

## CAPÍTULO IV

### LA RESOLUCIÓN EN EL JUICIO DE INCONFORMIDAD 359/2012

#### I. DESCRIPCIÓN DE LOS CONTENIDOS DE LA RESOLUCIÓN

La abultada resolución de 1 346 páginas más cinco anexos que emitió la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el expediente SUP-JIN 359/2012, el 30 de agosto de 2012, se divide formalmente, como cualquier otra resolución judicial, en antecedentes, considerandos y resolutivos.<sup>84</sup> En los antecedentes se menciona que para la instrucción del caso se integró una comisión instructora, la cual estaba conformada por los magistrados Constancio Carrasco Daza, Flavio Galván Rivera y Salvador Olimpo Nava Gomar; se informa de una resolución previa sobre una excitativa de justicia que había promovido la coalición “Movimiento Progresista”; se da noticia del tratamiento que tuvo el escrito de coadyuvancia promovido por Andrés Manuel López Obrador, así como de los escritos de ciudadanos que se adhirieron al juicio de inconformidad de la coalición “Movimiento Progresista”; se informa sobre las pruebas supervenientes

<sup>84</sup> El 31 de agosto de 2012 la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió, con posterioridad a esta resolución, el dictamen sobre el cómputo final, la declaración de validez del proceso electoral y la declaratoria de presidente electo a favor de Enrique Peña Nieto. Ese dictamen es el que pone fin al proceso electoral de 2012, en los términos del artículo 99, fracción II, párrafo tercero, de la carta magna, y del artículo 210 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

de la parte actora y de los alegatos correspondientes, y se exponen los requerimientos que el Tribunal Electoral hizo a otras autoridades para allegarse de elementos de convicción. Adicionalmente, en los antecedentes se comenta el destino de los escritos y de las resoluciones incidentales de los terceros interesados.

En los considerandos se confirma la competencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para conocer del juicio de inconformidad, así como la procedencia del medio de impugnación. Antes de entrar al estudio de fondo de los agravios esgrimidos por la coalición “Movimiento Progresista”, así como del informe circunstanciado de la autoridad electoral federal y del escrito presentado por el tercero interesado coalición “Compromiso por México”, se realizarán diversos estudios previos, que son determinantes en el estudio del fallo. Estos estudios se denominan: “Consideraciones generales sobre la pretensión de nulidad de la elección presidencial por violación a los principios constitucionales”; “Consideraciones generales sobre carga y estándar de prueba”; “Consideraciones generales sobre la violación a la libertad del sufragio por compra o coacción del voto”, y “Consideraciones generales sobre los alcances de la libertad de expresión en una sociedad democrática”. En cuanto al estudio de los agravios, la resolución para efectos de análisis los divide en ocho y agrega un capítulo de conclusiones generales: 1) adquisición encubierta en radio y televisión, y medios impresos; 2) uso indebido de encuestas como propaganda electoral; 3) financiamiento encubierto por conducto de Banco Monex, S. A.; 4) conceptos de agravio relacionados con tiendas Soriana; 5) gastos excesivos en campaña electoral y aportaciones de empresas mexicanas de carácter mercantil; 6) intervención de gobiernos (federal y locales); 7) compra y coacción del voto antes, durante y después de la jornada electoral; 8) irregularidades ocurridas durante los cómputos distritales, y 9) conclusiones generales.

En los puntos resolutivos de la resolución se estiman infundados los planteamientos de nulidad de la elección presidencial expuestos por la coalición “Movimiento Progresista”.

## II. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES

De los antecedentes resulta pertinente describir y estudiar al menos tres asuntos, porque inciden en el fondo del asunto: 1) la resolución incidental sobre la solicitud de excitativa de justicia; 2) la resolución incidental sobre el escrito de coadyuvante y sobre la comparecencia de los ciudadanos, y 3) los requerimientos a distintas autoridades.

La excitativa de justicia que promovió la coalición “Movimiento Progresista”, el 23 de julio de 2012, tenía por finalidad que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación determinara lo conducente en torno a los procedimientos derivados de quejas ordinarias, especiales y, principalmente, de fiscalización que se encontraban en desahogo en el IFE y que tuvieran relación con la nulidad de la elección presidencial. A la coalición “Movimiento Progresista” le preocupaba que el Tribunal Electoral resolviera el fondo del asunto sin tener a la vista todos los elementos de prueba o juicio por estar esos procedimientos en trámite. Por eso, la coalición “Movimiento Progresista” le pedía al Tribunal que interviniera para determinar qué debía hacerse con esos asuntos en manos del IFE y que en ese momento estuvieran pendientes de resolución. Es muy importante destacar (porque existe confusión al respecto) que existen al menos dos grandes vías para fiscalizar a los partidos, a las campañas y a los sujetos responsables: una es la vía que se inicia cuando los partidos presentan los informes de ingresos y gastos ordinarios y de campaña, y que concluye cuando la Unidad de Fiscalización presenta al Consejo General del IFE los dictámenes consolidados, en donde se tiene plazos precisos en la ley, y que se desahogan, en el caso de los informes de las campañas, con posterioridad a los procesos electorales, y otra es la vía de las quejas y denuncias para fiscalizar a los partidos y otros sujetos responsables; esta puede iniciarse y concluirse en cualquier tiempo. Cabe recordar que en la historia del IFE los asuntos más importantes de fiscalización no han sido materia del

primer procedimiento —el análisis de los informes ordinarios y de campaña—, sino del conocimiento de las quejas y denuncias sobre fiscalización.<sup>85</sup>

El Tribunal Electoral resolvió el incidente el 1o. de agosto de 2012 y estimó que no le correspondía a la Sala Superior, sino al Consejo General del IFE determinar sobre la apertura de cualquier procedimiento extraordinario de fiscalización. Además, el Tribunal sostuvo que en el ámbito electoral no existe la “excitativa de justicia” y que no había una jerarquía orgánica entre el IFE y el Tribunal para que este último le ordenará al primero tomar alguna medida para desahogar las quejas de fiscalización que estaban pendientes.

La decisión incidental anterior implicó posteriormente que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolviera el fondo del juicio de inconformidad 359/2012, el 30 de agosto de 2012, sin tener todos elementos de juicio y probatorios necesarios para dictar sentencia, pues hay y había elementos pendientes de estudio y de valoración, que podían haber impactado en la resolución de fondo. Es verdad que ni el COFIPE ni la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral establecen expresamente un procedimiento, una vía o un mecanismo para resolver el desfase entre los plazos para dictar resoluciones que validen o no las elecciones, y tampoco los plazos y los términos para el desahogo de las quejas, principalmente de las fiscalización, que se encuentren en trámite en el IFE; sin embargo, ello no es óbice para que la Sala Superior del Tribunal Electoral, como tribunal de plena jurisdicción y como tribunal constitucional en materia electoral, resolviera lo conducente, tomando en cuenta, entre otras cosas, el principio previsto en el artículo 17 de la Constitución, el cual obliga a los jueces a resolver de manera exhaustiva, integral y completa los asuntos que se someten a su consideración.

<sup>85</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, México, UNAM, 1994.

La coalición “Movimiento Progresista” no pretendía con su escrito del 23 de julio de 2012 que la Sala Superior del Tribunal se colocara orgánicamente por encima del Instituto Federal Electoral o de su Unidad de Fiscalización, sino que buscaba la salvaguarda, entre otros, del principio constitucional del artículo 17 de la carta magna —que es un derecho fundamental a favor de las personas— para que las resoluciones sean completas, íntegras y exhaustivas. Para ello, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tenía diversos caminos; por ejemplo, ordenar al IFE el desahogo de los procedimientos en curso con mayor celeridad, fuera o no, a través de un procedimiento extraordinario de fiscalización, que se encuentra previsto en el artículo 85 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

No puede perderse de vista que las resoluciones sobre la validez de las elecciones entrañan valorar todos los elementos que estuvieron presentes en el proceso electoral, y aun antes de este, para poder materializar los principios de elecciones libres, auténticas y periódicas que garantiza el artículo 41 de la Constitución. De lo que se trata es que las elecciones sean efectivamente democráticas y no simuladas o fraudulentas. La Sala Superior del Tribunal Electoral como tribunal constitucional debió haber garantizado a todos los ciudadanos que las elecciones fueran realmente democráticas, es decir, libres y auténticas; sin embargo, no lo hizo y además dictó una resolución incompleta y no exhaustiva con grave daño a la realización del principio de justicia.

En cuanto al argumento esgrimido por el Tribunal Electoral de que la excitativa de justicia no está prevista en la legislación electoral, o que cuando esta existe solo procede si hay vínculos orgánicos entre instancias de un mismo tribunal o de una autoridad para que la instancia de mayor jerarquía ordene a la de menor jerarquía resolver en tiempo y forma, cabe decir que los nombres de las promociones y escritos de las partes no condicionan las resoluciones de las autoridades. Lo importante era, y es, el contenido o fondo de la pretensión, no el nombre del escrito

en la que esta se pedía. La consideración procesal del Tribunal Electoral respecto a la necesaria existencia de vínculos orgánicos y jerárquicos entre el Tribunal y el IFE para que una solicitud de esta naturaleza prosperará es insostenible, pues las consideraciones procesales no pueden estar por encima de los derechos fundamentales —el derecho fundamental a favor de los ciudadanos a que la lucha por el poder en México se dirima a través de elecciones democráticas (artículo 41 de la Constitución)— ni pueden servir para diluir las competencias que le confieren su carácter constitucional y de plena jurisdicción.

