

La elección presidencial y los delitos electorales. Una reflexión en perspectiva probatoria *

El hechizo de la palabra seduce, persuade y transforma con tanto poder como la coacción, pero con otra apariencia.

Adelino Cattani

SUMARIO: I. Un repaso sobre la organización de la función electoral. II. La elección presidencial. III. El proceso electoral 2011-2012 para elegir Presidente de la República. IV. Los delitos electorales y los principios constitucionales. V. La perspectiva probatoria.

I. UN REPASO SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LA FUNCIÓN ELECTORAL

Pocos temas pueden resultar tan polémicos y atraer la atención de amplios sectores de la ciudadanía mexicana como el relacionado con la elección del Presidente de México. La figura presidencial ha cobrado en el imaginario social gran relevancia,¹ y su proceso electivo lo ha dejado claro, al menos desde 1988 cuando, merced las reformas institucionales se fortaleció un sistema electoral basado en reales opciones políticas. En tal escenario resultó casi natural el aumento de la conflictiva poselectoral, que llevó a la instauración de mecanismos procesales para el restablecimiento de la legalidad electoral, cuyo elemento más visible fue la consolidación de la justicia electoral, representada hoy día por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El control de la constitucionalidad y legalidad electorales ha recorrido un amplio camino, dado que ha requerido del establecimiento de instituciones de

* Publicado en *Diálogo electoral*, Xalapa, Ver., no. 5, julio-diciembre de 2012, pp. 122-144. También se publicó en *FEPADe Difunde*, México, DF, no. 24, octubre de 2012, pp. 59-74.

¹ Véase David Cienfuegos Salgado, *Régimen jurídico electoral del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Instituto de Estudios Parlamentarios "Eduardo Neri", El Colegio de Guerrero, 2012, pp. 13 y ss.

disímbola naturaleza. En el ámbito federal, la generación de reglas y el reconocimiento de principios en la materia electoral, fue acompañada del establecimiento de órganos del poder público con características variables, que oscilaban de la autonomía constitucional a la relevancia constitucional o a su adscripción a alguno de los tradicionales *poderes*. Así, a partir de la década de los noventa se tuvo al Instituto Federal Electoral (IFE), la Fiscalía Especializada en la Atención de los Delitos Electorales (FEPADE) y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), cuyas atribuciones se correspondían con funciones administrativas, jurisdiccionales y de persecución de los delitos.²

El diseño institucional y organizacional de la función electoral fue perfeccionándose a través de repetidas reformas constitucionales y legales, que aunque, en su momento, eran consideradas como definitivas, fueron puestas a prueba en cada proceso electoral y terminaron por hacer evidente lo vaticinado por algunos teóricos al inicio de los noventa: el derecho electoral estaba llamado a ser una de las disciplinas jurídicas más dinámicas del derecho público mexicano.

De las atribuciones señaladas a los órganos del poder público, destacamos las que corresponden al órgano de justicia electoral, dado la relevancia que adquieren cuando se les relaciona con la resolución de la conflictiva electoral antes, durante y después del proceso electoral y, especialmente, con calificación de la elección presidencial. Esta justicia electoral de nuevo perfil, se convierte en el centro de la atención luego de la jornada electoral, dado que su atribución última es la declaración de Presidente electo.

Es precisamente esta relevancia la que permite que podamos vincularla con las exigencias implícitas en el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la materia electoral, y que entre otros mecanismos protectores cuenta con una serie de normas prohibitivas, tanto en el plano administrativo como penal. Sin embargo, solo adelantamos esta reflexión para hacer el análisis en páginas posteriores.

Puede afirmarse que la justicia electoral en México ha ido consolidándose con la creación de los órganos electorales de naturaleza permanente y autónoma, y con la instauración de mecanismos procesales que han posibilitado la resolución jurídica definitiva de conflictos derivados de los resultados electorales en cada uno de los diversos procesos electivos que se desarrollan en los ámbitos federal y locales. En tal sentido, tratándose de la materia electoral, en sede jurisdiccional las máximas autoridades son la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), encargada del control abstracto de la constitucionalidad, y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

² Resulta interesante el diseño de los órganos electorales en Chiapas, donde además de los mencionados órganos, se ha incluido una Comisión de Fiscalización Electoral.

con un modelo dual de control concreto de la constitucionalidad y legalidad electorales.

