Vicente Fox Quesada, se constituyeron en un riesgo para la validez de los comicios que se califican en esta determinación que, de no haberse debilitado su posible influencia con los diversos actos y circunstancias concurrentes examinados detenidamente, podrían haber representado un elemento mayor para considerarlas determinantes para en (sic) el resultado final, de haber concurrido otras irregularidades de importancia que quedaran acreditadas (p. 202 y 203).

Muchos otros casos en donde se alegaban irregularidades en contra de la Coalición fueron también considerados no fundados o no probados, pero para no hacer más largo este resumen terminaré por mencionar los casos: propaganda por Internet; la intervención de extranjeros, en particular las de José María Aznar y Antonio José Sola Reche (consultor del PAN); el uso indebido del padrón electoral; omisiones atribuidas al IFE y la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales; la parcialidad del presidente del IFE; irregularidades dentro de la jornada electoral, como la intervención de Elba Esther Gordillo, y la supuesta manipulación de los resultados del PREP.

Del estudio conjunto de las impugnaciones que se hacen en la fracción V del considerando cuarto se concluye en resumen que: a) se cumplieron las etapas del proceso electoral; b) que las irregularidades en su mayoría no quedaron demostradas; c) que no estaba acreditada plenamente una intervención indebida de terceros a través de *spots*, volantes, publicaciones, etcétera en contra de Andrés Manuel López Obrador; d) que no existe evidencia de que se hayan rebasado los topes de campaña; e) que no hay evidencia del uso de programas sociales para favorecer al candidato del PAN; f) que no hay elementos para considerar que se había difundido propaganda religiosa a favor del candidato del PAN, g) que ni el IFE ni la FEPADE incurrieron en irregularidades; h) que la grabación de Elba Esther Gordillo carece de valor probatorio por no haberse obtenido legalmente; i) que respecto al PREP no existió irregularidad alguna; j) que la existencia de un número mayor de votos nulos en relación con los resultados electorales anteriores no vulnera ninguna regla o principio y que tal variación es mínima.

De todo ello se concluye que, a pesar de que se advirtió la existencia de algunas irregularidades e ilícitos, no se tuvieron elementos para determinar su grado de influencia.

Así pues, vistos en conjunto los acontecimientos señalados, no generan convicción de una afectación importante a los principios rectores de las elecciones democráticas, principalmente la libertad del voto,

pues se trata de cuestiones no probadas, o que habiéndolo sido, no se tiene sustento objetivo del impacto que pudieron haber tenido o bien, entraron en juego diversas situaciones específicas de este proceso electoral que les restaron importancia o redujeron su grado de influencia, en especial, los diversos acuerdos preventivos emitidos por el Consejo General del Instituto Federal Electoral, así como las diversas resoluciones jurisdiccionales y administrativas que impidieron que las situaciones irregulares denunciadas continuaran sus efectos (pp. 291 y 292).

2.6. El considerando sexto (recuérdese que se anotó que no existe el considerando quinto) se refiere a los requisitos de elegibilidad del artículo 82 constitucional, y ahí se asienta que Felipe Calderón cumple con todos los requisitos, entre otros el de ser mexicano por nacimiento, de padres mexicanos, que tiene un modo honesto de vivir, que se encuentra en pleno goce de sus derechos, etcétera.

2.7. En virtud de todo lo anterior se considera que la elección presidencial debe declararse válida, y se declara a Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos, y se ordena entregarle la constancia de mayoría y validez.

3. ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LA CALIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN

Pasamos ahora a analizar con detenimiento algunos de los argumentos usados en el considerando cuarto. Si se usó la expresión “calificación” se debe a que ése era el lenguaje usado por la Constitución antes de la reforma de 1996, cuando era la Cámara de Diputados la que calificaba la elección presidencial.

Se parte de la idea de que todos los actos relacionados con los aspectos centrales de un proceso electoral están sujetos al control de constitucionalidad y legalidad a través de los medios de defensa previstos en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME), donde priva el principio de definitividad de los actos no impugnados (p. 40).

3.1 La petición de pruebas de la Coalición

El primer punto de análisis y quizá uno que resulta determinante en todo el dictamen, es la negativa del TEPJF ante la petición de pruebas de la Coalición.

52 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

La Coalición había solicitado que se recabaran diversas pruebas por parte del Tribunal en los juicios de inconformidad interpuestos contra distintos cómputos distritales. El Tribunal resolvió que como esas pruebas no estaban directamente relacionadas con esos juicios, se remitieran al expediente de calificación para su análisis.

Para justificar el rechazo de la solicitud de pruebas, el Tribunal usó uno de los argumentos más polémicos, un argumento que interpreta la fracción II del artículo 99 de la Constitución, que a continuación transcribo:

II. Las impugnaciones que se presenten sobre la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos serán resueltas en única instancia por la Sala Superior.

La Sala Superior realizará el cómputo final de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, una vez resueltas, en su caso, las impugnaciones que se hubieren interpuesto sobre la misma, procediendo a formular la declaración de validez de la elección y la de presidente electo respecto del candidato que hubiese obtenido el mayor número de votos.

Los magistrados sostuvieron que de estas atribuciones se pueden distinguir dos ámbitos de actuación del Tribunal: una de carácter puramente jurisdiccional y otra de orden administrativo-electoral para la calificación de la elección presidencial, encargada a un tribunal jurisdiccional (p. 42).

En materia jurisdiccional, sostiene el Tribunal, se tiene la obligación de recabar los medios de prueba ofrecidos y no aportados por las partes; en cambio, el procedimiento de lo que llaman “calificación de la elección de presidente” no es de carácter contencioso, sino que se trata de una revisión de oficio del cumplimiento de los presupuestos indispensables para la validación del proceso electoral de la elección, “por lo cual no está regido por las reglas procesales establecidas para los medios de impugnación, especialmente, las relativas a los derechos procesales de las partes” (p. 44).

La división entre un procedimiento contencioso jurisdiccional y una revisión oficiosa, según los magistrados, se desprende de la *naturaleza* misma de los elementos que ha de contener el dictamen, a saber: el cómputo final, la declaración de validez y la declaración de presidente electo. Según ellos, el artículo 99 constitucional no les impone ninguna obligación respecto de admitir solicitudes de los partidos. A los partidos o coaliciones les corresponde allegar los elementos de prueba que respalden sus alegatos. Así pues, se concluye que “no procede su recabación (sic) por esta Sala Superior” (pp. 46 y 47).

Su argumento intenta mostrar que no tienen ninguna obligación de recabar pruebas ofrecidas por las partes.

El paso crucial de este argumento consiste en sostener que como se trata de un procedimiento de carácter administrativo, no rige el artículo 9, 1, f) de la LGSMIME, sino que opera el principio general “quien afirma prueba” y, además, el artículo 99 constitucional no impone en el Tribunal ninguna obligación de atender las peticiones de los partidos, en este caso, una obligación de recabar pruebas sobre una posible violación del principio de equidad o el de libertad del voto. Como no hay ninguna obligación de hacer tal cosa, concluye y decide que es improcedente la solicitud de la Coalición. Veamos algunas consideraciones críticas.

3.1.1 La división entre un procedimiento jurisdiccional y uno administrativo

La distinción hecha por la Sala Superior es polémica, pero asumamos —sin conceder— por lo pronto que es plausible. El punto que me interesa señalar es que aun cuando la calificación sea de carácter administrativo, de ahí no se desprenden muchas de las consecuencias que los magistrados trajeron de la *naturaleza* del acto. No implica que sea aplicable el principio *quien afirma prueba*, que el Tribunal no tenga facultades ni obligaciones de mejor proveer, que el Tribunal haya asumido una actitud pasiva (que no imparcial, sino precisamente parcial), que los principios constitucionales en materia electoral no los vinculen u obliguen a investigar de manera activa si existieron violaciones graves a la equidad y limpieza de la elección.