La resolución incidental del 15 de agosto de 2012 que resolvió declarando infundado por extemporáneo el escrito de 8 de agosto de 2012 de Andrés Manuel López Obrador, candidato a la Presidencia de la República por la coalición “Movimiento Progresista”, en donde este aportaba pruebas y alegatos en el juicio de inconformidad, es otro dechado por parte del Tribunal Electoral de violaciones constitucionales, entre otras, por las siguientes razones: 1) la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación hace una lectura letrista del párrafo tercero del artículo 12 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, y considera que los escritos del candidato coadyuvante deben presentarse exclusivamente en los plazos previstos para interponer el juicio de inconformidad; 2) tal decisión violenta los artículos 1o. y 17 de la Constitución, y los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 1o. de la Constitución se infringió, porque el Tribunal Electoral no hizo ni una interpretación “conforme” ni una interpretación *pro homine* del artículo 12 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, afectando con ello el derecho de acceso a la justicia de López Obrador. Los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se vulneraron, porque el Tribunal no garantizó el derecho de toda persona a ser oída y el derecho de toda persona a un recurso sencillo; 3) la interpretación del Tribunal fue la más limitada posible en el marco de los

derechos fundamentales. Para el Tribunal, la coadyuvancia solo puede presentarse en la etapa inicial de la impugnación —dentro de los plazos previstos para la interposición del juicio de inconformidad—, pero no en la etapa de instrucción —de pruebas y alegatos— como era el caso. Al realizar lo anterior se impidió que López Obrador accediera a la justicia de manera directa —artículo 17 de la Constitución— y se trastocó el inciso c, párrafo tercero, del artículo 12 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, el cual faculta al coadyuvante a ofrecer y aportar pruebas dentro de los plazos establecidos en la ley, que en este caso son los que corresponden al periodo de instrucción y en los cuales se encontraba el juicio de inconformidad planteado por la coalición “Movimiento Progresista”; 4) la lectura del Tribunal, además de ser formalista al extremo, sienta un precedente muy negativo en términos de derechos ciudadanos, pues contribuye a monopolizar en los partidos políticos las impugnaciones en contra de los resultados electorales; es decir, una resolución de sabor y estilo partidocrático, donde los candidatos en la impugnación tienen poco que decir y poco que aportar. El peso fundamental del reclamo o, como decimos los abogados, de la legitimación recae solo en los partidos. Los candidatos son casi inexistentes en estas etapas procesales y los ciudadanos de plano no existen en ellas, y 5) más allá del asunto concreto, en términos políticos, la resolución del Tribunal sobre este aspecto procedimental expresa el hartazgo de los magistrados con la impugnación. Ellos ya querían, como otros sectores de la sociedad vinculados al *statu quo* del país, darle vuelta a la página; además, les gustaría que la coalición “Movimiento Progresista” y López Obrador no insistieran en más pruebas supervenientes ni en la exigencia de la conclusión, antes de la determinación final sobre la validez de la elección, de las investigaciones de fiscalización pendientes aún de pleno desahogo en el IFE.

En cuanto a la resolución incidental del 29 de agosto de 2012 que declaró infundada la pretensión de la coalición “Movimiento Progresista” para que 283 451 ciudadanos respaldaran el juicio

de inconformidad promovido, resulta cuestionable por el carácter procesal que el Tribunal confirió a esa adhesión. El Tribunal Electoral les negó a los ciudadanos el derecho a solidarizarse con el juicio de inconformidad, aduciendo que estos no estaban legitimados para ejercer acciones tuitivas de intereses difusos, y que los escritos de la coalición habían sido presentados de manera extemporánea. La pretensión de los ciudadanos, a la luz de los escritos de la coalición “Movimiento Progresista”, no era la de esgrimir nuevos argumentos, aportar pruebas u ofrecer alegatos, ni tampoco estaban promoviendo pretensión o acción alguna, sino que simplemente estaban adhiriéndose a lo que la coalición ya había promovido. No se trataba del ejercicio de ninguna acción tuitiva de intereses difusos ni de promoción de alguna cuestión procesal que la coalición no hubiera ya aportado, sino que se estaba mostrando el respaldo social y popular a la acción esgrimida. El escrito de adhesión ni siquiera era una formulación de *amicus curiae* que implicara alegaciones similares o adicionales para apoyar la pretensión de la coalición “Movimiento Progresista”. La rígida respuesta del Tribunal ejemplifica que no sabe desenvolverse procesalmente cuando existen actuaciones que no caben dentro de las categorías procesales tradicionales. El escrito ciudadano de solidaridad era para que el tribunal lo agregará en autos y, a su vez, constituía una manifestación del apoyo que el juicio de inconformidad de la coalición “Movimiento Progresista” tenía por parte de algunos sectores sociales, además de que como prueba superveniente era posible tenerla por ofrecida y desahogada, porque aún no se cerraba la instrucción. El maltrato del Tribunal a los ciudadanos demuestra su inflexibilidad y su dogmatismo procesal. La lección del Tribunal es que si alguna cuestión se promueve y no cabe dentro de las categorías procesales conocidas, o no existe, debe forzosamente caber en ellas para ser desestimada.

En cuanto a los requerimientos de diversas autoridades que la comisión instructora determinó a escasos días —el 27 de agosto de 2012— de dictar la resolución definitiva, prueba el nulo

compromiso del Tribunal Electoral con la investigación de los hechos. De acuerdo con los artículos 6.3 y 21 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, el Tribunal Electoral tenía amplias facultades para investigar los hechos relacionados con los agravios, pero no las ejerció a cabalidad, sino que se concretó a pedir información genérica a la Procuraduría General de la República y a diversas autoridades del Instituto Federal Electoral a unos cuantos días de la resolución definitiva. La información recibida con posterioridad al requerimiento la agregó en autos y no la valoró como consta en las conclusiones generales de la resolución (pp. 1342 y 1343 de la resolución); es decir, requirió para simular que había investigado, pero después no valoró ni analizó la información recibida. A su vez, el Tribunal actuó nuevamente en contra del artículo 17 de la Constitución, el cual obliga a los jueces a dictar sentencias completas, exhaustivas e integrales, en donde se estudien y valoren las pruebas y las constancias que obran en autos.

### III. ANÁLISIS Y CRÍTICA SOBRE LOS ESTUDIOS GENERALES PREVIOS AL ESTUDIO DE LOS CONSIDERANDOS

#### 1. *Las consideraciones generales sobre la pretensión de nulidad de la elección presidencial por violación a los principios constitucionales*

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación considera, en la página 32 de su resolución, que puede válidamente declarar la invalidez de la elección presidencial por conculcación de los principios constitucionales o por vulneración de ciertos valores fundamentales. El Tribunal razona que el nuevo modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad, derivado de la reforma al artículo 1o. de la Constitución en materia de derechos humanos —*Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011— y de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso varios 912/2010

—caso Rosendo Radilla—, obliga a todas las autoridades del país a poner por delante, y en todos los asuntos, a los derechos fundamentales de las personas y a interpretar las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas desde la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos. Según la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a ella le corresponde, con excepción del conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral, proteger y garantizar los derechos humanos de carácter político-electoral.

De esta suerte, aunque el artículo 99, fracción II, párrafo segundo, de la Constitución imponga la obligación a las salas del Tribunal Electoral federal para declarar la nulidad de una elección, por las causas que expresamente estén previstas en la ley, también lo es que ello no implica una prohibición para que las salas del Tribunal Electoral —como un tribunal de jurisdicción constitucional— puedan determinar si una elección se ajustó o no a los principios constitucionales. Lo anterior, porque el Tribunal Electoral no solo es garante del principio de legalidad, sino del principio de constitucionalidad. En apoyo a este razonamiento citamos al juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-165/2008, en donde el Tribunal Electoral mantuvo el criterio que aquí se comenta.

El argumento del Tribunal es destacable, porque aún hay puntos de vista tradicionales que sostienen que el Tribunal Electoral solo podía declarar la invalidez de la elección presidencial por las causas previstas en la ley secundaria —la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en su artículo 77 bis—. Esas opiniones pertenecen al paleopositivismo y no entienden lo que es una Constitución y la manera en la que debe interpretarse.<sup>86</sup> La Constitución es un ordenamiento que establece principios y valores —no reglas—, los que tienen textura abierta y exigen en la argumentación su optimización para salva-

<sup>86</sup> Véase, por ejemplo, Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento: concepto y condiciones”, *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 153-166.

guardar los derechos fundamentales y los principios democráticos. La interpretación de la Constitución y desde la Constitución no se verifica mediante los vetustos métodos interpretativos de la ley, los que privilegian la interpretación gramatical, sistemática o funcional, sino mediante instrumentos nuevos como el principio de proporcionalidad.<sup>87</sup> Cuando la Constitución, en su artículo 99, fracción II, párrafo segundo, dice que “Las salas Superior y regionales del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente se establezcan en las leyes”, se debe entender por leyes a las normas del ordenamiento en su conjunto, empezando por las “leyes” constitucionales, esto por las siguientes razones: porque la ley secundaria no podría desvincularse de la Constitución a riesgo de ser inválida y transformar a la Constitución en un mero pedazo de papel carente de sentido y de contenido; porque el ordenamiento jurídico es un sistema donde todas sus piezas y elementos están imbricados, y porque esos componentes conforman un bloque constitucional; porque el Tribunal Electoral es un tribunal de última instancia y tiene, según el artículo 99 de la Constitución, facultades para interpretar todas las normas constitucionales; porque el Tribunal puede des-aplicar normas contrarias a la Constitución; porque desde la reforma en materia de derechos humanos al artículo 1o. de la Constitución, todas las autoridades del país, incluido el Tribunal, están obligados a realizar interpretación conforme y *pro homine*; porque la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso varios 912/2010, señaló que es obligación de todas las autoridades y jueces realizar interpretación constitucional y convencional de las normas, lo que significa que las normas secundarias deben comprenderse desde la Constitución y los tratados, y porque en casos previos y recientes el Tribunal Electoral así se ha pronunciado (SUP-JRC-604/2007, SUP-JRC-165/2008, ST-JRC-15/2008, ST-JRC-34 y 36/2008, ST-JRC-57/2011 y ST-JRC-117/2011).