Dada la naturaleza fáctica de los procesos electorales, es el Tribunal Electoral, a través de las salas que lo integran, quien tiene la última palabra acerca de los conflictos que son sometidos oportuna y eficazmente a su conocimiento.

La conflictiva electoral se ha hecho evidente por el crecimiento exponencial de las resoluciones dictadas por las Salas del TEPJF. Asimismo, la creciente tecnicidad de la materia electoral encuentra reflejo en los criterios que forman la jurisprudencia electoral, de alcance obligatorio para las autoridades electorales mexicanas, en los grados que indica la ley que organiza al Poder Judicial de la Federación.

Pareciera de lo hasta aquí narrado que la materia electoral, dado el diseño institucional que presenta, no genera mayores problemas para los operadores jurídicos que las que corresponden a las áreas tradicionales de la judicatura una vez que se dicta la resolución que pone fin a los procesos. Sin embargo, este aserto debe matizarse por el hecho de que la solución jurídica definitiva no necesariamente genera consensos, y en ocasiones no es pacíficamente aceptada, pues la especial naturaleza de los asuntos que comprende genera una percepción y una predisposición que supera la posibilidad de convencimiento que se espera de las sentencias de los demás jueces. Para entender esto debe señalarse que a los intereses particulares que pueden encontrarse vinculados en la resolución judicial “normal”, en el caso de la resolución judicial electoral, encontramos presentes elementos adicionales que suscitan adhesión o rechazo a la misma por estar implicados elementos de naturaleza política, que rebasan el ámbito de lo particular para ubicarse en el ámbito de lo colectivo y que termina por encontrar similitudes con el fenómeno identitario en lo religioso o deportivo, por citar dos ejemplos.

De manera adicional, la naturaleza del TEPJF como órgano de control de legalidad y de constitucionalidad lleva a concluir que los jueces electorales tienen un papel diferenciado en el orden jurídico nacional, al atribuírseles el carácter de jueces de control de la constitucionalidad, cuyo ejercicio supone atribuciones mayores de las que corresponden a la judicatura en general.

Este es el escenario que corresponde a la labor del Tribunal Electoral en su papel de garante de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones de actores políticos, autoridades electorales y participantes en la contienda electoral para elegir Presidente de la República.

En otro extremo se sitúa la labor de los órganos de persecución de los delitos electorales, éstos claramente tipificados tanto en el código penal federal como en los de las entidades federativas. En el caso, el cumplimiento de las labores que corresponden a la FEPADE se sitúan en un marco legal diferenciado, toda vez que solo como referente se considera el *Código Federal de Instituciones*

y *Procedimientos Electorales* (COFIPE) y se rigen por las legislaciones orgánicas de las respectivas procuradurías del país, así como acuerdos específicos.

Ambos ejercicios de potestades estatales comparten una importante característica: tanto en la justicia electoral como en el proceso penal electoral, se deben recurrir a elementos probatorios que generen la convicción sobre la pretensión en un caso y sobre la probable responsabilidad en el otro. Tales elementos de convicción son un punto sumamente relevante, por cuanto compaginan el tema de la democracia con el Estado de Derecho.

A continuación, nos referiremos a algunos aspectos puntuales de la elección presidencial de 2012 y los delitos electorales, antes de hacer un comentario desde la perspectiva probatoria.

II. LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL

Como es fácil adivinar, la elección presidencial es uno de los procesos más importantes del sistema político mexicano. Lo anterior, por el hecho de que la figura ejecutiva se ha caracterizado, en el diseño institucional, por una alta concentración de poder, al menos respecto del resto de los órganos del poder público, lo cual explica la trascendencia de su relevo. Como afirma el profesor Faya Viesca: “En México, históricamente, el Presidente de la República *siempre* ha sido la figura más importante y *decisiva* en la política nacional. Independientemente de los Poderes que le otorga la Constitución, el cargo de Presidente, las conquistas históricas y las circunstancias sociales le atribuyen otros Poderes más: al Presidente se le contempla como al líder moral de la nación; de él se espera el establecimiento del orden público, el respeto de las instituciones del Estado, y claridad y firmeza en las políticas nacionales. [...] la población le exige el cuidado de sus bienes y valores más queridos: su seguridad personal, un orden social justo, el fomento y respeto de sus libertades y el disfrute de favorables condiciones materiales para una existencia decorosa”.³

Las reglas de la elección presidencial se encuentran tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en el COFIPE y algunos artículos de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME), ello sin contar los acuerdos que pueden dictarse por las autoridades electorales, principalmente la administrativa.