El profesor José Roldán Xopa ha sostenido⁵ que incluso el que sea un procedimiento de carácter administrativo les otorga mayor libertad (discreción) para cumplir con su obligación de investigar posibles violaciones graves de la elección. De forma que, del carácter administrativo de la “calificación” de la elección presidencial, no se deduce que el Tribunal haya tenido que rechazar la solicitud de la Coalición si ello contribuía a tener más evidencias sobre las violaciones que se estaban alegando. Tampoco se deduce que por ser un procedimiento administrativo, opere el principio general “quien afirma debe probar”, pues la autoridad es la encargada de velar por un interés o bien públicos como es el de

⁵ José Roldán Xopa presentó algunos argumentos en los que me baso en el encuentro realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ver *supra* nota 2. Cito sus opiniones con su aprobación. De este encuentro se prepara una memoria por parte de sus organizadores: Lorenzo Córdova y Pedro Salazar.

tener elecciones libres y equitativas, por lo que debió haber procedido —con mayores facultades— a indagar y proteger dichos bienes. En este caso se trataba de velar por el cumplimiento de los principios que rigen el proceso democrático, de forma que la certeza y la equidad en tanto principios rectores, les obligaban a recabar las pruebas necesarias, máxime cuando habían sido ofrecidas por un partido político y eran pruebas pertinentes y relevantes, como luego veremos.

3.1.2 La aplicación del principio de la carga de la prueba

No obstante lo expuesto, aun si concediéramos que rige el principio de la carga de la prueba en materia administrativa, ello no implica que de manera automática opere en el caso concreto que nos ocupa. Los principios, sabemos bien, no se aplican en cualquier caso, sino que deben especificarse las condiciones de su aplicación, lo cual significa que se proporcionen razones para sostener que en el caso particular se presentan ciertas condiciones que hacen razonable que se aplique el principio.⁶ Se echan en falta argumentos sustantivos de este tipo. Si uno analiza el caso en cuestión, verá que existían razones de peso para que el principio no se hubiera aplicado; entre estas razones están aquellas que tienen que ver con la relevancia y pertinencia de las pruebas solicitadas y su conexión con los alegatos que fueron analizados, etc. Si se atiende a que muchos de los hechos alegados se consideraron no probados por insuficiencia de evidencia, habría sido necesario evaluar si las pruebas solicitadas no eran justamente el tipo de evidencia idónea para probar dichos hechos. Si esto fuera así (y pienso que lo fue), resulta un caso de mala fe desechar la solicitud de pruebas idóneas para probar los hechos alegados, pruebas que al menos eran relevantes y aptas para ello (no afirmo que con ellas se hubiera probado lo que se alegaba). También se pudo haber evaluado si la aportación de dichas pruebas estaba al alcance de la Coalición o era necesario que una autoridad como el Tribunal las recabara. A nadie se le puede exigir lo imposible, y si la Coalición no pudo recabar esas pruebas a pesar de haberlas solicitado a otras autoridades, era una cuestión básica de *fair play* (juego limpio) de todo procedimiento justo que el Tribunal las hubiera solicitado. Resulta muy sospechoso que en un caso tan relevante no se haya evaluado ni siquiera la pertinencia de las pruebas solicitadas por la Coalición y se haya desecharido tal solicitud apelando a una presunta razón de carácter dogmático mal justificada.

⁶ Al respecto remito a el clásico texto de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989; y al trabajo de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

3.1.3. ¿Es la calificación de una elección un asunto meramente administrativo o es en parte jurisdiccional?

La premisa básica del argumento del Tribunal descansa en “analizar los elementos que debe contener el dictamen a través del cual se realiza la calificación” (p. 44). Si uno mira con atención el análisis que hacen los magistrados de estos elementos, notará que no existe tal análisis, sino la mera mención de tales elementos. Ahora bien, si uno mira y analiza con atención lo que hicieron ellos mismos en su dictamen, verá que el considerando cuarto no es *por su naturaleza* —permítaseme el abuso de esta mala metáfora— un acto administrativo, se trata de un acto jurisdiccional donde se analizan y se valoran pruebas. Pero lo cierto es que la diferencia entre un acto administrativo y uno jurisdiccional no es nada clara. Hay actos jurisdiccionales que consisten muchas veces en procesos mecánicos, muy parecidos a hacer un cómputo, o en otros casos son también declarativos. También hay actos administrativos que suelen consistir en determinar si ocurrió o no un hecho o una acción y se convierten en procedimientos probatorios, donde la autoridad administrativa evalúa pruebas y toma decisiones semejantes a las de cualquier autoridad jurisdiccional. Lo mismo ocurre en el caso de los actos jurisdiccionales, unos son más mecánicos y declarativos y otros consisten en procedimientos probatorios para acreditar la comisión o no de un acto o un hecho. De forma que la distinción que hace el Tribunal no se basa realmente en el carácter o naturaleza de los actos, sino que sencillamente estipuló que así ha de entenderse la Constitución, a pesar de que ésta no dice nada al respecto. Es por ello que la distinción hecha es polémica, y no podemos aceptarla como una buena interpretación, porque carece de un verdadero análisis y de argumentos por parte de los magistrados. En todo caso, habría que preguntarse cuáles son las consecuencias que se desprenden de esta interpretación, y al parecer la única fue zafarse de la obligación de aceptar las pruebas impuestas por el artículo 9, 1, f) de la LGSMIME. ¿Hay alguna otra consecuencia relevante? Al parecer no, de modo que nuevamente uno se pregunta si esta es una buena razón o fue sólo un pretexto, un argumento *ad hoc*, para no allegarse más elementos de prueba al caso. Ante la falta de razones de mayor peso, y por lo crucial y determinante que fue este paso (volveré sobre este punto en el apartado 4), o me mantengo escéptico respecto de si obraron de buena fe o no, si se trató sólo de una mala manera de interpretar la Constitución o si además hubo otros intereses que los llevaron a actuar parcialmente.

3.2 Propaganda negativa: *spots* del CCE

Otro de los temas importantes abordados en el dictamen fue el de la propaganda negativa. Voy a referirme específicamente a los argumentos vertidos en el punto 2.1. del considerando cuarto, que trata el caso de los *spots* del Consejo Coordinador Empresarial (pp. 82 y ss.).

En esta sección se parte de afirmar las siguientes premisas:

- a) Que existen suficientes elementos que demuestran la difusión en radio y televisión de determinados *spots* del CCE;
- b) Que existe un indicio leve de que fueron trasmisidos durante el 17 y el 28 de junio (2006); que uno de ellos, el *spot* 1, se trasmitió 116 veces, y el *spot* 2, 138 veces; que ambos fueron trasmisidos en los canales 2, 4, 5 y 9 de Televisa;
- c) Que ambos *spots* constituyen y llevan, en *forma inequívoca* y en forma expresa, un doble mensaje llamando a defender el *statu quo*, en contra de lo que la Coalición ha postulado en torno a la necesidad de un cambio de modelo económico;
- d) Que hay un *evidente* vínculo temático con otros promocionales del PAN donde se afirma que las propuestas de López Obrador conducirán a la crisis económica;
- e) Que se trató del tramo final de la campaña presidencial;
- f) Que el medio utilizado para la difusión fue la televisión, “un vehículo o soporte de alto impacto que lo convierte en un elemento de peso adicional al contenido mismo del mensaje”;
- g) Que está acreditada la difusión de los *spots* por parte del CCE;
- h) Que al CCE le está prohibido contratar tal tipo de publicidad;
- i) Que “dicha violación a lo dispuesto en el código electoral federal constituye una irregularidad que viola los principios constitucionales de igualdad en la contienda y de legalidad electorales...”