<sup>87</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 103-154.

Para la Sala Superior del Tribunal Electoral, los elementos o las condiciones de la invalidez o nulidad de la elección por violación de principios constitucionales son: a) que se aduzca el planteamiento de un hecho que se estime violatorio de algún principio o norma constitucional o parámetro de derecho internacional aplicable; b) que tales violaciones sustanciales o irregularidades graves estén plenamente acreditadas; c) que se constate el grado de afectación que la violación provoca al principio o norma constitucional o parámetro de derecho internacional aplicable que se haya producido dentro del proceso electoral, y d) que las violaciones o irregularidades sean cualitativa o cuantitativamente determinantes para el resultado de la elección.<sup>88</sup> Asimismo, la Sala Superior establece que para declarar la nulidad de una elección, ya sea por violación a normas constitucionales, o bien a principios fundamentales, es necesario que esa violación sea grave, generalizada o sistemática, y además determinante, de tal forma que trascienda al normal desarrollo del procedimiento electoral o al resultado de la elección; esto es, que su influencia sea de tal magnitud que haya afectado el resultado electoral, definiendo así al candidato ganador.

Los razonamientos expuestos a este respecto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación confirman la posibilidad de declarar la nulidad de una elección, no solo por las causas expresamente previstas en la ley secundaria, sino también por violación a los principios constitucionales, lo que desde luego es importante, porque se asume la vigencia en materia electoral del control de constitucionalidad y convencionalidad, y porque se entiende el ordenamiento jurídico como un bloque constitucional, superándose con ello el formalismo legalista que reclamaba que la nulidad de la elección solo podía determinarse por violación a las causales del artículo 77 bis de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Ma-

<sup>88</sup> SUP-JIN-359/2012, pp. 64 y 65.

teria Electoral;<sup>89</sup> sin embargo, los criterios generales de la Sala Superior son cuestionables, porque no se precisó que la violación a los principios constitucionales podía ser probada por los promoventes del juicio o ser acreditada por la propia investigación del Tribunal Electoral, quien actuando como tribunal constitucional y de plena jurisdicción está obligado a tutelar y garantizar el cumplimiento y la satisfacción plena de los principios constitucionales, y no como ocurrió en la resolución objeto de análisis, en donde se estimó que la carga de la prueba correspondía fundamentalmente a la coalición “Movimiento Progresista” y no al Tribunal Electoral, que tenía que garantizar, en los términos de los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. de la Constitución, la realización efectiva de los derechos fundamentales que se estimaron violados, entre otros: el derecho a ser votado bajo condiciones democráticas, el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, el principio de elecciones libres y auténticas, el principio del sufragio universal, libre, secreto y directo.

También es cuestionable el estudio en análisis, porque el Tribunal Electoral empleó los mismos criterios de la nulidad derivada de la violación a preceptos de la ley secundaria para los de la invalidez por violaciones a principios constitucionales. El Tribunal aludió que para la procedencia de la invalidez las violaciones a los principios constitucionales debían ser sustanciales, graves, generalizadas, sistemáticas y determinantes, cuando es evidente que cualquier violación a los principios constitucionales sería suficiente para decretar la invalidez de una elección. Las violaciones a principios constitucionales siempre son graves y determinantes para establecer la invalidez del proceso electoral, porque afectan, menoscaban o transgreden los principios y

<sup>89</sup> Estas causales son: 1) que algunas de las causas de nulidad previstas en el artículo 75 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral se acrediten en por lo menos el 25% de las casillas instaladas en el territorio nacional; 2) que no se instale el 25% de las casillas, y 3) que el candidato ganador resulte inelegible.

los valores fundamentales del ordenamiento jurídico.<sup>90</sup> No puede haber nada más grave en un Estado de derecho que infringir la Constitución, sobre todo cuando se trata de la elección ciudadana de las autoridades más importantes del Estado. Por eso, no fue adecuado para la resolución de este asunto acudir a criterios de carácter legal-secundario para valorar las violaciones al orden jurídico, cuando se trata de nulidades que no son de naturaleza legal, sino que pertenecen al ámbito constitucional. El Tribunal Electoral debió elaborar una doctrina constitucional específica cuando se enfrenta a impugnaciones sobre la validez de las elecciones, ya que están en juego transgresiones a los principios constitucionales; sin embargo, no lo hizo y además siguió criterios infraconstitucionales que no maximizan, sino que limitan y restringen a los derechos fundamentales.

Igualmente, es criticable que la Sala del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no produjera una doctrina para precisar cuándo la determinancia debe ser exigible, cuándo solo debe ser cuantitativa, cuándo cualitativa y cuándo deben existir conjuntamente ambas. Esta Sala del Tribunal Electoral sigue manteniendo una posición equivocada en este rubro, pues es evidente, por ejemplo, que no en todas las causales de nulidad previstas en la ley —artículo 75 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral— obligan a la satisfacción del requisito de la determinancia, y no en todas las causales de nulidad o de invalidez habría que exigir razonablemente la conjunción de ambas determinancias, porque algunas de ellas, como la prevista en el inciso h, párrafo primero, del artículo 75 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, solo exigirían la satisfacción de la determinancia cualitativa.<sup>91</sup> Este tipo de consideraciones están

<sup>90</sup> Ackerman, John M., *Autenticidad y nulidad. Por un derecho electoral al servicio de la democracia*, México, UNAM, 2012, pp. 41 y ss.

<sup>91</sup> La causal indica que es motivo de nulidad de una casilla el haber impedido el acceso de los representantes de los partidos políticos o haberlos expulsado sin causa justificada.

ausentes en la resolución de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; es decir, no existe un tratamiento exhaustivo sobre las condiciones necesarias para determinar la invalidez o nulidad de una elección, ya sea por violaciones a principios constitucionales, o bien por acreditarse las causales de nulidad previstas en la ley.

## 2. *Consideraciones generales sobre carga y estándar de prueba*

Sobre la prueba, la carga de esta y los estándares que le rodean, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación establece que:<sup>92</sup> de acuerdo con los artículos 9o., 12, 15 y 17 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, los hechos deben ser probados y el que afirma está obligado a probar; corresponde al Tribunal requerir la información que estime procedente y ordenar el desahogo de “alguna” diligencia, de conformidad con el artículo 21, numeral 1, de la ley electoral adjetiva, así como de los artículos 191, fracciones XIX y XX, y 199, fracción XII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; esta facultad investigadora del Tribunal Electoral debe realizarse sin romper el equilibrio que tienen las partes en el proceso y sin eximir las de la carga probatoria que la ley les impone; para probar es imprescindible expresar y acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar; para que un determinado material probatorio sea aceptado en un juicio, este debe cumplir con un mínimo de elementos o requerimientos que forman parte de la garantía del debido proceso (que la prueba sea lícita, que tenga vinculación con los hechos materia de la litis, que se refieran las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y que exista un nexo causal entre el hecho a demostrar con el agravio y la violación constitucional y legal); en las pruebas indirectas o circunstanciales es imprescindible demostrar la existencia del hecho secundario para extraer

<sup>92</sup> SUP-JIN-359/2012, pp. 68 y ss.

inferencias que permitan sostener alguna hipótesis sobre los hechos principales, y es admisible obtener el conocimiento de la verdad a través de evidencias en cascada.

La visión de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sobre la prueba, su carga y los estándares de esta es la parte de la resolución del juicio de inconformidad 359/2012 más tradicional y la que impide el conocimiento de la verdad en este caso.<sup>93</sup> El Tribunal Electoral, como respecto del análisis de las nulidades electorales, no desarrolla una doctrina jurídica sobre la naturaleza, las características y los alcances de la prueba en una controversia constitucional; asimismo, aplica los criterios tradicionales de la prueba, principalmente el principio que señala que el que afirma está obligado a probar, y aunque reconoce que el Tribunal Electoral puede investigar los hechos, lo cierto es que mantiene una posición conservadora. El Tribunal Electoral estima que la facultad que le confiere el artículo 21 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral no es una competencia que se pueda ejercer ampliamente, sino limitadamente para no vulnerar el principio procesal de igualdad y equilibrio entre las partes. De hecho, como se ha señalado anteriormente, la Sala Superior del Tribunal empleó poco esta facultad, y cuando obtuvo la información de las escasas autoridades requeridas no estudió ni valoró la información en su resolución (pp. 1342 y 1343 del SUP-JIN 359/2012).

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación privilegió en materia de prueba un criterio privatista y ortodoxo, ya que estimó en el juicio de inconformidad planteado que los criterios aplicables de prueba eran semejantes a los de las con-

<sup>93</sup> En sentido contrario a la posición del Tribunal Electoral, véase Castillo González, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 185. El autor dice que "...el juez, en el ejercicio de sus poderes probatorios, ha dejado de ser un mero espectador en el proceso, para desarrollar una actuación mucho más participativa, con el objeto de agotar todas las posibilidades de conocer la verdad objetiva...".

troversias privadas, cuando en este caso estábamos en presencia de una controversia de derecho público en la que debe prevalecer el interés general y social; más aún, en una controversia de carácter constitucional donde lo que se dirimía era el respeto y la garantía del orden constitucional. El Tribunal debió hacer valer y garantizar el orden constitucional y los derechos humanos, tal y como lo prevén los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. constitucional. No era dable que el Tribunal Electoral se conformara con una verdad formal, sino que estaba obligado a obtener la verdad material de los hechos por ser un tribunal constitucional en materia electoral y además tener plena jurisdicción.