³ *Ibidem*, pp. ix-x.

III. EL PROCESO ELECTORAL 2011-2012 PARA ELEGIR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

En octubre de 2011 inició el proceso para elegir a quien habría de ocupar la titularidad del Ejecutivo federal del 1° de diciembre de 2012 al 30 de noviembre de 2018. Luego de los correspondientes ejercicios internos en los partidos políticos que contendieron en las elecciones se registraron cuatro candidatos que representaban cuatro opciones políticas, a saber el Partido Acción Nacional (Josefina Vázquez Mota), la coalición Compromiso por México (Enrique Peña Nieto),⁴ la coalición Movimiento Progresista (Andrés Manuel López Obrador)⁵ y el Partido Nueva Alianza (Gabriel Cuadri de la Torre).

De manera previa a la jornada electoral, la Sala Superior del TEPJF, en sesión privada de 25 de junio de 2012, determinó por unanimidad de votos, designar a los magistrados Constanancio Carrasco Daza, Flavio Galván Rivera y Salvador Olimpo Nava Gomar, como integrantes de la Comisión encargada de elaborar el proyecto de resolución sobre la calificación jurisdiccional y, en su caso, declaración de validez de la elección y de Presidente Electo de los Estados Unidos Mexicanos (conocida como Comisión instructora).

El primero de julio de 2012 se llevó a cabo la jornada electoral. El cuatro siguiente se dio inicio a los cómputos distritales y el ocho de julio el Secretario Ejecutivo del IFE presentó un informe al Consejo General del IFE sobre los resultados. A partir de estos eventos, los partidos políticos estuvieron en aptitud de impugnar los resultados de los cómputos o la elección en conjunto.

El 25 de julio, la Sala Superior del TEPJF desechó los primeros siete medios de impugnación relacionados con la elección presidencial por improcedentes, debido a la falta de legitimidad de los promoventes, por ausencia de firma autógrafa, y por el uso de una instancia jurídica distinta a la reconocida por la Ley. Una semana después, los magistrados del Tribunal declararon improcedente la excitativa de justicia que le formuló el Movimiento Progresista, para que ordenara al IFE un proceso extraordinario de fiscalización.

El 3 de agosto, la Sala Superior del TEPJF ordenó el recuento de mil 125 casillas, lo que ocurrió cinco días después en las instalaciones del propio Tribunal, así como en otras sedes. En sesión del 15 de agosto, los magistrados de la Sala Superior rechazaron la solicitud de Andrés Manuel López Obrador de participar como coadyuvante en el juicio de inconformidad contra la elección presidencial, debido a que esa petición se presentó de manera extemporánea casi un mes después de la fecha límite establecida legalmente.

El 24 de agosto, el máximo Tribunal Electoral del país resolvió 349 recursos de impugnación contra el cómputo distrital, confirmando las cifras

⁴ Integrada por los partidos Revolucionario Institucional y Verde Ecologista de México.

⁵ Integrada por los partidos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Movimiento Ciudadano.

oficiales, salvo un ajuste que se hizo por la anulación de 524 de las 143 mil 400 casillas instaladas.

Para concluir la revisión en sede jurisdiccional del proceso electoral, el 30 de agosto se resolvió el juicio promovido por la Coalición "Movimiento Progresista", a fin de controvertir la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, "*POR LA NULIDAD DE LA ELECCIÓN [...], SOLICITANDO LA DECLARACIÓN DE NO VALIDEZ [...] POR VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE ELECCIONES AUTÉNTICAS Y SUFRAGIO LIBRE Y POR LA CANCELACIÓN DEL REGISTRO DE CANDIDATO AL C. ENRIQUE PEÑA NIETO POR REBASE DE TOPES DE CAMPAÑA*".⁶ Con dicha resolución se resolvía el conjunto de de medios de impugnación que permitían al TEPJF proceder a la calificación de la elección presidencial y estar en aptitud de, como fue el caso, de emitir la declaración de validez de la elección y de Presidente Electo de los Estados Unidos Mexicanos.

La prensa hizo eco de la insatisfacción que dejó la resolución en un amplio sector de la población. Cabe mencionar que la insatisfacción se refería más a la decisión que a los argumentos que la fundaban. Y se atacaba más a los juzgadores que a las resoluciones en sí mismas.