Y se concluye lo siguiente:

- j) Que “la irregularidad que ha quedado establecida, por sí misma, no es determinante para el resultado de la elección presidencial, ya que no obran elementos probatorios en autos que demuestren fehacientemente el impacto de los spots difundidos...sobre la frecuencia e intensidad en que ocurrió su difusión, para establecer su grado de penetración entre los electores, como se establecería a través de elementos que permitan determinar los horarios y los canales de transmisión, el número de

veces que ello ocurrió, así como las actitudes y comportamiento de los electores que fueron generados por tales promocionales. Esto es, individualmente considerados no pueden considerarse como generalizados (en cuanto al aspecto relativo a su temporalidad o duración de la campaña)” (pp. 84-94).

Por el momento aquí detengo el análisis del argumento del Tribunal en lo referente a los *spots* del CCE. Como verán, en el último inciso j), he trascrito por entero un párrafo, en vez de resumir el punto, como en los incisos anteriores. Ello lo hago para evidenciar la importancia de esta afirmación del Tribunal, que viene a ser aparentemente la conclusión de las premisas anteriores, a las que me referí en los incisos a) a i).

En los incisos a) a i) se establecen las evidencias y pruebas de que se traspusieron los *spots* en radio y TV; sin embargo, sólo se establece la frecuencia de los *spots* en TV y los canales que se usaron, se califica dicha difusión como de “alto impacto”, se establece que el contenido de los *spots* y el hecho mismo de su difusión están prohibidos, y que ello implica una violación de principios constitucionales. Sin embargo, como se puede ver, la conclusión que he trascrito en el inciso j) incurre en una grave contradicción, al sostener que no quedaron probados los canales de transmisión ni el número de veces que ello ocurrió. Quizá quisieron decir los señores magistrados que en el caso de los *spots* transmitidos en radio no quedó establecida dicha frecuencia ni señaladas las estaciones de radio, pero no puede ser que lo afirmen también respecto a la televisión, ya que ellos mismos mencionan que hay evidencias (aunque leves) de su frecuencia, el periodo y los canales usados, y además califican su difusión televisiva como de “alto impacto”. Por lo demás, la valoración de la evidencia es breve, y si bien mencionan que no se probó el impacto en los electores, lo cierto es que *se les olvidó* evaluar las pruebas que tenían y que, dicho en sus propios términos, eran idóneas para determinar tal impacto.

Lo anterior no puede ser otra cosa que negligencia grave, ya que su valoración está hecha sobre un olvido inexcusable de pruebas que ellos mismos sostienen que se tienen en el expediente, que son de “alto impacto” y que en sus propios términos son idóneas para determinar el impacto de los *spots*.

Cuando algunos comentaristas han tratado de explicar la elaboración del dictamen, han hecho notar que se nota la intervención de varios autores, es decir, varias personas (secretarios o magistrados) que contribuyeron a su redacción. Pues bien, quizás esta contradicción sea una consecuencia de dicha forma de trabajo y explique el hecho de que uno haya sido quien elaboró las premisas del argumento y otro el que extrajo la conclusión sin haber atendido

58 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

a las premisas. Pero aquí no hago otra cosa sino especular al respecto para tratar de entender lo que ocurrió en términos argumentativos: de las premisas no se desprende la conclusión, y ésta contradice lo que se afirma en ellas. Esto es muy grave, pues afecta toda la justificación en este punto.

Además, es sorprendente que luego de esta conclusión se haya hecho un comentario del todo innecesario e inatíntente:

No pasa desapercibido para esta Sala Superior —sin que ello implique en modo alguno atenuar el actuar indebido del Consejo Coordinador Empresarial, según ha quedado establecido—, que la coalición Por el Bien de Todos estuvo en aptitud, tanto jurídica como material, de incrementar su presencia durante la campaña electoral, a través de propaganda en medios electrónicos (radio y televisión) en ejercicio de sus derechos y prerrogativas... (p. 94).

¿A cuenta de qué viene el comentario? ¿Se quiere acaso sugerir que si hubo un impacto negativo éste pudo haberse evitado si la coalición hubiera gastado más dinero en propaganda en radio y TV? Y aunque así fuera, ¿a cuenta de qué los magistrados hacen tal reproche a la Coalición? Es como si un juez penal absolviera a un sujeto acusado por violación porque desechará las pruebas de la fiscalía en favor de la víctima (en este caso una mujer), y luego dijera a la víctima que pudo haber evitado la violación si no usara minifalda o hubiera andando acompañada por la calle o gastado en un automóvil para no ir caminando. El comentario, pues, no es pertinente.

3.3 La intervención del Ejecutivo Federal

En el punto 5 del considerando cuarto se aborda el tema de la participación del presidente Vicente Fox a favor del PAN y en contra de la Coalición Por el Bien de Todos. Éste es uno de los argumentos más importantes de este dictamen, y merece un análisis cuidadoso, aunque por la naturaleza de este trabajo no podré describir con detalle algunos de los elementos de la evidencia.

3.3.1 La evidencia

La evidencia consiste en dos casetes que contienen: a) 17 grabaciones, 15 de ellas del programa de noticias en el canal 2 de Televisa dirigido por Joaquín López Dóriga, uno de un programa de Carlos Loret de Mola en el mismo canal y otra de un programa de radio del primero de estos periodistas; b) 33 notas

periodísticas de *El Universal* y *La Jornada*; c) notas informativas de la página de Internet de la Presidencia de la República, de las cuales destacan 12 que aluden a entrevistas radiofónicas y televisivas, al programa de radio que conducía el presidente y a reuniones del mismo.

Sobre estas evidencias, destaca el hecho de que se hayan omitido los spots televisivos y notas del periódico *Reforma*, pues no se alude a ellos en tanto evidencias; sin embargo, sí fueron considerados al momento de hacer juicios de valor sobre el resto de las evidencias. La importancia de esta omisión se verá más adelante.

Los magistrados de la Sala Superior consideraron que estas declaraciones se deberían clasificar en dos grupos: a) el de comentarios mediante los cuales el presidente define y exalta el modelo económico y las acciones de su gobierno, mismas que consideraron que no están prohibidas constitucional ni legalmente, y b) manifestaciones indirectas que inciden sobre posiciones políticas, que atañen a las de los partidos políticos y los candidatos en el proceso electoral, y que por el uso de ciertas frases se pueden estimar dirigidos a apoyar al candidato de su partido (del PAN), y a criticar a otros participantes.

De aquí que se sostenga que “existen elementos para sustentar, con seriedad, que este grupo de declaraciones se incorporó, de alguna manera, dentro de los distintos elementos evaluados por los ciudadanos que los advirtieron, a la hora de definir su intención de voto” (p. 186). Lo que no se dice es cuántas de estas declaraciones, notas periodísticas y notas de Internet quedaron en un grupo u otro, o si en todas ellas hay manifestaciones de los dos tipos de comentarios. Así las cosas la distinción hecha no parece tener al final ningún efecto, salvo decir que en parte lo que dijo el Presidente está permitido, aunque quede la duda sobre qué parte fue esa.

3.3.2 El grado de influencia

Una vez que se reconoce que las declaraciones del Presidente pueden afectar la imparcialidad de los comicios, ya que son susceptibles de generar mayor influencia (pp. 159-161), se establece que para conocer la posible afectación a la libertad de sufragio deben evaluarse las circunstancias en que se presentaron, de acuerdo, según el Tribunal, con los siguientes criterios: a) el contenido mismo de la declaración, b) su extensión, c) la clase y el número de medios de comunicación, d) su difusión, e) el tiempo y lugar donde ocurrió (p. 161), y f) el contexto en que ocurrió (p. 186). Todo ello para verificar el peso que tuvieron, esto es, “conocer y ponderar el grado de influencia”. Paso ahora a analizar estas consideraciones en el orden en que se abordaron

60 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

en el dictamen, no sin antes precisar que algunas no se corresponden a los criterios antes mencionados.