La finalidad de la prueba en general, pero con mayor razón en un asunto constitucional, es la averiguación de la verdad. Por eso, en este caso era imprescindible que el Tribunal Electoral investigara y se allegara profusamente de elementos de convicción para determinar si la elección presidencial había sido libre y auténtica, pero no lo hizo y asumió una posición pasiva; es decir, se centró fundamentalmente en el estudio de las pruebas ofrecidas y aportadas por las partes, y no investigó la verdad material de los hechos.

Las pruebas aportadas por las partes en un proceso, tal y como lo señala la doctrina, están orientadas por sus intereses. Las pruebas ordenadas por el juez, al ser desinteresadas, se guían por la búsqueda de la verdad.<sup>94</sup> Ferrer Beltrán ha mencionado que la posibilidad de que el juez ordene de oficio la práctica de pruebas no solicitadas por las partes contribuye a mitigar la desvirtuación del material probatorio, porque esas pruebas no buscan salvaguardar un interés particular, sino lograr la verdad o esclarecimiento de los hechos sin que existan las mismas posibilidades de manipulación, adulteración o de la omisión en el ofrecimiento de las pruebas.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 555 y ss.; Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 39.

<sup>95</sup> Ferrer Beltrán, Jordi *et al.*, *Estudios sobre la prueba*, México, UNAM, 2011, p. 6.

Néstor Pedro Sagüés asemeja al juez constitucional al juez Hércules de Dworkin. Este juez constitucional es un magistrado con facultades “ultrapotenciadas” y una de las bases de su perfil consiste en:

La búsqueda de la verdad real o material en el proceso, por sobre respuestas meramente formales o rutinarias. Ello permite hablar de una “tendencia institucional del proceso a la verdad”, y de otra “tendencia personal del juez” hacia la misma verdad, cosa que puede importar no solamente i) la condena a la renuncia consciente a la verdad jurídicamente objetiva, por más que esa verdad no haya sido correctamente planteada ni idóneamente gestionada por los litigantes, sino también ii) la tarea —por el juez— de realizar trabajos puntuales para lograr acceder a esa verdad. Así, para ciertas posturas, las medidas para mejor proveer, por ejemplo, pasan de ser actos opcionales para convertirse, en algunas versiones muy decididas, en comportamientos obligatorios para el magistrado, condenándose su no realización.<sup>96</sup>

El mismo Sagüés recuerda algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en las que ese Tribunal ha sostenido que, ante la posible deficiencia de una de las partes en el debido diligenciamiento de una prueba conducente para la solución de un litigio, el tribunal inferior debe ejercer de forma obligatoria, y no potestativa, sus facultades para dictar medidas para mejor proveer antes de emitir una sentencia (Díaz *vs.* Quintana. Fallos, 307: 1028). Otra resolución en ese sentido es el caso “Oilher *vs.* Arenillas” (Fallos, 302:1621), donde la Corte Suprema detecta arbitrariedad en una sentencia dictada sin haber hecho el tribunal *a quo* uso de medidas para mejor proveer.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “Activismo *versus* garantismo, a propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús, *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, 2009, t. I, p. 123.

<sup>97</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 123.

Las consideraciones anteriores aquí expuestas muestran cuáles son las actitudes, los perfiles y los criterios de los tribunales constitucionales en materia de prueba. Podemos decir que un tribunal constitucional tiene un fuerte compromiso con la verdad real o material y busca, por tanto, la prueba, porque de ello depende esclarecer los hechos y garantizar el respeto y la vigencia del orden constitucional.<sup>98</sup> El juez constitucional es un activista en la defensa de la Constitución. En este sentido, no es un tribunal que estime que a las partes corresponda exclusivamente la carga de la prueba, sino que entiende que lo más importante es que la Constitución prevalezca. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no se ajusta a los criterios, las actitudes y los perfiles de los tribunales constitucionales, ya que pareció un tribunal ordinario que ventilaba una controversia jurídica de carácter privado.

Además, en materia electoral sí existe algún tipo de prueba fundamental, esta es la presuncional, tal y como se deriva de la resolución de casos como el Pemexgate, en donde el tipo de prueba básica y determinante para imputar responsabilidades e imponer sanciones al PRI fue esa probanza.<sup>99</sup> Hechos como los relacionados con la compra y coacción del voto, la adquisición encubierta de tiempos en radio y televisión, o el empleo de las encuestas como propaganda electoral, no pueden demostrarse con pruebas directas, sino que deben derivarse de presunciones. Las presunciones exigen un compromiso fuerte del juzgador con la racionalidad, la coherencia de una resolución y la búsqueda de la verdad. Como dice Marina Gascón Abellán, el ideal del conocimiento racional ha consistido siempre en alcanzar certezas absolutas e incuestionables, y el razonamiento deductivo tradicionalmente se ha mostrado como el único capaz de suministrarlas, pero el problema no está ahí, sino en la superación de la

<sup>98</sup> Sentís Melendo, Santiago, *La prueba*, Buenos Aires, EJE, 1979, pp. 214 y 215.

<sup>99</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, México, UNAM, 2004, pp. 26-33.

inducción; es decir, cómo conocer y acreditar los hechos que no se pueden observar.<sup>100</sup> Para ello es necesario contar con una doctrina consistente de la prueba presuncional —indirecta e inductiva—. En la resolución que analizamos, el Tribunal Electoral no elabora ninguna doctrina convincente sobre la prueba presuncional, y además cuando acude a ella, la margina, prescinde de ella y opta señaladamente por favorecer a las pruebas directas para negar el derecho a la coalición “Movimiento Progresista”.

### 3. *Consideraciones generales sobre la violación a la libertad del sufragio por compra o coacción del voto*

La Sala Superior del Tribunal Electoral coincide en que deben inhibirse las prácticas de compra o coacción del voto, porque vulneran la libertad del sufragio.<sup>101</sup> Según el Tribunal Electoral, el sufragio emitido en condiciones de apremio o influencia carecería de validez cuando se presentan dos circunstancias: a) las necesidades de las personas, lo que se agrava tratándose de aquellos sectores de escasos recursos económicos, quienes son más vulnerables dado su estado de necesidad y pobreza, y b) si es producto de presión por actos de violencia física o moral, tendente a buscar en los electores una conducta o comportamiento determinado. De esta manera, si la emisión del voto se aparta de la reflexión libre, consciente y razonada, aquel debe anularse.

El Tribunal Electoral acepta<sup>102</sup> que dentro de la propaganda electoral es dable entregar a los ciudadanos artículos utilitarios, la que desde su punto de vista no está prohibida, pues aunque el artículo 228, párrafo segundo, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales no la menciona o alude, el artículo 229, párrafo segundo, inciso a, fracción I, del Código Electoral Federal dispone que dentro de los gastos de campaña que deben

<sup>100</sup> Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 16.

<sup>101</sup> SUP-JIN 359/2012, p. 89.

<sup>102</sup> SUP-JIN 359/2012, pp. 96 y ss.

reportar los partidos políticos y sus candidatos a la autoridad electoral competente se incluye a la propaganda utilitaria y otros similares. La propaganda utilitaria comprende a cualquier artículo que genere provecho o beneficio para quien la recibe. Es propaganda que tiene un valor de uso a juicio del Tribunal. De lo anteriormente expuesto, el Tribunal Electoral considera que la propaganda utilitaria por sí misma no está prohibida, a menos que se demuestre que se entregó a cambio del voto.

El análisis de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no es, a este respecto, exhaustivo, e infringe por ello los artículos 17 y 41 de la Constitución por las siguientes razones: 1) el Tribunal Electoral no toma en cuenta el contexto socioeconómico del país para interpretar las normas. De acuerdo a las cifras oficiales, más de cincuenta millones de mexicanos viven en la pobreza y de ese universo cerca de dieciocho millones viven en pobreza extrema (cita artículo de la Jornada sobre el voto verde); 2) en la votación de la elección presidencial, el porcentaje de sufragios a favor de Peña Nieto es mayor en las casillas rurales que en las casillas urbanas, y es en el ámbito del campo donde se ofrecen en mayor medida artículos utilitarios; 3) el porcentaje de participación ciudadana el día de la elección fue mayor en los distritos rurales que en los urbanos. En el medio urbano, con relación al 2006, la participación creció en 5.16%, mientras que en el medio rural aumentó en 23.37%. Las cifras anteriores son atípicas, tanto por la existencia de una amplia emigración rural a las ciudades y a los Estados Unidos, y porque tradicionalmente los niveles de participación de la población rural son menores a los de la población urbana; 4) Peña Nieto obtiene en las casillas no urbanas 2 801 402 votos; es decir, el 84.1% de su ventaja a nivel nacional, y en las casillas urbanas obtiene de ventaja tan solo 528 383 votos; 5) es verdad que la llamada propaganda utilitaria no está en principio prohibida, pero es propaganda peligrosa o sensible, y por ello debiera ser admitida excepcionalmente como válida, dado que puede atender más fácilmente, respecto al resto de la propaganda, en contra

de la libertad de sufragio, pues suele entregarse a los sectores poblacionales más débiles económicamente, en tanto que casi nunca se entrega a sectores sociales de ingreso medio o alto; 6) la Sala Superior no desarrolla una doctrina completa e integral de cuándo esa propaganda tiene un valor de uso y cuándo un valor de cambio, concretándose únicamente a indicar que la propaganda utilitaria tiene un valor de uso sin justificar, porque solo tiene ese valor; 7) en atención a lo expuesto en el punto anterior, si la propaganda utilitaria tiene un valor de cambio y se ofrece a cambio del voto, contraviene a la libertad de sufragio; 8) la Sala Superior del Tribunal no maximiza el principio constitucional de elecciones libres y auténticas por encima de la regla que no prohíbe la propaganda utilitaria; 9) la Sala Superior del Tribunal Electoral cerró los ojos ante el despliegue masivo que hizo el PRI de propaganda utilitaria; de los diversos tipos de tarjetas, en sus modalidades y montos, de la cadena Soriana, las que se entregaron a cambio de votos, y tampoco consideró el profuso reparto realizado por el PRI de tarjetas telefónicas prepagadas, entre otros hechos que fueron probados por la coalición “Movimiento Progresista”, y 10) la Sala Superior del Tribunal desestimó los informes que fueron difundidos desde el 3 de julio de 2012 por organizaciones de observadores electorales, como Alianza Cívica, que daban cuenta, en algunos estados, de la compra o coacción del voto en cerca del 30% de la población.