IV. LOS DELITOS ELECTORALES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

El tema de los delitos electorales está vinculado con valores que la sociedad considera dignos de ser protegidos; tales valores en el caso particular son aquellos que buscan lograr que el voto cumpla con las características que impone un modelo democrático. En tal sentido, la exigencia se vincularía con el cumplimiento de los valores característicos del modelo democrático. Nuestro marco jurídico además incluye una serie de valores que deben considerarse, que buscan evitar el fraude electoral.⁷

Es esta premisa la que llevó al reconocimiento de la necesidad de tipificar ciertas conductas como delitos. Antes de tal proceso, relativamente reciente, debe mencionarse que las voces en torno al derecho electoral muestran que existía un desencanto por la proclividad de que lo político tendiera al fraude. Emilio Rabasa habría de señalar en 1921, "no sé si existe un libro que tenga por tema los sistemas electorales al través de la Historia. Si existe, debe de tener más

⁶ Todas las resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, vinculadas con la elección presidencial pueden consultarse en la página Web institucional: <http://www.te.gob.mx>

⁷ Véase David Cienfuegos Salgado y Erika Muñoz Flores, "Régimen de los delitos electorales en México", en Manuel González Oropeza, coord., *Derecho electoral*, México, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 225-267.

de curioso que de instructivo, y ha de interesar más por histórico que como útil para los estudios constitucionales; pero en todo caso, debe ser revelador de lo que el ingenio y la codicia juntos son capaces de inventar en punto de triquiñuelas y raterías”.⁸ Antes de él, en la tribuna parlamentaria, el diputado Querido Moheno, en sesión del 11 de octubre de 1911, cuando se discutía la Ley Electoral del mismo año, señalaba: “Un parlamentario español eminente, Azcárate, ha dicho alguna vez que España es la primera nación de Europa en materia de fraudes electorales; y yo estoy seguro, señores, de que esa nación, la primera en materia de fraudes electorales, tendría mucho que aprender del más ignorante de nuestros jefes políticos en achaques de estos fraudes”.

Y si revisamos la legislación electoral posrevolucionaria, encontraríamos ejemplos de las previsiones que el legislador tuvo para sancionar diversas conductas que hoy día cuestionaríamos si se les debía o no considerar delitos, faltas, infracciones o algún otro ilícito en materia comicial.⁹

Los delitos electorales son una especie novedosa en el conjunto de los delitos. Es apenas en la década de los noventas que se incorporan en el ordenamiento penal mexicano los denominados genéricamente *delitos electorales*, que engloban múltiples conductas y que han ido creciendo en importancia conforme el modelo político electoral mexicano ha ido consolidándose, a lo que habrá que aúna el aumento de previsiones normativas derivado de la reforma constitucional en materia electoral de noviembre de 2007.

Según Francisco Carrara, el delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un hecho

⁸ Emilio Rabasa, “Una invención electoral”, en *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, México, DF, nos. 1-2, julio-agosto 1921. Se reprodujo en *Antología de Emilio Rabasa*, México, Oasis, 1969, t. II, p. 228-230.

⁹ Tal es el caso, por citar un ejemplo, de la *Ley Electoral del Municipio Libre del Estado de Veracruz-Llave*, de noviembre de 1917, cuyos artículos 43 a 47 señalaban: Artículo 43. Se castigará con la pena de uno a dos años de prisión, a los responsables de fraude en las elecciones municipales, y con el duplo de esta pena, si fueren funcionarios públicos o en ejercicio de funciones electorales. // Artículo 44. Se castigará con arresto mayor a los miembros del Ayuntamiento que, sin causa justificada, dejaren de cumplir las obligaciones que les señala esta Ley, en lo relativo a elecciones; y con arresto menor a los Agentes Municipales, Jefes de Manzana, empadronadores y demás empleados y encargados de los trabajos preparatorios. // Artículo 45. Serán castigados con dos meses de arresto y con multa de cien a quinientos pesos, los ciudadanos designados para integrar las casillas electorales, que habiendo sido notificados oportunamente, no asistan el día de la elección, se excusen o ausenten del lugar, o de cualquier otro modo eludan u omitan el cumplimiento de la obligación que les impone esta Ley. Igual pena se aplicará a los Presidentes de las casillas que no concurran a la Junta Computadora. // Artículo 46. Los electores empadronados que, sin causa justificada, no concurran personalmente a la casilla electoral a cumplir la obligación del voto, serán castigados por el Presidente Municipal, con arresto de treinta y seis horas o multa hasta de cincuenta pesos, sin perjuicio de lo ordenado en el inciso I del artículo 38 de la Constitución General. // Artículo 47. Todos los delitos y faltas no previstos en esta Ley, se castigarán conforme a lo dispuesto en el Código Penal. Es Juez competente para conocer de tales casos, el de primera Instancia del Distrito Judicial a que corresponda el Municipio.

externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. El *Código Penal Federal* establece en su artículo 7 que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Tratándose de la definición de los delitos electorales, Francisco Fernández Segado, señala que son “aquellas acciones u omisiones que, de una u otra forma, atentan contra los principios de objetividad, transparencia, igualdad y libertad, que han de regir un sistema electoral democrático”.¹⁰ Evidentemente los conceptos que maneja el profesor español atienden a una visión distinta de la que existe en el caso mexicano, pues habrá que recordar que los principios que reconoce el artículo 41 constitucional son cuantitativamente mayores que aquellos a que se refiere el citado autor. *Sistema electoral democrático* es un concepto que da margen para el desarrollo de una idea más compleja de lo penal electoral, por lo que únicamente dejaremos apuntado el litigio doctrinal acerca de dicho concepto.¹¹ Lo que si debe aclararse es que la referida definición debe completarse con la idea misma del Derecho Penal: acción u omisión sancionada (castigada) por el orden jurídico.

Osorio y Nieto señala que los delitos electorales “son las acciones y omisiones que atentan contra el sufragio efectivo, previstas y sancionadas en las leyes penales... Los delitos electorales atentan contra el secreto, la universalidad, la individualidad, la libertad y honestidad del sufragio, o sea contra la libre expresión de la voluntad ciudadana individual, en materia política”.¹² Por su parte, Barreiro Perera señala que debe entenderse por delito electoral el acto que transgrede una norma electoral y por tanto debe ser y es susceptible de ser sancionado con la imposición de una pena.¹³

Cuando se habla de delitos electorales, debe tenerse presente que es un concepto aun amplio, que engloba una diversidad de conductas. Al efecto, debe señalarse que Dosamantes Terán, siguiendo el desarrollo legislativo penal -título

¹⁰ Voz “Delitos electorales”, en *Diccionario electoral*, 3ª ed., México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, TEPJF, 2003, p. 334.

¹¹ La definición que goza de mayor aceptación se refiere al concepto sistemas electorales como los mecanismos que permiten traducir los votos emitidos en unas elecciones generales en escaños ganados por partidos y candidatos. Véase *Manual para el diseño de sistemas electorales de IDEA Internacional*, México: IDEA Internacional, IFE, TEPJF, 2000, p. 5. Otros autores señalan que en la expresión “sistema electoral” se encuentra sinonimia con conceptos como derecho electoral, régimen electoral y ley electoral, y que en el caso latinoamericano, sistema electoral se utiliza en un sentido amplio, análogo al de régimen electoral. Para Dieter Nohlen, sistema electoral, en sentido restringido y científicamente estricto, “se refiere al principio de representación que subyace al procedimiento técnico de la elección, y al procedimiento mismo, por medio del cual los electores expresan su voluntad política en votos que a su vez se convierte en escaños o poder público”. Véase voz “Sistemas electorales”, *Diccionario electoral*, op. cit., p. 1158.

¹² Osorio y Nieto, César Augusto, *La averiguación previa*, 10ª ed., México: Porrúa, 1999, p. 417.

¹³ Barreira Perera, Francisco Javier, “Derecho penal electoral”, *Revista mexicana de justicia* (PGR), México, DF, no. 3, 2002, p. 137.

vigésimo cuarto, capítulo único del Código Penal Federal-, distingue al menos ocho clases de delitos electorales, atendiendo entre otros elementos al sujeto activo de los mismos:¹⁴

1. Delitos de ciudadanos, es decir, los que pueden ser cometidos por cualquier persona.
2. Delitos de ministros de culto religioso.
3. Delitos de funcionarios electorales.
4. Delitos de funcionarios partidistas y candidatos.
5. Delitos de servidores públicos.
6. Delitos de diputados y senadores.¹⁵
7. Delitos en materia de Registro Nacional de Ciudadanos, y su variante cuando son cometidos por extranjeros.
8. Delitos en materia de Registro Federal de Electores.