3.3.2.1. **El contexto.** La primera consideración sobre el contexto se refiere al ambiente de confrontación previo al proceso electoral entre el presidente y el entonces jefe de Gobierno del DF, a la postre candidato de la Coalición. Si bien cualquiera puede aceptar la opinión de los magistrados de que la crispación política es responsabilidad de ambas partes (del Presidente y el candidato de la Coalición, aunque seguramente no en la misma medida), lo que es más difícil de aceptar es que una vez iniciado el proceso electoral, donde uno de estos actores es candidato y el otro no, a ambos se les considere igualmente responsables, atenuando la responsabilidad que sí tiene el presidente de la República en intervenir sin derecho alguno en un proceso electoral atacando a uno de los candidatos y defendiendo al de su partido.

3.3.2.2. **La forma de expresión.** La segunda consideración tiene que ver con la forma indirecta y metafórica en que la mayoría de las manifestaciones del Presidente fue expuesta. Los magistrados consideraron que esta forma de expresión “dificilita (sic) en alguna forma la comprensión cabal del mensaje, que su autor... se propuso comunicar..., lo que necesariamente tuvo que disminuir el grado de penetración entre la ciudadanía; pues no se puede asegurar que los electores de mínima ilustración hayan recibido influencia decisoria de este tipo de comunicación, como tampoco respecto de los provistos de una educación media mayor....” (p. 188).

Lo curioso de este razonamiento es que no se proporciona ninguna razón para sostener que esta forma indirecta y metafórica “necesariamente tuvo que disminuir el grado de penetración en la ciudadanía”. ¿Por qué sostienen esto?, ¿no es acaso contraintuitivo o contra la experiencia lo que sostienen?, los especialistas en publicidad cuando promueven un producto o un mensaje no suelen usar un lenguaje claro y directo, sino más bien se basan en otro tipo de recursos, entre ellos formas indirectas y metafóricas. Como sea, lo cierto es que los magistrados no dan ninguna razón, y se limitan al parecer a negar la afirmación contraria, pero sin dar ningún argumento que justifique su afirmación. Al final de cuentas sabemos, como dice la canción de José Alfredo Jiménez, que *su palabra es la ley*.

3.3.2.3. **La extensión.** La tercera consideración es la brevedad de la extensión de las declaraciones. Así de escueto, no hay más en este punto.

3.3.2.4. **Lugar.** La cuarta consideración es que las declaraciones se dieron en lugares públicos, cosa que se considera que si bien pudo incrementar la posibilidad de influencia sobre los electores por presentarse en su carácter de Presidente, esa situación se ve disminuida al tomarse en cuenta que las expre-

siones se presentaron de forma *circunstancial*, además de que quienes hayan captado los mensajes ya conocían de la confrontación antes aludida, lo que, según los magistrados, resta credibilidad a lo declarado y, por lo tanto, resta también fuerza de penetración a los mensajes, porque, sostienen, “la experiencia enseña que la animadversión o distanciamiento de ideas conduce de algún modo a la predisposición entre las personas” (p. 190).

El que las declaraciones se hayan hecho de forma “circunstancial” —si por circunstancial se entiende *ocasional* (accidental)— no parece ser cierto si atendemos a la cantidad de veces que hizo tales declaraciones, salvo que pensemos que la vida del Presidente fuera sumamente accidentada. Ahora que si por “circunstancial” se entiende que las ceremonias a las cuales asistía no fueron convocadas ex profeso para opinar acerca del entorno político del país, me parece que eso es desconocer la realidad de lo que ocurre en los actos públicos a los que asiste el Presidente, además de ignorar que muchas de sus declaraciones fueron hechas en entrevistas televisivas o radiofónicas, que normalmente están previamente acordadas o al menos son previsibles para una figura pública como el Presidente; al menos ése parece ser el caso según las evidencias, y no que fueron circunstanciales (ocasionales, accidentales o imprevistas).

Respecto a que el conocimiento que los ciudadanos tenían ya de la confrontación existente entre el Presidente y el candidato de la Coalición restó credibilidad a lo declarado, si bien puede ser una afirmación verosímil, eso no significa que restara fuerza a la penetración del mensaje como suponen, ya que, según su propia máxima de experiencia, ello ocurre sólo con quienes están previamente predisuestos en contra del Presidente, y no con quienes están a favor o pudieran estar indecisos. Cualquiera puede saber, es otra experiencia común, que los mensajes se dirigen tanto a ganar nuevos adeptos (que ya favorecen a alguna otra opción o que no tienen todavía una) como a fortalecer las simpatías de quienes ya simpatizan con uno, pero son capaces de cambiar su opinión. De forma que el impacto de una declaración no debe medirse sólo por los efectos que pudiera tener en cambiar las preferencias de quienes están en contra, sino también en el fortalecimiento de las de quienes están a favor o de mover a quienes están indecisos, ya que ello implica que para las otras opciones políticas será más difícil intentar modificar la opiniones de un grupo de ciudadanos. Los mismos magistrados mencionan que hay quienes aprecian las opiniones del Presidente, pero parecen ser parciales al estar más preocupados en menospreciar la importancia e influencia de las declaraciones antes que intentar llegar a “conocer el grado de influencia”.

3.3.2.5. La clase y número de medios. La quinta consideración tiene que ver con la clase y número de medios de difusión que se usaron. Aquí, curiosamen-

62 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

te, antes de fijar los elementos básico de este criterio, de entrada sugieren ponderarlos con otros elementos, advirtiéndose claramente un propósito de restarles importancia. Sin embargo, más allá de esta apreciación que podría decirse es personal, veamos el resto de las consideraciones. Hago notar que en este punto aluden a notas del periódico *Reforma*, que como dije antes, no quedaron expuestas entre las evidencias (también se alude a ellas en la página 215 cuando se valora el impacto que tuvo el acuerdo de neutralidad). Podría decirse que la clase y número de medios de difusión quedaron establecidos al describir la evidencia, y si bien esto es cierto, también es cierto que al respecto su evaluación pasó por alto muchas de estas declaraciones, sobre todo aquellas que estuvieron más próximas a la elección, restringiéndose casi exclusivamente a evaluar el peso que tuvieron las realizadas en diciembre, enero y febrero.

3.3.2.6. La difusión. La sexta consideración versa sobre el periodo, intensidad y época de la difusión. Las declaraciones ocurrieron entre noviembre de 2005 y el primero de junio de 2006. En cuanto a la época, se consideró que “las primeras tuvieron que levantar menor interés, por la distancia con la fecha de la jornada electoral, y por tanto, menor influencia en el electorado”. Este razonamiento parece plausible (razonable), empero, curiosamente no siguen lo que lógicamente podría derivarse de él, ya que en vez de sostener que las últimas declaraciones, *a contrario sensu*, influyeron más en el electorado, sostienen que las últimas “aunque captaron una atención mayor, se presentaron un mes antes de la celebración de la jornada electoral, con lo cual existió tiempo suficiente para reducir su impacto” (pp. 190 y 191). Nuevamente, parece que su papel es la defensa del Presidente más que el de un Tribunal que intenta valorar de manera imparcial las evidencias. Sin embargo, esto no hace que su última afirmación sea improbable o falsa. Lo que sostengo es que no actuaron con imparcialidad en sus razonamientos, pues omitieron la conclusión que debe seguirse de su razonamiento (la de que las declaraciones más próximas a la elección tienen más influencia), y presentan en cambio una razón aparente para no llegar a tal conclusión. Pero si se mira bien, no es una razón que evite llegar a la conclusión, pues el que haya existido tiempo para reducir el impacto de tales declaraciones no significa que no se produjo el impacto. Dicho de otra forma: que existan médicos para sanar una lesión o que con el tiempo pueda sanar no significa que en cierto caso a una persona no se le haya producido una lesión o una herida, y lo que nos interesa es determinar si se produjo esa herida y la gravedad de tal herida, pues el hecho de que se hubiera podido contrarrestar o que se haya contrarrestado implica en todo caso que se usaron medios para ello, medios que posiblemente se hubieran

usado en otra cosa de no haberse producido el daño. Es de elemental justicia, siguiendo la analogía, que si alguien fue dañado o lesionado injustamente y usó medios propios para atenuar la gravedad de su lesión, esto último no puede ser alegado a favor de quien produjo la lesión, sino que además de hacerlo responsable por el daño, debe indemnizar a la víctima por los gastos en que incurrió para atenuar o curar la lesión.