#### *4. Consideraciones generales sobre los alcances de la libertad de expresión en una sociedad democrática*

El Tribunal Electoral estima que la libertad de expresión comprende tres distintos derechos: i) el de buscar informaciones e ideas de toda índole; ii) el de recibir informaciones e ideas de toda índole, y iii) el de difundir informaciones e ideas de toda índole. Además, el Tribunal recuerda la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión, e insiste en que es obligación de los órganos jurisdiccionales impedir la limitación in-

justificada y arbitraria de la libertad de expresión. Concluye el Tribunal Electoral precisando que las limitaciones a la libertad de expresión han de interpretarse en forma estricta, al mismo tiempo que los derechos fundamentales han de interpretarse en forma amplia o extensiva, a fin de potenciar su ejercicio.

De las reflexiones del Tribunal Electoral sobre la libertad de expresión llama la atención que su estudio no se ocupe de la libertad de expresión y del derecho a la información desde el papel que desempeñan en México los medios de comunicación electrónica como poderes fácticos; asimismo, asombra que no tome en cuenta la manera en que esos poderes fácticos limitan y condicionan el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información por la concentración monopólica o duopólica del espectro radioeléctrico;<sup>103</sup> igualmente, nos inquieta que no le importe al Tribunal Electoral la colonización, la subordinación y la cooptación que los medios de comunicación electrónica han realizado en México sobre las instituciones formales del Estado. El análisis del Tribunal no contextualiza su interpretación asumiendo el gran peso que los medios de comunicación electrónica tienen en la vida económica, social y política del país. Tampoco la Sala Superior del Tribunal se ocupa de la capacidad de penetración que los medios de comunicación electrónica tienen en el desarrollo, o no, del nivel educativo y en la educación cívica de los mexicanos; ni por asomo estudian cómo los medios de comunicación electrónica han presionado al Congreso y al Ejecutivo federal para impedir la aprobación de una nueva Ley de Radio y Televisión, de una Ley de Réplica o de una ley que regule la publicidad del gobierno y del Estado. No hay por parte del Tribunal Electoral argumento alguno sobre los oligopolios mediáticos comerciales que se han formado en nuestro país y que han frenado su crecimiento democrático. El estudio del Tribunal Electoral sobre la libertad de expresión se realiza

<sup>103</sup> Esteinou Madrid, Javier y Alva de la Selva, Alma Rosa (coords.), *La "Ley Televisa" y la lucha por el poder en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

en abstracto sin conexión alguna con la realidad de nuestro país y carece de trascendencia no solo para el estudio de los agravios esgrimidos por la coalición “Movimiento Progresista”, sino para cualquier reflexión sobre la libertad de expresión y el derecho a la información en México, en el contexto de una democracia consolidada y de la existencia de un Estado constitucional y democrático de derecho.

En particular, era necesario que el Tribunal Electoral desarrollara una doctrina sobre el derecho a la información, ya que este no consiste solo en el acceso a la información y en la transparencia, sino que tiene entre otras vertientes: el pluralismo de los medios y en los medios; el acceso a las concesiones sobre el espacio radioeléctrico; el derecho a recibir información veraz;<sup>104</sup> el derecho a participar en la discusión de los asuntos públicos; el derecho a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad, y el derecho a que existan órganos constitucionales independientes que garanticen la eficacia de los anteriores derechos. En México no contamos con un pluralismo de medios y en los medios —al menos no en los medios electrónicos—; no hay acceso libre para todos los habitantes de la República a las concesiones de radio, televisión y las telecomunicaciones; el espacio radioeléctrico se encuentra dominado por unas cuantas empresas claramente monopólicas, porque concentran, en el caso de las dos televisoras privadas, más del 90% del espacio radioeléctrico; no existen garantías para recibir información veraz ni para evitar que se simule información, cuando en realidad se brinda propaganda o publicidad; no hay acceso universal y gratuito a la banda ancha —al internet—; desde luego, no hay órganos independientes que posibiliten el ejercicio de un derecho a la información plural y mucho menos existe la posibilidad de que en los medios electrónicos participemos en la discusión o en la deliberación de los asuntos públicos en condiciones de plu-

<sup>104</sup> Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 205.

ralismo. El Tribunal Electoral supuso, sin prueba de por medio, que el derecho a la información se ejerce plenamente como si viviéramos en Suecia o en otro país nórdico.

#### IV. CRÍTICA AL ESTUDIO DEL PRIMER AGRAVIO: ADQUISICIÓN ENCUBIERTA EN RADIO Y TELEVISIÓN, Y MEDIOS IMPRESOS

El agravio que expuso la coalición “Movimiento Progresista” reclama la invalidez de la elección presidencial por la adquisición encubierta de tiempo en radio y televisión, así como en los medios impresos, que fue realizada por la coalición “Compromiso por México” y por Enrique Peña Nieto, porque a través de menciones en noticieros, gacetillas e infomerciales se posicionó a Enrique Peña Nieto, esto en contravención a los principios constitucionales y en oposición a las reglas legales secundarias. La adquisición indebida se presentó desde 2006 hasta el proceso electoral de 2012 y, según la coalición “Movimiento Progresista”, esta adquisición indebida de tiempos, además de infringir los principios constitucionales que la prohíben en el artículo 41 de la Constitución, afectó la equidad en el proceso electoral 2011-2012 y el derecho a la información de los ciudadanos, pues constituye presión a los electores en un contexto informativo carente de pluralidad y significa el uso ilícito de recursos públicos.

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación consideró infundado el agravio, entre otras cosas, porque sobre sus aspectos fundamentales existía la cosa juzgada. El Tribunal indica que al resolver el expediente SUP-RAP-427/2012 ya había desestimado los argumentos medulares del agravio. Recuerda la resolución lo siguiente:<sup>105</sup> 1) que el procedimiento especial sancionador en materia de prueba se rige preponderante por el principio dispositivo, por lo que la autoridad electoral no tiene obligación de recabar pruebas; 2) que el

<sup>105</sup> SUP-JIN 359/2012, pp. 242 y ss.

Consejo General del IFE no tenía obligación de requerir información a personas “claves”, porque la recurrente no precisó las razones por las cuales el haber llamado a esas personas hubiera evidenciado la adquisición encubierta de tiempo en radio y televisión, así como revistas para la promoción personal de Enrique Peña Nieto, y tampoco precisó qué actuaciones generaban los múltiples indicios a que hizo referencia ni en qué consistían estos últimos; 3) se recuerda que en el SUP-RAP-427/2012 fueron considerados otros agravios como infundados, porque se basaron en hechos que fueron causa de pedir en el recurso de apelación SUP-RAP-24/2011; 4) que en la difusión, en territorio nacional, del quinto informe de Gobierno del entonces gobernador Peña Nieto no se violentaron las normas electorales, porque no existió ningún pacto o convenio firmado entre el gobierno del Estado de México y las televisoras para difundirlo a nivel nacional; 5) que la adquisición de tiempos en radio y televisión por parte del gobierno de Peña Nieto en el Estado de México no continuó después de la implementación del nuevo modelo de comunicación derivado de la reforma electoral 2007-2008; 6) que no existe evidencia en autos que pruebe la publicidad encubierta a favor de Peña Nieto; 7) que no hay pruebas para sostener que en los medios de comunicación, tanto electrónicos como impresos, existió una conducta sistemática que refleje indubitablemente la adquisición encubierta de tiempos; 8) que en el juicio de inconformidad no se puede modificar lo que fue resuelto en los recursos de apelación; 9) que las largas y diversas entrevistas entre Enrique Peña Nieto y diversos comunicadores, principalmente del grupo Radio Fórmula, durante el proceso electoral y previo a él, no prueban que el ciudadano en cuestión haya comprado el tiempo en medios respectivo; 10) que es razonable que a los candidatos a la Presidencia de la República se les entreviste con amplitud; 11) que las notas e información a favor de Peña Nieto en la prensa escrita, principalmente en los periódicos de la OEM, no son reprochables como infracciones y no pueden ser valorados como presupuesto de nulidad de la elección, porque