Por último debe señalarse que a diferencia de los delitos que podríamos considerar “clásicos” por cuanto existe una denominación consensada: homicidio, lesiones, abuso de confianza o robo, encontramos que algunas categorías no han sido denominadas de manera unánime, por lo cual encontramos variaciones en los códigos punitivos. Este es el caso de los que aquí denominamos delitos electorales que han sido nombrados como: Atentados al sistema de elección popular o al sistema de votación, delitos en materia electoral, delitos contra la libertad electoral, delitos contra las instituciones electorales, delitos cometidos en materia electoral, por citar algunos rubros de los códigos penales locales y extranjeros.

Un aspecto a resaltar es que tratándose de los delitos electorales, e incluso del contenido de los aquí llamados principios del modelo constitucional, es que en ambas configuraciones se encuentran imprecisiones conceptuales. Esto significa que los conceptos implicados están en ocasiones afectados de ambigüedad y vaguedad, lo que propicia que por un lado generen confusión porque el supuesto hecho ilícito no encuentra una adecuación clara en el tipo delictivo y, por otro, como consecuencia, resultan materialmente imposibles de acreditar,¹⁶ dada la dificultad probatoria que presentan, como veremos a continuación.

¹⁴ Dosamantes Terán, Jesús Alfredo, *Diccionario de derecho electoral*, 2ª ed., México: Porrúa, 2004, p. 92.

¹⁵ Habrá que convenir en que, en estricto sentido, quienes quedan incluidos en este tipo no tienen aún la calidad de diputados o de senadores, sino simplemente de diputados electos o de senadores electos, pero aún no han iniciado el desempeño del cargo. Véase artículo 408 del Código Penal Federal.

¹⁶ Una muestra de esto son los términos “documentos públicos electorales” o “dádiva”, referidos en el capítulo de Delitos Electorales y en Materia de Registro Nacional de Ciudadanos del Código Penal Federal, los cuales son conceptos tan generales que generan incertidumbre jurídica tanto para la

No pasa desapercibido que la importancia de regular de manera adecuada y eficaz los delitos electorales entraña una circunstancia coyuntural que impacta en la legitimidad y confianza en el Estado, pues las prácticas delictivas que atentan en contra de los principios rectores en materia electoral o principios del modelo democrático terminan debilitando los fundamentos del sistema (al que hemos dado en calificar como democrático), de ahí la trascendencia de realizar un análisis minucioso sobre las posibles alternativas que permitan una regulación eficaz, certera y de carácter inhibitorio, pero sobre todo en lograr que efectivamente puedan ser demostradas cuando se hagan las imputaciones respectivas.

V. LA PERSPECTIVA PROBATORIA

Quizá en pocas áreas procesales el tema de la prueba se revela tan importante como en la materia electoral y de participación ciudadana. En efecto, la demostración de lo afirmado en los medios de impugnación, así como en la comisión de los delitos electorales, es sumamente complicado, en primer término debido a los plazos tan cortos de impugnación y en segundo lugar a la naturaleza de los hechos a que se refieren. De ahí que un análisis puntual permitiría advertir que el de prueba es un problema recurrente y complejo en la materia electoral y que el correcto tratamiento de las pruebas puede llevar al éxito del medio de impugnación.

Por cuanto hace a los hechos acerca de los que se afirma y pretenden demostrar, entran en juego una serie de cuestionamientos que parten desde ¿qué es la prueba? Para llegar a ¿qué es lo que se prueba?, ¿para qué se prueba?, ¿quién debe probar?, ¿con qué se prueba? y ¿cómo se prueba? Aquí se advierte que el concepto de prueba es hoy mucho más complejo que aquel manejado por la Partida Tercera donde prueba era el *averiguamiento que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa*.

Tratándose de la prueba, debe partirse desde una perspectiva procesal en la cual se coincide en que lo que se prueba no son hechos, lo que se prueba son las afirmaciones realizadas por las partes (generalmente conocidos como actor y demandado, o, según el ámbito, denunciante y denunciado), en torno a situaciones de hecho y, en algunas ocasiones, de derecho, que fundan una pretensión en particular.

Esto es sumamente importante, puesto que en los medios de impugnación la demostración que se pretende alcanzar tiene que ver con lo afirmado por las partes, mismas que buscan ofrecer al juzgador elementos que

generen convicción sobre la probabilidad de que lo afirmado (el hecho) acació como se afirma, pues tales afirmaciones fundan una pretensión, son el sustento de aquello que se pide al juzgador.