Los magistrados afirman que las declaraciones del Presidente “en su momento impregnaron a su auditorio, y pudieron contribuir en alguna forma para determinar su intención de voto, pero esta influencia *tuvo* que verse disminuida por los siguientes aspectos” (p. 191). En adelante, sin haber determinado la influencia de las declaraciones, y habiendo ya incluso tratado de debilitar su impacto, pasan a considerar nuevos argumentos. Lo que contrasta aquí es el modo imperativo, como si fuera algo que debió darse necesariamente “*tuvo que verse disminuida*”, cuando todas sus consideraciones no han sido más que meras especulaciones sin sustento.

3.3.3 El acuerdo de abstención de actos anticipados de campaña o tregua navideña

El argumento que ofrecen consiste en afirmar que al haber existido un acuerdo del IFE para que los partidos se abstuvieran de hacer precampaña (tregua navideña, del 11 de diciembre de 2005 al 18 de enero de 2006), al deberse entender que este acuerdo incluía también al Presidente (afirmación que es una interpretación de dicho acuerdo por parte del Tribunal), y que fue un hecho notorio que dicho acuerdo fue ampliamente difundido en medios de comunicación masiva (no menciona cuáles), concluye que “tuvo que influir, aunque fuera en mínima forma, para diluir o echar en el olvido los mensajes presidenciales de difusión de programas y actos de gobierno, de los inminentes actos de proselitismo electoral” (p. 193). Y agrega a su conclusión, “los ciudadanos que pudieron recibir las declaraciones previas del Presidente de la República, pudieron apartarse temporalmente de su posible influencia y pensar con mayor libertad sobre sus preferencias electorales” (p. 193). Y añaden más: “por tanto, de estimar demostradas las declaraciones de mérito, la afectación a potenciales electores habría sido mínima en el periodo de la tregua navideña e intrascendente por la lejanía de la jornada electoral” (p. 193).

Lo que a fin de cuentas parece que vale aquí es el argumento de sentido común, que ya habían ofrecido antes, y al que me referí en la sexta consideración (3.3.2.6.), sobre la lejanía de la elección; lo demás parecen meras especulaciones que no se apoyan en ningún tipo de evidencia ni en razonamientos

64 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

sólidos. Ahora bien, si concedemos alguna fuerza a la idea de que la lejanía de la elección diluye la influencia del mensaje, tal conclusión vale para sólo 3 notas periodísticas presentes en la evidencia y cuatro actos (3 entrevistas y un programa de radio conducido por el Presidente), referidos en la evidencia en notas de la página de Internet de la Presidencia de la República. Como se puede observar, incluso una valoración tan sencilla como ésta no la hacen en su dictamen, de modo que la forma de presentar su argumento deja indeterminado su propio alcance.

3.3.4 Acuerdo de neutralidad

Este argumento tiene la siguiente forma:

- a) El 23 de febrero de 2006 se publicó el acuerdo del IFE sobre reglas de neutralidad para diversos funcionarios, entre ellos el Presidente;
- b) En dicho acuerdo se estableció una prohibición de realizar “dentro de los cuarenta días naturales anteriores a la jornada electoral y durante la misma” (sic) cualquier tipo de campaña publicitaria, así como emitir expresiones de promoción o propaganda a favor de un partido político o candidato;⁷
- c) Conforme a este acuerdo se dispuso que el IFE establecería comunicación con los funcionarios para cumplir con dicho acuerdo;
- d) Existe una copia de un oficio del 7 de mayo mediante el cual el IFE le comunica al Presidente los actos de los que debía abstenerse para cumplir dicho acuerdo;
- e) Constituye un hecho notorio la difusión de ese acuerdo por diversos medios de comunicación masiva;
- f) El acuerdo surgió después de enero y febrero, meses en que el Presidente realizó algunas declaraciones;
- g) Se concluye que “la autoridad actuó preventivamente y reaccionó en forma oportuna... para dirigir con la máxima diligencia posible, la conducta de servidores públicos durante el proceso electoral”;
- h) Se concluye que la reacción de la autoridad “fue proporcional al nivel de participación del Presidente”, “pues los acuerdos (sic) se emitie-

⁷ Es importante señalar, para efectos de mi argumentación, que el Acuerdo de Neutralidad no sólo contempla la prohibición de realizar cualquier tipo de campaña publicitaria o de promoción de imagen durante los 40 días previos a la elección, sino prohibiciones de brindar en cualquier momento del proceso electoral cualquier tipo de apoyo gubernamental, asistir a eventos políticos en días hábiles, apoyar a cualquier candidato o realizar cualquier acto que tenga como propósito la promoción del voto.

ron dentro de los plazos razonablemente exigibles y en congruencia con el incremento del activismo presidencial” (p. 196);

- i) Se concluye que el mencionado acuerdo constituyó un nuevo elemento para *atemperar* la afectación que *hasta ese momento* tuvieron las declaraciones del Presidente, “pues se hizo notar a la ciudadanía que las declaraciones de servidores públicos a favor de algún candidato eran un aspecto que podrían atentar contra su libertad de voto, con lo que la eventual inducción de esas declaraciones quedó al descubierto y, por ende, reducida de sobremanera su trascendencia” (pp. 196 y 197).

La primera observación es que el argumento falla al no establecer las premisas necesarias para extraer las conclusiones a las que llega; esto es, de las premisas de a) a f) no se puede pasar a g), h) e i). Y no me refiero a que se pueda pasar deductivamente, cosa que es obvia, sino que visto como un argumento inductivo, el paso de las premisas a las conclusiones es muy poco probable o inverosímil.

Para concluir que la autoridad reaccionó de manera *preventiva, oportuna*, con *máxima diligencia* y de manera *proporcional* se necesitarían premisas que no están en el argumento. Al contrario, de la premisa f) se desprende que no se actuó de manera “preventiva”, sino como respuesta a las declaraciones ya hechas por el Presidente durante el 14 de enero al 22 de febrero, y que a pesar de la actuación del IFE no se logró detener la participación del Presidente, por lo que no logró prevenir dicha participación (aunque queda la posibilidad de considerar que la intervención del IFE logró reducir dicha participación, cosa que tampoco se advierte en las evidencias). Considerando que el acuerdo se emitió “dentro de los plazos razonablemente exigibles”, puede ser que dicho acuerdo haya sido “oportuno” (mas no “preventivo”); el acuerdo fue emitido por el Consejo General del IFE el 23 de febrero. Pero es importante hacer notar que el objetivo del acuerdo fue la emisión de reglas generales de neutralidad para ser atendidas por funcionarios públicos en general, y se dispuso que el IFE entablaría comunicación con los funcionarios para que se apegaran a dichas reglas. Si bien la emisión del acuerdo puede juzgarse oportuno, lo cierto es que no fue hasta el 7 de mayo cuando el Consejo General del IFE le comunicó al Presidente que debía abstenerse de ciertos actos y debía cumplir el acuerdo. Esto es, pasaron 73 días entre la emisión del acuerdo y la petición del Consejo General al Presidente para que éste se abstuviera de ciertos actos que violaban las reglas del acuerdo. Durante esos días continuaron además las intervenciones del Presidente en televisión, radio y eventos que fueron difun-

didos en la prensa. Éstas son evidencias que se encuentran en el mismo dictamen (pp. 161-181), y a ellas aludimos arriba en el punto 2.2. Actuar después de 73 días no me parece una actuación oportuna ni preventiva, ya que el proceso electoral estaba a poco menos de dos meses de concluir, y se acepta en la premisa f) que el Presidente actuó desde el mes de enero y febrero. De aquí que si no se actuó de manera oportuna entonces tampoco se puede decir que actuaron con máxima diligencia. Sostener que el IFE actuó de manera proporcional porque reaccionó oportunamente y en congruencia con el activismo presidencial, son juicios de valor gratuitos que me parece no se apoyan en lo que las evidencias muestran.