están amparadas por la libertad de expresión y el derecho a la información; 12) que del monitoreo realizado por la UNAM a los noticieros de radio y televisión no se advierte la existencia de un sesgo informativo a favor de Peña Nieto que haya puesto en duda la equidad en la contienda; 13) que la coalición “Movimiento Progresista” no proporciona elementos ciertos que permitan identificar los programas de radio y televisión en los que hayan sido difundido noticias, comentarios, opiniones o cualquier información tendenciosa o sesgada a favor de Peña Nieto; 14) que la comparación de los “testigos” del monitoreo de la UNAM entre las noticias sobre Peña Nieto y Andrés Manuel López Obrador es responsabilidad de la coalición “Movimiento Progresista”, pues a ella corresponde la carga de la prueba; 15) que las pruebas de la coalición “Movimiento Progresista” a este respecto no precisan las condiciones de modo, tiempo y lugar; 16) que las pruebas para acreditar los sesgos en la cobertura del suceso ocurrido el 11 de mayo de 2012, durante la visita del ciudadano Enrique Peña Nieto a la Universidad Iberoamericana, son insuficientes; 17) que no existe obligación por parte de las autoridades electorales para monitorear programas en los medios de comunicación electrónica que difundan barras de opinión, tal y como se desprende del párrafo octavo del artículo 76 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, y en respeto a la libertad de expresión y el derecho a la información; 18) que las pruebas para acreditar el vínculo directo entre el desequilibrio de la cobertura noticiosa a favor de Peña Nieto con relación a los demás candidatos y los resultados electorales no está debidamente probada, pues se trata demostrar con documentales privadas (“Proyecto: Análisis Impactos EPN del 1o. de septiembre de 2005 al 31 de diciembre de 2011” y el “Proyecto: Análisis comparativo Impactos EPN.AMLO abril-octubre 2008-junio 2009” atribuidos a *sgresearch analytics*), las que no se encuentran administradas ni respaldadas con pruebas fehacientes; 19) que no está probado el nexo causal entre un hecho no acreditado —la amplia presencia de Enrique Peña Nieto

en los medios de comunicación desde 2005 hasta 2010— y la mayor votación que Peña recibió el 1o. de julio de 2012, y 20) que la concentración del espacio radioeléctrico en unas cuentas empresas no prueba que ello pueda incidir de manera directa e inmediata en el desarrollo del proceso electoral y sus resultados, y que además las apreciaciones de la coalición “Movimiento Progresista” sobre este tema son dogmáticas y meras argumentaciones de *lege ferenda*.

Para comentar los argumentos del Tribunal Electoral, indico que el argumento del Tribunal que mantiene que el procedimiento especial sancionador se rige por el principio dispositivo y que, por lo tanto, en ese tipo de procedimientos las facultades de investigación se ven mermadas, me parece una argumentación insostenible. Entre otras razones por el carácter exhaustivo que deben tener las decisiones de las autoridades y que está garantizado por el párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución. El Tribunal Electoral asume que por estar ubicado el artículo 365 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en el capítulo del procedimiento ordinario sancionador y no en el capítulo del procedimiento especial sancionador, no existe obligación para las autoridades electorales de realizar investigaciones serias, congruentes, idóneas, eficaces, expeditas, completas y exhaustivas. Tal criterio se opone a lo establecido en el artículo 67.1 del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral, el que sostiene que aunque el procedimiento especial sancionador se rige preponderantemente por el principio dispositivo, el secretario ejecutivo del IFE está obligado a realizar diligencias preliminares para el debido conocimiento de los hechos. Lo anterior entraña que las autoridades electorales, tanto las del IFE como las del Tribunal Electoral, estaban en aptitud de investigar los hechos en el momento procesal oportuno. El acuerdo del Consejo General del IFE que propició el recurso de apelación, que se ventiló en el expediente SUP-RAP-427/2012, motivó la inconformidad del consejero electoral Alfredo Figueroa por las carencias de investigación

atribuibles a las autoridades competentes del Instituto Federal Electoral. El consejero electoral manifestó, tanto en sede electoral como en un medio de comunicación impresa, que las indagatorias por la adquisición indebida de tiempos en radio y televisión a favor de Peña Nieto no fueron amplias ni completas ni exhaustivas, porque no se preguntó ni se solicitó de manera seria y completa información a personas físicas y morales vinculadas a los hechos que habían sido objeto de denuncia. El consejero ya mencionado sostuvo que el IFE jamás solicitó información al Instituto Electoral del Estado de México en torno a la estrategia de medios del gobierno del Estado de México, en particular los ingresos y los egresos de la campaña para gobernador de 2005, y el gasto de comunicación social del gobierno del Estado de México de 2005-2011. Igualmente, el consejero indicó que tampoco el IFE analizó los hechos como parte de una gran estrategia mediática de las principales televisoras del país y empresas con ellas relacionadas para posicionar en el electorado del país a Peña durante sus años como gobernador del Estado de México y después como precandidato y candidato a la Presidencia de la República.<sup>106</sup>

Además y en obvio de repeticiones, el juicio de inconformidad versó sobre la validez de la calificación presidencial, en donde el Tribunal Electoral está obligado, por ser el garante constitucional en la materia electoral, a salvaguardar el respeto a los principios constitucionales, lo que significa que el Tribunal Electoral no puede conformarse con una verdad formal sobre los hechos, sino que debe buscar la verdad material de estos mismos. Las facultades constitucionales y de plena jurisdicción que tiene el Tribunal Electoral le posibilitan la realización de toda suerte de investigaciones y requerimientos para esclarecer la verdad material.

<sup>106</sup> Figueroa Fernández, Alfredo, “Siete afirmaciones insostenibles y un secretario ejecutivo”, *Reforma*, sección nacional, 29 de agosto de 2012.

En cuanto a la cosa juzgada, cabe señalar que está no puede constituirse en una barrera invencible para trastocar los cimientos de la Constitución. Como lo señala la doctrina, no puede haber cosa juzgada cuando se violan los principios fundamentales de la Constitución, en virtud de la supremacía y de la fuerza normativa de esta. Por ejemplo, en Colombia al juez de tutela constitucional no le obliga la cosa juzgada, y no existe cosa juzgada cuando se vulneran a los derechos fundamentales. En México, Cossío Díaz indica que la mutabilidad de la cosa juzgada es posible y se deriva del balance entre la prontitud y la completitud con las que se deben conducir los tribunales del país, toda vez que el equilibrio y el cumplimiento de ambos deberes permiten la emisión de una sentencia racional y cercana a la verdad material.<sup>107</sup> La cosa juzgada no es una institución rígida, porque la seguridad jurídica que dice tutelar es solo uno de los principios constitucionales que debe ponerse en relación con los demás principios y valores de la carta magna mediante la ponderación adecuada para respetar en conjunción armónica al resto de los principios de la Constitución. En pocas palabras, la cosa juzgada no puede servir para simular el respeto al ordenamiento jurídico o para conformarse con una verdad formal desconectada de la realidad, sobre todo cuando está en discusión la legitimidad de origen de uno de los poderes fundamentales del Estado como es el Poder Ejecutivo.

El IFE y el Tribunal Electoral estaban en aptitud de requerir información a personas claves y a instituciones electorales y de otra índole, pues además de tener competencias jurídicas para ese efecto, se trataba de hechos que habían sido ventilados en los medios de comunicación, tanto nacionales como internacionales. Jenaro Villamil recuerda que la revista *Proceso* desde 2005 había dado cuenta de la relación indebida entre Televisa y Peña Nieto

<sup>107</sup> Cossío Díaz, José Ramón, “El estatus constitucional de la cosa juzgada (voto particular formulado en la acción de inconstitucionalidad 11/2004 y su acumulada 12/2004)”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 25, enero de 2008, pp. 33-46.

para construirlo como producto comercial ante los ciudadanos. El periódico inglés *The Guardian* también documentó que existía un plan encubierto desde 2005 —entre Televisa y Peña— para adquirir tiempo en espacios informativos y de espectáculos, con el objetivo de promover personalmente al ex gobernador del Estado de México. La existencia de ese plan entrañaba la presencia de una compleja red de intermediarios que actuaron para triangular los fondos obtenidos desde la casa de gobierno de Toluca o desde las arcas de otros gobiernos priístas —contabilidad creativa— para conseguir el fin previsto: lograr el posicionamiento de Peña Nieto ante la opinión pública nacional violentando diversas disposiciones constitucionales y legales en materia electoral. El periódico *The Wall Street Journal* dio cuenta de que el vicepresidente de Comercialización de Televisa, Alejandro Quintero Iñiguez, accionista de TV Promo y creador de Radar Servicios Especializados, fue el artífice de la triangulación de recursos millonarios desde 2005 entre el Grupo Televisa y el equipo de Peña Nieto. En 2006 y 2009, Grupo Televisa reconoció ante las autoridades bursátiles de los Estados Unidos —la Securities and Exchange Commission (SEC)— su vínculo con TV Promo y con Radar Servicios Especializados, las cuales fueron empresas que tuvieron relación comercial con el equipo de Peña Nieto para posicionar su imagen. Entre agosto y diciembre de 2008, en el principal noticiero de Canal 2, a Peña Nieto se le destinaron un total de 23 horas y 21 segundos, de los cuales 43% fueron infomerciales con la imagen del entonces gobernador mexiquense y 57% “notas informativas” relacionadas con su gobierno. A partir de 2008, pero sobre todo desde febrero de 2009, el romance de Enrique Peña Nieto con Angélica Rivera fue pretexto para que el gobernador mexiquense apareciera no solo en los noticiarios, sino también en programas de espectáculos y chismes de farándula. El triunfo del equipo de fútbol de Toluca en el campeonato de 2008 fue otro pretexto para que Peña apareciera o fuera mencionado en programas deportivos. El acuerdo entre los brókeres de las empresas cercanas a Televisa y el equipo de Peña Nieto consistió en

realizar una intensa promoción que no se circunscribe solo al terreno informativo o de análisis, sino que incorpora los elementos del *advertainment* (publicidad más entretenimiento) más la asesoría especial en todo el manejo de su discurso, su imagen y su gestión de gobierno en el Estado de México. En 2008, el gobierno mexiquense difundió en su página de internet las primeras cifras oficiales sobre sus gastos en publicidad con distintos medios, incluyendo Televisa y TV Azteca que acaparan más del 50% del gasto, pero no divulgó los contratos, a los que clasificó como información reservada. Durante 2010, y en vísperas del quinto informe de gobierno estatal de Peña Nieto, se confeccionaron nuevos spots que se difundieron masivamente por todo el país y no solo en territorio del Estado de México, que además tuvieron costos de producción altísimos —cien millones de pesos—; estos spots fueron materia de una queja que el PRD presentó ante el IFE, la cual fue objeto en su momento procesal de una de las decisiones del Tribunal Electoral más cuestionadas, ya que se exoneró a Peña Nieto de cualquier responsabilidad, a pesar de que los spots se transmitieron y se difundieron en todo el país y no solo en el Estado de México. Previa a la decisión del Tribunal Electoral, los representantes legales de Peña cenaron en la casa de la presidenta del Tribunal Electoral; esta reunión trascendió al conocimiento de la opinión pública, pero aún no ha sido justificada por los asistentes a ese encuentro. A partir de 2012, los detalles de todo lo relacionado con publicidad, producción de spots, asesoría de discurso, imagen, redes sociales, manejo visual y guerra sucia o de contrastes con los adversarios de Peña Nieto se manejó en las oficinas de El Mall, empresa de Pedro Torres que tiene su domicilio en el Distrito Federal y que es bróker de Televisa; los acuerdos para lograr el posicionamiento de Peña en la campaña presidencial con esta empresa se realizaron con la condición de no dejar ningún tipo de huella fiscal o contable, y se calcula que el costo aproximado por estos servicios fue de más de doscientos millones de pesos.<sup>108</sup>

<sup>108</sup> Villamil, Jenaro, *Peña Nieto: el gran montaje*, México, Grijalbo, 2012, pp. 9-48.