El diccionario de la Real Academia Española (DRAE) reconoce diversas acepciones al sustantivo *hecho*, entre ellas “acción u obra”, “cosa que sucede” y “asunto o materia de que se trata”. Aunque esta connotación gramatical y común del concepto *hecho* nos ofrece ya algunas luces sobre la forma en que se puede utilizar en el ámbito del derecho, debe mencionarse que de acuerdo con diversos autores, el sentido jurídico del concepto alude a “todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura”.¹⁷ Con esta noción de hecho, puede insistirse que en materia procesal lo que se demuestra no es el hecho en sí, sino las afirmaciones que se hacen sobre hechos.

Este es el punto relevante para la reflexión propuesta. El conocimiento de la materia probatoria es muy importante en el ámbito electoral, toda vez que su adecuado manejo genera (o no) las posibilidades de éxito de las impugnaciones o acusaciones que se realicen.

En la discusión pública realizada en torno a la resolución del SUP-JDC-359/2012, el aserto recurrente por los magistrados electorales es que no se había demostrado lo afirmado por la parte impugnante. La sentencia va desmenuzando tanto las afirmaciones como las pruebas ofrecidas a efecto de demostrarlas. Esta relación es indispensable para entender cualquier sentencia o resolución. Los jueces lo que hacen es identificar las afirmaciones de hecho en las que se sustentan las pretensiones y a continuación determinar si lo demostrado en el juicio conduce a generar la convicción de que en efecto sucedió lo afirmado, a efecto de otorgar lo solicitado por el impugnante.

Siempre señalo mi primer encuentro con la materia probatoria, en 2005, estando como secretario auxiliar en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la ponencia del magistrado Mauro Miguel Reyes Zapata. Dada la magnitud de uno de los tantos asuntos a resolver, el equipo completo se involucró en el estudio de los motivos de inconformidad y sus probanzas; se trataba de la elección de gobernador del Estado de México. Para mí era algo nuevo, que resultaba sumamente complejo entender, especialmente cuando se realizaba la denominada valoración probatoria. Seguramente hubiera renunciado en la segunda noche de desvelo, a no ser porque, afortunadamente, recibí lecciones sumarísimas de secretarios más avezados. Aquella experiencia y las no pocas horas que he pasado al lado de abogados, académicos y funcionarios judiciales, me dejan en claro que uno de los grandes temas pendientes de estudio en el derecho mexicano, como ya lo han

¹⁷ Víctor de Santo, *Diccionario de derecho procesal*, Buenos Aires, Argentina: Universidad, 1995, p. 159.

advertido tratadistas y tribunales, es el de la prueba, el del derecho probatorio.¹⁸ Quienes transitan por los pasillos de los tribunales y juzgados saben de qué hablo cuando afirmo que una importante mayoría de los asuntos “se pierden” por una cuestión de prueba.

De esto resulta la importancia de la prueba, pues su función es ante todo la de hacer patente que los hechos que apoyan las pretensiones ante los órganos judiciales son ciertos, y a tal tenor los juzgadores deben optar entre los elementos probatorios que, presentes en el expediente, dan cuenta de ello. Expresado en menos palabras: la función propia y exclusiva de la prueba es ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que pueda definirse como verdadera y que sirve de sustento a la decisión que se adoptará.

Como lo señalé en otro lugar, y quizá siga resultando paradójico decirlo, considero que el tema de la prueba tiene un alcance mucho más importante que el que se le ha reconocido. Su trascendencia no se limita al ámbito procesal. En el nuevo paradigma del derecho, cuando hablamos de un diseño institucional que en el plano jurisdiccional incluye a los tribunales constitucionales, como lo es el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, nos percatamos que en esta nueva sede la prueba está llamada a construir, además de la legitimidad del órgano que decide, la credibilidad del poder público. No en balde la prueba gira en torno a lo que, en primer lugar el poder público y luego la sociedad, ha de considerar como verdad. Y este papel si bien queda en los márgenes de acción del judicial termina abarcando a todos los demás órganos.