De las premisas a), b) y e) se puede inferir, en parte, con alguna probabilidad, la conclusión de que el mencionado acuerdo sirvió “para atemperar la afectación que las declaraciones del Presidente pudieron alcanzar hasta ese momento”. Sin embargo, la inferencia de que la trascendencia de las declaraciones del Presidente se vio reducida de *sobremanera* no es sino una especulación más sin sustento, pues del mero hecho notorio de que se haya dado publicidad al acuerdo de neutralidad no se sigue otra cosa, si se concede, que es altamente probable que haya influido para contrarrestar las declaraciones del Presidente, pero no que se haya contrarrestado dicha influencia en un altísimo grado, como lo sugiere el adverbio “sobremanera”, que significa, según varios diccionarios, “excesivamente”, “extremadamente”, “muchísimo”, “en extremo”, etcétera. Estamos, pues, ante juicios de valor gratuitos sin sustento alguno.

3.3.5 La suspensión de publicidad institucional decretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El mismo 23 de febrero en que se decretó el acuerdo de neutralidad, la SCJN admitió la controversia constitucional 38/2006 promovida por la Cámara de Diputados en contra del Poder Ejecutivo por omitir cumplir con la obligación de incluir una leyenda en la publicidad institucional. El mismo 23 de febrero se ordenó suspender la difusión de *spots* publicitarios en diversos medios. Es de advertir que los magistrados consideraron que la difusión de *spots* tenía que ponderarse junto con las declaraciones del Presidente donde usaba frases semejantes, pero en contrapartida deben considerarse los acuerdos de tregua navideña y de neutralidad y la declaración de suspensión de publicidad decretada por la SCJN. También establecen que esta última determinación de la Suprema Corte “tuvo una amplia difusión en los medios de comunicación, especialmente por haber surgido al mismo tiempo que el acuerdo de neutrali-

dad” (p. 199) “...lo cual constituye, directamente, un contrapeso en la afectación que pudo derivarse de los dieciocho spots dentro del expediente” (p. 199). Hay que decir que los *spots* en sí no estaban prohibidos, pero no contenían una leyenda específica que ordena la ley.

Los magistrados sostienen que de la ponderación en conjunto, la eventual afectación a la libertad del voto que hubiera podido resultar de las declaraciones del Presidente se debilitó *casi en su totalidad*, por la actividad desplegada por el IFE, el Poder Legislativo y la SCJN. Pero aquí se les olvidó a los magistrados un hecho importante, que sí consideraron en el punto anterior, si concedemos que esto pudo haber sucedido, como dicen, lo cierto es que esto, en el mejor de los casos, ocurrió con las declaraciones y los *spots* que se difundieron en enero y febrero, pero ¿por qué habría que concederse que los efectos de la amplia difusión de los acuerdos y de la suspensión influyeron en lo declarado en los meses posteriores?, ¿bajo qué evidencia se determinó esto?, ¿acaso no resulta contraintuitivo?, ¿dónde quedó la evaluación del impacto de las demás evidencias?

Sorprende entonces el razonamiento final de la Sala Superior que transcribo:

Sin embargo, esta Sala Superior no pasa por alto que las declaraciones analizadas del Presidente de la República Vicente Fox Quesada, se constituyeron en un riesgo para la validez de los comicios que se califican en esta determinación que, de no haberse debilitado su posible influencia con los diversos actos y circunstancias concurrentes examinados detenidamente, podrían haber representado un elemento mayor para considerarlas determinantes en el resultado final, de haber concurrido otras irregularidades de importancia que quedaran acreditadas (pp. 202 y 203).

Como pienso que muestra la evidencia considerada en el dictamen, tal debilitamiento de la influencia de las declaraciones del Presidente sólo ocurrió respecto de sus primeras declaraciones (de enero y febrero), y no hay nada que muestre o nos haga pensar que influyó con posterioridad. Si además usamos un razonamiento de los mismos magistrados en el sentido de que las declaraciones hechas durante la primera etapa tienen menos influencia, entonces se logró debilitar algunas declaraciones que no fueron las que pudieron poner en mayor riesgo la elección, de forma que es viable sostener, siguiendo las mismas evidencias que hay en el dictamen, que la afectación de las declaraciones del Presidente fue con mayor probabilidad más grave y, por ende, más determinante de lo que los magistrados de la Sala Superior erróneamente concluyeron.

4. EL CRITERIO DE DETERMINANCIA

Luego de haber analizado con cuidado el dictamen de calificación de la elección presidencial, surge la cuestión de si es posible anular una elección presidencial sin que ello dependa de meras apreciaciones no justificadas. En este último punto revisaré la posibilidad de anular la elección presidencial. Sostendré que la aplicación de los criterios de prueba usados por la Sala Superior del TEPJF para probar la “determinancia” se aplicaron de manera incorrecta. Mi propósito principal es llamar la atención sobre la posible anulación de elecciones, que evite arbitrariedad de los juzgadores y la mera apariencia de legalidad.

El sistema electoral contempla la nulidad del voto, la nulidad de una votación y la nulidad de una elección. El Tribunal Electoral ha ido conformando una “doctrina” en materia de anulación y en torno a cuestiones de prueba a través de diversos precedentes y tesis jurisprudenciales:

NULIDAD DE ELECCIÓN. FACTORES CUALITATIVO Y CUANTITATIVO DEL CARÁCTER DETERMINANTE DE LA VIOLACIÓN O IRREGULARIDAD.—Conforme con el criterio reiterado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la anulación de la votación recibida en una casilla o de una elección requiere que la irregularidad o violación en la que se sustente la invalidación tenga el carácter de determinante. De lo dispuesto en los artículos 39, 40, 41, párrafo segundo, fracciones I, párrafo segundo, y II, párrafo primero; 115, párrafo primero, y 116, párrafo cuarto, fracción IV, incisos a) y b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se puede concluir que, por lo general, 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 determinante para el resultado de la votación o de la elección.

Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-221/2003 y acumulados.—Partido Acción Nacional.—29 de octubre de 2003.—Unanimidad de votos en el criterio.—Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez.—Secretario: Juan Carlos Silva Adaya.

Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-488/2003.—Coalición Alianza para Todos.—12 de diciembre de 2003.—Unanimidad de votos.—Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez.—Secretario: Javier Ortiz Flores.

Sala Superior, tesis S3EL 031/2004.

Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, páginas 725-726.

En esta tesis se partió del criterio de preservar los actos válidamente emitidos y salvaguardar la validez de las elecciones realizadas. En casos excepcionales se ha decretado la nulidad de algunas elecciones (Tabasco 2000 y Colima 2003), en razón de que se hubieran acreditado, fehacientemente, diversas violaciones o irregularidades de carácter sustancial o grave, que transgreden los principios o valores constitucionales fundamentales que sustentan toda elección democrática, y que tales irregularidades fueran *determinantes* para el resultado de la elección.⁸

⁸ Me baso en la tesis transcrita y en un trabajo de José de Jesús Orozco Henríquez y Javier Ortiz Flores, “La concepción garantista de la prueba en el derecho electoral mexicano”, en Larry Laudan y Juan Antonio Cruz Parcero (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, IIF-UNAM, en prensa.