Ninguno de los hechos anteriores y de otros similares a ellos que fueron planteados en el juicio de inconformidad de la coalición “Movimiento Progresista” fueron investigados en su momento por el IFE. Tampoco el Tribunal Electoral al conocer de las quejas del PRD y de la coalición “Movimiento Progresista” ordenó la realización de diligencias suficientes para conocer la veracidad de los hechos. Durante la fase de instrucción del juicio de inconformidad que conocía de la elección presidencial, el Tribunal Electoral no ordenó requerimiento de información alguno a persona física, moral, partido, coalición o autoridad vinculada con los hechos señalados insistentemente por la coalición “Movimiento Progresista”. Este Tribunal mantuvo una posición formal alejada de cualquier pretensión seria para conocer y esclarecer la verdad material de los hechos. Como ya lo hemos dicho aquí, el Tribunal Electoral no actuó como un tribunal constitucional en materia electoral ni como un tribunal de plena jurisdicción, sino que conservó los criterios tradicionales en materia de prueba y de cosa juzgada para no salvaguardar y proteger los principios constitucionales de elecciones libres y auténticas. El Tribunal Electoral sostuvo los argumentos formalistas que hemos mencionado en párrafos previos: 1) se recuerda que en el SUP-RAP-427/2012 otros agravios fueron considerados como infundados, porque se basaron en hechos que fueron causa de pedir en el recurso de apelación SUP-RAP-24/2011; 2) que en la difusión, en territorio nacional, del quinto informe de Gobierno del entonces gobernador Peña Nieto no se violentaron las normas electorales, porque no existió ningún pacto o convenio firmado entre el gobierno del Estado de México y las televisoras para difundirlo a nivel nacional; 3) que la adquisición de tiempos en radio y televisión por parte del Gobierno de Peña Nieto en el Estado de México no continuó después de la implementación del nuevo modelo de comunicación derivado de la reforma electoral 2007-2008; 4) que no existe evidencia en autos que pruebe la publicidad encubierta a favor de Peña Nieto; 5) que no hay pruebas para sostener que en los medios de comunicación, tanto electrónicos como impresos, existió una conducta

sistemática que refleje indubitablemente la adquisición encubierta de tiempos; 6) que en el juicio de inconformidad no se puede modificar lo que fue resuelto en los recursos de apelación; 7) que las largas y diversas entrevistas entre Enrique Peña Nieto y diversos comunicadores, principalmente del grupo Radio Fórmula, durante el proceso electoral y previo a él, no prueban que el ciudadano en cuestión haya comprado el tiempo en los medios respectivos; 8) que es razonable que a los candidatos a la Presidencia de la República se les entrevistó con amplitud —aunque a Peña Nieto se le entrevistó más—; 9) que las notas e información a favor de Peña Nieto en la prensa escrita, principalmente en los periódicos de la OEM, no son reprochables como infracciones y no pueden ser valorados como presupuesto de nulidad de la elección, porque están amparadas por la libertad de expresión y el derecho a la información; 10) que del monitoreo realizado por la UNAM a los noticieros de radio y televisión no se advierte la existencia de un sesgo informativo a favor de Peña Nieto que haya puesto en duda la equidad en la contienda; 11) que la coalición “Movimiento Progresista” no proporciona elementos ciertos que permitan identificar los programas de radio y televisión en los que hayan sido difundido noticias, comentarios, opiniones o cualquier información tendenciosa o sesgada a favor de Peña Nieto; 12) que la comparación de los “testigos” del monitoreo de la UNAM entre las noticias sobre Peña Nieto y Andrés Manuel López Obrador es responsabilidad de la coalición “Movimiento Progresista”, pues a ella corresponde la carga de la prueba; 13) que las pruebas de la coalición “Movimiento Progresista” a este respecto no precisan las condiciones de modo, tiempo y lugar; 14) que las pruebas para acreditar los sesgos en la cobertura del suceso ocurrido el 11 de mayo de 2012, durante la visita del ciudadano Enrique Peña Nieto a la Universidad Iberoamericana, son insuficientes; 15) que no existe obligación por parte de las autoridades electorales para monitorear programas en los medios de comunicación electrónica que difunden barras de opinión, tal y como se desprende del párrafo octavo del artículo 76 del Código Federal de Instituciones y

Procedimientos Electorales, y en respeto a la libertad de expresión y el derecho a la información; 16) que las pruebas para acreditar el vínculo directo entre el desequilibrio de la cobertura noticiosa a favor de Peña Nieto con relación a los demás candidatos y los resultados electorales no está debidamente probada, pues se trata demostrar con documentales privadas (“Proyecto: Análisis Impactos EPN del 1o. de septiembre de 2005 al 31 de diciembre de 2011” y el “Proyecto: Análisis comparativo Impactos EPN.AMLO abril-octubre 2008-junio 2009” atribuidos a *sgresearch analytics*), las que no se encuentran administradas ni respaldadas con pruebas fehacientes; 17) que no está probado el nexo causal entre un hecho no acreditado —la amplia presencia de Enrique Peña Nieto en los medios de comunicación desde 2005 hasta 2010— y la mayor votación que Peña recibió el 1o. de julio de 2012, y 28) que la concentración del espacio radioeléctrico en unas cuentas empresas no prueba que ello pueda incidir de manera directa e inmediata en el desarrollo del proceso electoral y sus resultados, y que además las apreciaciones de la coalición “Movimiento Progresista” sobre este tema son dogmáticas y constituyen meros argumentos de *lege ferenda*.<sup>109</sup>

Llama mucho la atención que el Tribunal Electoral no hiciera un estudio hermenéutico desde el contexto y el papel que representan los medios de comunicación electrónica en México, y que tampoco haya construido una doctrina sobre los elementos e implicaciones del derecho a la información para el sistema político mexicano. Los medios electrónicos en México no actúan ni ejercen su función bajo condiciones democráticas, tal y como lo señalaron recientemente los relatores para la libertad de expresión de la ONU y de la OEA.<sup>110</sup> La relación entre los medios

<sup>109</sup> SUP-JIN-359/2012, pp. 242 y ss.

<sup>110</sup> Informe del relator especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión 2010, Frank La Rue (A/HRC/17/27/Add.3, 10 de mayo de 2011) y el Informe Especial sobre la libertad de expresión en México 2010 de la relatora especial de la OEA, doctora Catalina Botero (OEA/Ser.L/V/II.Doc.5, 7 de marzo de 2011).

de comunicación electrónica, el poder formal-institucional y los ciudadanos no constituye un vínculo propio de los sistemas democráticos, porque no existe pluralidad de medios ni al interior de ellos. Los medios electrónicos en México, sobre todo las dos grandes televisoras, actúan como poder fáctico, con lo cual afecta e influye de manera contraria a la de un Estado de derecho y al de una democracia en el desarrollo político del país. Los medios electrónicos ejercen un papel más que significativo durante los procesos electorales, y aunque la reforma constitucional-electoral de 2007 y 2008 los limitó, esa regulación no implica que los medios electrónicos —la televisión— se hayan subordinado al derecho. Estos medios mantienen una posición de preeminencia e impiden reformas a la Ley de Radio y Televisión y a las Telecomunicaciones que contribuyan a pluralizar el acceso al espacio radioeléctrico; además, han imposibilitado la legislación en materia de réplica, que debió entrar en vigor desde hace algunos años. También estos medios han obstaculizado la aprobación de la ley reglamentaria del artículo 134 de la Constitución sobre publicidad gubernamental y del Estado, lo que por cierto favoreció a Peña Nieto, porque fue posicionado de manera más que relevante sobre cualquier otro posible candidato y político del país. Los medios electrónicos —la televisión privada— controlan las bancadas del Partido Verde Ecologista de México en el Senado y en la Cámara de Diputados, y utilizan a los legisladores de estos grupos parlamentarios y de otros grupos parlamentarios como correas de transmisión de sus intereses. El Tribunal Electoral, para el conocimiento e interpretación del agravio relativo a la adquisición encubierta de tiempos en radio y televisión, debió advertir al menos el papel y la función de ese ominoso contexto mediático para la garantía plena de elecciones libres y auténticas, pero no lo hizo y dio por natural y ordinario el comportamiento de los medios electrónicos en nuestro país; asimismo, cerró los ojos ante la realidad y supuso que los medios electrónicos en México actúan como en una democracia consolidada, cuando en el país existe una alta concentración en la propiedad

y en el control de los medios a los que se han asignado frecuencias del espectro radioeléctrico, y que con el poder derivado de esa circunstancia se influye indebidamente, muchas veces, en los ámbitos fundamentales de la vida nacional.