Si se piensa, al menos desde la doctrina europea contemporánea, dócilmente aceptada en nuestro país, que han sido desplazados los márgenes de legitimidad del legislativo y del ejecutivo, merced a factores de corte político-electoral, es el judicial quien carga sobre sus espaldas con la credibilidad del marco jurídico-político del Estado. Lo cual resulta avasallador en una sociedad ayuna de lo que cree es justicia. Y si bien el tema de la prueba no es tan patente como el de la argumentación,¹⁹ la necesidad de resolver los asuntos en concordancia con el mandato constitucional lleva a replantear el tema probatorio en el marco de la actuación de nuestros jueces, a caballo entre el paradigma tradicional y los nuevos aires del constitucionalismo moderno. Al juez electoral mexicano, se le puede cuestionar ese dualismo, presente en la tensión entre el control de legalidad, de constitucionalidad y de convencionalidad, resultante de

¹⁸ Véase Carlos Báez Silva y David Cienfuegos Salgado, *La prueba en el derecho electoral mexicano*, México, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2012.

¹⁹ Sobre el tema de la labor hermenéutica y argumentativa en los tribunales mexicanos, remito a la obra colectiva: Carlos Báez Silva y otros, coords., *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*, México, Porrúa, 2009. Así como a las reflexiones vertidas en Carlos Báez Silva y otros, coords., *Estudios sobre interpretación y argumentación jurídicas*, México, Editora Laguna, Universidad Veracruzana, CEDEM-UNACH y otros, 2009.

las modificaciones constitucionales y el criterio de la SCJN luego de la sentencia Radilla Pacheco dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las facultades del nuevo juez para allegarse de elementos que hagan plausibles las afirmaciones de las partes se convierten en elemento fundamental del ideal deseable en las nuevas jurisdicciones constitucionales. Habrá que esperar las soluciones legislativas y las críticas doctrinales, para advertir los alcances que tuvo la resolución dictada por el TEPJF en la elección presidencial de 2012. El debate es bienvenido para generar una opinión pública informada.

Al final, me quedo con la expresión de un magistrado electoral, que en alguna ocasión me dijo: “Una vez se acercó alguien a decirme que la mitad de los ciudadanos del estado X, no estaba de acuerdo con la resolución. Le contesté que si la resolución hubiera sido en sentido contrario, entonces sería la otra mitad la que no estaría de acuerdo”. Lo jurisdiccional tiene esa paradoja, que desde la argumentación se ha explicado tan bien: pareciera que al que gana no le interesan las razones de la sentencia, al que pierde... tampoco.

Así, el ciudadano que asiste a la función controladora esperanzado y queda “desilusionado” cuando se declara improcedente el mecanismo controlador, no recurre a la resolución para preguntarse porque no hubo suficientes elementos que hicieran fehaciente lo que para él, el juzgador silencioso y sin mecanismos de acción, resulta evidente. El ciudadano duda entonces; deja de creer, y al perder credibilidad, el sistema se revela obsoleto y poco digno de confianza. El ciudadano se aleja poco a poco de las instituciones.

Aunque quizá no venga mucho al caso habrá que mencionar que en los tiempos que corren, de lo que Vargas Llosa ha dado en llamar “civilización del espectáculo”, lo que vemos se ajusta a la idea de que la prueba parece haber sido desplazada del escenario social y se reduce a ámbitos como el judicial. Hecho que de ser cierto habría de resultar, como lo mencionamos antes, paradójico ante la pérdida (generalizada) de credibilidad de las instituciones y el desplazamiento, en plena era de la información, de la “credibilidad” hacia espacios de naturaleza mediática. Esta situación hace que venga tan a modo el epígrafe inicial: el hechizo de la palabra termina seduciendo y persuadiendo más que las razones presentes en la sentencia. Cuando el reto es convencer o es demostrar, nos encontramos con no pocos casos donde se prefiere la creencia a la ciencia, conceptos que hay que distinguir,²⁰ especialmente en la labor jurisdiccional, donde la exigencia de certeza alcanza altas cotas, puesto que el juzgador pretende convencer (y en ocasiones convencerse) de la suficiencia de las razones que fundan su decisión.

²⁰ Ya Rolando Tamayo y Salmorán se ha ocupado de este problema en *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 2003. Especialmente al inicio, en las páginas 15-17.

Así, la sentencia es ese espacio donde debemos empezar el diálogo y el disenso que permita reflexionar sobre la labor del juzgador a partir del análisis de las razones y no solo de las “convicciones” personales. Esa debe ser una de las enseñanzas de este proceso electoral para los ciudadanos y para los actores políticos: para juzgar en la arena pública hay que recurrir a la demanda, a las pruebas, a la sentencia...