70 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

Para el TEPJF, no toda irregularidad o violación (incluso, grave) de la normativa electoral constituye, por sí misma, una “irregularidad invalidante”, es decir, que acarrea una sanción anulatoria con respecto a la elección (o votación) de que se trate, sino sólo cuando haya sido plenamente acreditada y sea determinante para el resultado de la elección.

Lo peculiar del carácter determinante es que la irregularidad o violación afecte decisivamente la elección (o votación), en particular, *que se acredite plenamente* que, de no haber ocurrido las violaciones o irregularidades de que se trate, el resultado de la elección (o votación) hubiera favorecido a un partido político distinto del que resultó triunfador en la elección (o, en su caso, en la casilla), o que las irregularidades sean tales *que generen una duda fundada* (razonable) *sobre el resultado electoral*. Lo anterior debe ser así, ya que por lo general 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, 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).

El aspecto cuantitativo atiende a una cierta magnitud medible, tanto del cúmulo de irregularidades graves o violaciones sustanciales (como sería su intensidad, frecuencia, peso o generalidad, entre otras características) *como del número cierto o calculable racionalmente de los votos emitidos en forma irregular* con motivo de la violación sustancial, a fin de establecer si esa irregularidad grave o violación sustancial definió el resultado de la elección (votación), teniendo como referencia la diferencia entre el primero y segundo lugar.⁹

⁹ Cabría suponer entonces, conforme a este criterio, que entre menor es la diferencia entre el primer y segundo lugar, como en este caso, el número de votos irregulares que pueden afectar una elección ha de ser menor.

Estos dos aspectos del criterio no parecen mal a simple vista, pero lo cierto es que la pasada elección presidencial se puso en evidencia un grave defecto: estos criterios *pueden entrar en conflicto*. Este defecto ya estaba latente en los casos anteriores de anulación de elecciones en Tabasco y Colima, pero su tensión no llegó a ser tan relevante y visible en dichas ocasiones.

Los casos que ponen en entredicho la consistencia de este criterio y que lo vuelven absurdo, son casos como los *spots* del CCE y las declaraciones del Presidente Fox, casos que tienen que ver con el uso ilegal de medios de comunicación masiva. Puede haber otro tipo de casos, pero me limitaré a ver estos ejemplos. De las evidencias a que alude el propio dictamen de la Sala Superior se puede apreciar que hubo una amplia difusión de *spots* ilegales y de declaraciones del presidente. El impacto, desde luego, no se probó, pero las especulaciones de los magistrados sobre cómo se atenuó el impacto que pudieron tener son apreciaciones subjetivas, basadas en prejuicios y llenas de contradicciones. A partir de ahí se llegó a conclusiones como las siguientes:

- a) Sobre los *spots* del CCE se dijo: "...no se tuvieron elementos para establecer de manera objetiva, o al menos de manera probable, que la intención del voto se hubiere afectado con su difusión, en forma preponderante... Además se consideró la inexistencia de elementos para determinar el grado de influencia en los electores..." (p. 288)
- b) Sobre la intervención del presidente Fox, se dijo que constituyeron un riesgo para la validez de los comicios, pero no fueron consideradas *determinantes* porque su influencia fue atenuada y no se probó la concurrencia de otras irregularidades (pp. 202 y 203, el énfasis es mío).
- c) Así se concluía que "el conjunto de ellos (de los hechos irregulares) *no revela una afectación determinante* a los principios fundamentales del proceso electoral, sino irregularidades, algunas de ellas de cierta importancia, que, sin embargo, fueron mermadas o *no se conoce su impacto*. Con esto no se desconoce que en algunos casos, se trató de situaciones de *importancia o de gravedad*, pero debido a las medidas preventivas o correctivas mencionadas pudieron detener sus efectos, en la medida necesaria para impedir que fueran determinantes para afectar la libertad del sufragio" (p. 292, el énfasis es mío).
- d) "...tampoco se puede afirmar que hayan sido actos continuos, reiterados o generalizados que hubieren trascendido en los resultados electorales" (p. 293) (recordemos que en el mes de junio, a pocos días de la fecha de la elección presidencial, dos de los *spots* del CCE se transmitieron 254 veces en los canales 2, 4, 5 y 9 de Televisa).

72 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

Lo que el criterio de determinancia exigía, a juicio de los magistrados, es que se probara cuántos ciudadanos que emitieron su voto fueron influenciados por los *spots* del CCE y por las declaraciones del presidente. Además, que se especificara en qué sentido fueron influenciados.

Visto así, el aspecto cuantitativo del criterio de determinancia resulta absurdo. Lo que nunca se les ocurrió preguntarse es si tal afectación o influencia en los votantes es algo que se puede probar; no se les ocurrió que hay cosas que son imposibles de probar, y si ello es así no puede ser exigido por el derecho ni por el criterio de la determinancia ni por el principio de la carga de la prueba: a lo imposible nadie está obligado; por tanto, nadie puede ofrecer pruebas (racionales) de algo que no puede probarse científicamente.

Si uno entiende la génesis de este criterio, cómo surge y respecto a qué casos, se verá con cierta claridad que las irregularidades en los casos de Tabasco y Colima fueron principalmente problemas surgidos en la jornada electoral y posteriores a ella, problemas que tuvieron que ver con la instalación de casillas, conteos, recuentos, acarreo de votantes, etcétera. Ciertamente, también tuvieron que ver con la inequidad en el uso de medios de comunicación masiva. En el caso de los *spots* del CCE y de las declaraciones del presidente Fox, no se trató de este tipo de casos. La “naturaleza” —el aspecto cualitativo—, de la irregularidad fue muy distinta, se trató básicamente del uso ilegal de medios de comunicación de personas no autorizadas por la ley para participar en actividades proselitistas. En pocas palabras se trató, por un lado, del abuso ilegal del poder del capital privado en los medios de comunicación masiva y, por el otro, del abuso del poder público en contra de un candidato y del apoyo a otro.

El aspecto cuantitativo del criterio se vuelve algo imposible de demostrar en este tipo de casos. Los magistrados mencionan en diversos lugares del dictamen que no se probó la afectación, que no hubo elementos, que no se pudo conocer el impacto. El problema es que en ningún momento se les ocurrió que tal prueba es imposible, es decir, no hay ningún tipo de evidencia que pueda ser conocida de manera objetiva que sea capaz de generar una hipótesis con un grado de probabilidad alto para determinar cuántas personas fueron influidas. ¿Cómo podría saberse, por ejemplo, a cuántas personas influyó la repetición 254 veces de los *spots* del CCE en los canales 2, 4, 5 y 9 de Televisa? Ni siquiera estadísticas sobre *rating* o encuestas pueden arrojar tales elementos de convicción.

Sin embargo, el que esto no pueda ser probado no significa de ningún modo desconocer que la experiencia demuestra que el uso de medios de comunicación masiva (TV y radio) son eficientes para lograr influir en las perso-

nas, a pesar de que no se pueda especificar cuándo y cómo un *spot* concreto influye en un número determinado de personas. Los estudios de mercado pueden conocer de una forma vaga e imprecisa el efecto de la publicidad a través de las ventas reales de un producto, y está probado que el uso electoral de *spots* en medios aumenta la votación que recibe un partido, pero no se puede especificar en qué grado ello ocurre. Existen algunos estudios que apuntan a tratar de explicar cómo los electores cambian sus preferencias electorales debido a los *spots* de campañas. Sin embargo, estos estudios estadísticos sólo arrojan tendencias generales que poco servirían para probar cuántos votos se vieron afectados por este tipo de ilícitos.

Aquí la cuestión que nos ocupa es bien distinta; por una parte, se considera que la ilegalidad es grave porque atenta en contra de los principios constitucionales, pero no puede ser “determinante”; *por definición* no puede serlo, porque por la naturaleza de este tipo de ilegalidad nunca se podrá probar el aspecto cuantitativo del criterio de determinancia. Cualquier elemento de prueba (indicio) que se quiera aportar para probar el aspecto cuantitativo fracasará rotundamente bajo este criterio si exigimos rigor científico de los medios de prueba. Otra cosa sería guiarse por la convicción de los jueces, cosa que nos haría abandonar por completo el modelo garantista y cognoscitivista que algunos de los exmagistrados de la Sala Superior sostuvieron que habían inspirado la labor de este Tribunal.¹⁰ ¿Por qué entonces hacer depender la anulación de una elección presidencial de algo que es imposible de probar?

El argumento en contra de este criterio es epistemológico: no puede ofrecerse evidencia suficiente que, sobre la base de razonamientos sólidos (científicos), demuestre con alguna plausibilidad cuántos votantes se ven afectados y en qué sentido por el uso ilegal de propaganda en medios de comunicación masiva, etcétera. Este cálculo sencillamente no puede hacerse con criterios objetivos. Esto de ninguna forma significa afirmar que el uso ilegal de medios de comunicación masiva no afecta a los votantes, sabemos que así ocurre, pero no es posible una prueba racional con base en los criterios cuantitativos del estándar de la determinancia.

¿Qué hacer entonces? No podemos ignorar que el uso ilegal de medios de comunicación masiva es una irregularidad grave (y como dije, puede haber otras irregularidades similares), pero no podemos exigir que se pruebe cuántos

¹⁰ Remito al trabajo de Santiago Nieto, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, México, UNAM, México, 2003; y al trabajo de José de Jesús Orozco Henríquez y Javier Ortiz, “La concepción garantista de la prueba en el derecho electoral mexicano”, cit.

74 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

votos se ven afectados. Quizá lo mejor que se podría hacer es que se prohibiera tajantemente la contratación de *spots* por parte de los partidos, como se ha hecho ya en la reforma electoral del 2007. Y por lo que hace a la contratación de publicidad por terceros, las sanciones y medidas preventivas deben aplicarse con rigor; el IFE debe tener más facultades para actuar con tiempo y oportunidad para evitar la intervención de terceros en campañas publicitarias. El criterio además tendría que ser riguroso ante la sospecha de algún partido de que algún promocional de un tercero lo afecta.

Y por lo que hace al criterio de la determinancia, la tarea ahora es rescatarlo del absurdo, la reforma de la ley electoral nos abre la posibilidad de hacer correcciones, de revisar los criterios del TEPJF. Creo que por principio se puede admitir que hay dos tipos de casos de irregularidades que ameritan anulación: a) unas que pueden satisfacer el criterio cuantitativo, y b) otras que no pueden hacerlo, por razones epistemológicas. Dentro del primer tipo se encuentran aquellas irregularidades sobre las que en principio puedan calcularse los votos emitidos de forma ilegal. Estos son casos donde el problema consiste en irregularidades respecto de la forma de emitir los votos y su conteo. En estos casos es posible y racional, a través de distintos medios de prueba, conocer los errores en el cómputo de determinadas casillas, si hubo votos de más o de menos, si en la forma de emitirlos se presentaron actos ilegales, etcétera. Todo ello puede en principio poder arrojar una estimación sólida del número de votos irregulares referidos a determinadas casillas o a una elección. En este tipo de casos el criterio cuantitativo de la determinancia es importante, y no es un absurdo. Aunque habría que dejar bien claro que pueden haber formas absurdas de interpretarlo, pero no me puedo ocupar ahora de ello.

En el segundo tipo se encuentran irregularidades o ilícitos respecto de los cuales no se puede hacer un cálculo de votos emitidos irregularmente, pero respecto de los cuales se presume que pueden afectar de manera grave la libertad de elección de los votantes —o algún otro principio constitucional—, ya que se puede considerar, por razones de experiencia, un medio idóneo para ello. Por ejemplo, además de los *spots* (tema que está parcialmente resuelto en la reforma electoral de 2007), subsiste el problema de la intervención de funcionarios públicos y del presidente a favor o en contra de algún candidato, del uso de recursos públicos, el financiamiento ilegal de campañas, la participación de la(s) Iglesia(s), etcétera. Todas éstas son irregularidades que pueden ser graves y que podrían afectar los resultados electorales de manera determinante, pero claro que no bajo el criterio cuantitativo, sino sólo a luz del criterio cualitativo. ¿Cómo decidir entonces estos casos? Yo creo que no se debe descartar la posibilidad de anular una elección cuando se presenten este tipo de irregularidades, pero cuál

deba ser el criterio para anular la elección, creo que es algo sobre lo que vale la pena seguir reflexionando y tratar de encontrar alguna forma razonable. De otra forma el incentivo de usar estos medios está ahí.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Como se mostró anteriormente (en el apartado 4), los magistrados sostuvieron que los criterios para evaluar el peso que tuvieron las declaraciones fueron el contenido, la extensión, la clase y número de medios de comunicación, su difusión, el tiempo y lugar, y el contexto. He mostrado cómo la evaluación de las evidencias (las declaraciones del presidente), de acuerdo con estos criterios, es defectuosa, sobre todo porque omite referirse y evaluar específicamente de acuerdo con estos criterios las declaraciones hechas durante los meses de marzo, abril, mayo y junio. Por lo tanto, deja sin definir el peso que éstas pudieron haber tenido.

Al final del considerando cuarto, los magistrados de la Sala Superior consideraron que no hubo elementos para medir el grado de influencia o el grado de afectación, que no se llegó a conocer su impacto. Pero aquí habrá que decir que, en parte, fue por omisiones de ellos que no se llegó a tal convicción. Yo no estoy aquí afirmando ni negando que hubo una afectación determinante; simplemente a la luz de sus argumentos es notorio que no se llegó a tal conocimiento, por tres causas: a) el haber rechazado la solicitud de allegarse pruebas hechas por la coalición; b) sus omisiones en evaluar la evidencia que había en el expediente, y c) el haber extraído conclusiones erróneas que no se apoyan en las evidencias.

No se entiende además el que los magistrados de la Sala Superior hayan adoptado una actitud pasiva respecto a la investigación de posibles irregularidades, cuando ellos mismos admiten, por ejemplo, que las declaraciones de Fox “se constituyeron en un riesgo para la validez de los comicios... que pudieron haber representado un elemento mayor para considerarlas determinantes para el resultado final...”. Si tales declaraciones fueron un riesgo, y además la valoración de que no fueron determinantes depende de que no se probó su influencia, resulta un caso de negligencia de su parte que siendo los encargados de velar por los principios constitucionales de equidad y de libertad de voto, y habiendo incluso antecedentes de su papel activo en la investigación de presuntas irregularidades en elecciones anteriores, se hayan mantenido pasivos al respecto. Como se observa de sus mismos argumentos, muestran más una intención de minimizar las anomalías y actos ilícitos a la luz de meras

76 — DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LOS EUM

especulaciones, que una intención de determinar a través de pruebas y de una indagación responsable el grado de afectación que de hecho tuvieron.

Por ello, no me resta sino extraer una conclusión a partir del análisis argumentativo del dictamen. Se argumentó muy mal, es decir, no se logró justificar la decisión y se actuó, por decir lo menos, de manera negligente basándose en interpretaciones incorrectas de la constitución y del derecho. Esto contribuye a abonar sobre los muchos problemas políticos que existen en el país. La actuación de la autoridad electoral debe demostrar en todos los casos, pero especialmente en casos tan relevantes, que son capaces no sólo de tomar la última decisión, por difícil que esta sea, sino que son capaces de justificarla, es decir, de ofrecer buenas razones.