Un elemento principal que sostenía toda la argumentación del agravio de la coalición “Movimiento Progresista”, que el Tribunal no estudió, es el del mercado negro en la compra y/o adquisición de tiempos en radio y televisión. Lo anterior era necesario, pues aunque la reforma constitucional y legal de 2007-2008 en materia electoral prohibió a los partidos y a los terceros la compra de tiempos en radio y televisión para influir en las preferencias electorales, lo cierto es que las reformas constitucionales y legales han sido defraudadas continuamente, pues al margen de los tiempos del Estado que corresponden a los partidos se ha producido un mercado negro entre medios y clase política, en donde las empresas de radio y televisión comercian sus espacios con los partidos y dirigentes políticos para transmitir información, que pasa a ser propaganda cuando se realiza sistemática y generalizadamente, en los noticieros, en los programas de opinión, de espectáculos o a través de infomerciales, etcétera. Esa propaganda derivada de un mercado negro afecta los principios y reglas electorales, porque los subvierte, y además constituye fraude a la Constitución y a la ley; también: 1) produce inequidad, porque los candidatos y partidos con mayores recursos pueden adquirir más fácilmente esa propaganda; 2) es una propaganda que no es monitoreada obligatoriamente por el IFE, en los términos de lo dispuesto en el artículo 76, párrafo octavo, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, porque este solo monitorea obligatoriamente noticieros y no programas que difunden espectáculos o barras de opinión; 3) es propaganda que no se reporta al IFE y que no se fiscaliza por este; 4) es propaganda que no suele dejar huellas fiscales o contables, porque las operaciones se realizan en efectivo —constituye defraudación fiscal—, lo que dificulta la obtención de pruebas directas; 4) es propaganda que es pagada con recursos, muchas

veces, de procedencia desconocido, y que, por tanto, viola los principios y las reglas en materia de financiamiento y fiscalización electoral, y 5) es propaganda que puede constituir lavado de dinero y otras faltas administrativas, e incluso delitos.

El indebido posicionamiento de Peña Nieto en el escenario político fue consecuencia del mercado negro en la propaganda política y electoral existente en nuestro país. El Tribunal Electoral no debió omitir en su resolución el rol de ese mercado negro sobre los espacios de radio y televisión ni tampoco en la vigencia o no del principio de elecciones libres y auténticas. La resolución está descontextualizada, porque no solo no ve, sino que niega la exaltación mediática a favor de Peña Nieto que vimos y escuchamos millones de mexicanos durante seis años en las pantallas de televisión y en las estaciones de radio. En el análisis de este agravio, como en los demás, se conformaron con una verdad formal; se negaron a investigar los señalamientos de la coalición “Movimiento Progresista”, porque establecieron que la carga de la prueba era exclusiva de la coalición; no construyeron prueba presuncional alguna a partir de los indicios acreditados, y no advirtieron el ominoso contexto de nuestro país por el papel de los medios electrónicos, los cuales conspiran todos los días en contra del derecho a la información de los mexicanos.

Como señala Venicio A. de Lima al referirse al caso de Collor de Mello en Brasil:

Las elecciones brasileñas de 1989 conducen a una reconsideración del concepto de democracia. ¿Qué tipo de democracia es posible en las culturas contemporáneas, donde los medios ocupan una posición central, es decir, sociedades donde la construcción de escenarios políticos se ve necesariamente reflejada/constituida por dichos medios, especialmente por la televisión? ¿Es la elección de Collor la referencia paradigmática para comprender los procesos electorales en otros países latinoamericanos... Pese a todas las diferencias existentes, Brasil y otros países latinoamericanos comparten una característica común: son culturas de consumo transnacional donde los medios de comunicación ocupan

una posición clave. La posición central de la televisión comercial en toda América Latina unifica sociedades por otra parte totalmente distintas, en cuanto que todas ellas están dominadas por maquinarias y regímenes que constituyen y reflejan escenarios de representación en los que los ciudadanos de dichos países viven y encuentran sentido a sus vidas. Incluso aunque existan diferentes historias y tradiciones entre las culturas latinoamericanas, la extendida adopción de la televisión privada y sus escenarios comerciales/consumistas parecen apuntar hacia una desintegración de la diferencia y hacia la adaptación de un método de práctica política que hace urgente una intensificación de la lucha por una ciudadanía crítica... La democracia, en las culturas contemporáneas donde los medios de comunicación ocupan una posición central, debe ser reconsiderada como un proyecto político utópico a lograr en el proceso histórico de construcción de escenarios alternativos de representación. La subjetividad, la identidad y la política deben constituir y reflejar la lucha hegemónica y cultural concreta de ciudadanos capacitados, por sociedades donde prevalezcan verdaderas diferencias y diversidades de clase, raza, género, deseo y placer.<sup>111</sup>

A consecuencia del escándalo derivado de la candidatura de Collor de Mello, quien fue impuesto por la televisión privada como presidente de Brasil, el artículo 45 de la Ley No. 9 504/97 de ese país establece sanciones pecuniarias a las emisoras que den tratamiento privilegiado a candidatos o partidos.<sup>112</sup>

En nuestro país, recientemente en el SUP-RAP 452/2012, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se aparta del criterio del SUP-JIN 359/2012, seguramente porque no estaba en juego la calificación de la elección presidencial, y dice que:

<sup>111</sup> Lima, Venicio A. de, “Medios de comunicación y democracia. La construcción de un presidente brasileño”, *Anuario Brasileiro de Midia*, Sao Paulo, 1990/1991, p. 21.

<sup>112</sup> Neves, Fernando, “El uso indebido de los medios de comunicación social y el abuso del poder económico”, *Justicia Electoral*, México, núm. 19, 2004, pp. 27-29.

...los medios de comunicación evidentemente tienen un compromiso de conducirse con imparcialidad durante el desarrollo de los comicios electorales, el cual evidentemente se rompe cuando, como en el presente caso, existe un conflicto de intereses, entre la sociedad que desea contar con información objetiva e imparcial, y el de los directivos y representantes de la empresa en cuestión, de apoyar a un familiar, en este caso a la hermana, en su campaña electoral como candidata a un cargo de elección popular.<sup>113</sup>

#### V. CRÍTICA AL ESTUDIO DEL SEGUNDO AGRAVIO: USO INDEBIDO DE LAS ENCUESTAS COMO PROPAGANDA ELECTORAL

El estudio de las encuestas fue materia en el juicio de inconformidad del cuarto agravio. En este agravio, la coalición “Movimiento Progresista” sostuvo que hubo un uso indebido en los medios —principalmente electrónicos— de las encuestas como auténtica propaganda electoral; se aprovechó que su empleo no se encuentra debidamente regulado, y, por lo mismo, existió falta de transparencia sobre quiénes las contrataron y qué intereses persiguieron. El uso de las encuestas configuró una forma de inducción del voto a favor de Peña Nieto, lo que vulneró el derecho a la información del electorado y los principios constitucionales de objetividad, equidad y certeza.

En el análisis de estos aspectos, el Tribunal estima que no existe una respuesta unánime por parte de los especialistas sobre el impacto de las encuestas en la conducta de los electores, y que por ello no puede afirmarse categóricamente que las encuestas generan, siempre y en cualquier circunstancia, un efecto específico a favor o en contra de algún candidato o partido. En las encuestas podemos encontrar el “efecto de adhesión o apoyo al ganador” (*bandwagon effect*), el “efecto de apoyo al perdedor” (*underdog effect*), el “efecto de apoyo al que sube” o “bola de nieve”,

<sup>113</sup> SUP-RAP 452/2012.

y el “efecto útil o cálculo de rendimiento”. En cuanto a los efectos sobre la participación general del electorado, se encuentra el efecto de disminución de votantes y el efecto de movilización táctica que alienta la participación. Sobre la credibilidad de las encuestas, el Tribunal juzga que ello depende de dos factores: su margen de error y su éxito en definir ganador o perdedor. Por todo lo anterior, el Tribunal Electoral concluye que no existe coincidencia en los especialistas para sostener que las encuestas son predicciones de eventos futuros.<sup>114</sup>

Según el Tribunal Electoral, con el marco jurídico vigente en materia de encuestas, quién pretenda cuestionar los resultados de los sondeos de opinión debe probar lo siguiente: que se incumplió de manera sistemática con la entrega de información a la autoridad administrativa; que, a partir del análisis de la metodología, existen sesgos evidentes en el muestreo; que existió manipulación en los cuestionarios o cualquier otra circunstancia que permita desvirtuar que las encuestas fueron realizadas siguiendo los criterios científicos y metodológicos conducentes, o que su difusión respondió a una estrategia de propaganda electoral y no a un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, cuando los resultados de los ejercicios sean falseados o dolosamente manipulados.<sup>115</sup>

El Tribunal considera que aunque las principales empresas encuestadoras no acertaron en sus mediciones con relación a los resultados oficiales, pues las diferencias entre ambas variables osciló entre el 4.38% y el 13.48%, tal circunstancia es insuficiente para suponer que las encuestas fueron manipuladas o sesgadas. Lo anterior, porque las encuestas miden las preferencias de los electores en el momento en el que se realizan y no son predicciones sobre el resultado de la elección.<sup>116</sup> Además, para el Tribunal Electoral no existe violación jurídica alguna sobre quién financió las encuestas, porque en la mayoría de los casos

<sup>114</sup> SUP-JIN-359/2012, p. 390.

<sup>115</sup> SUP-JIN-359/2012, p. 411.

<sup>116</sup> SUP-JIN-359/2012, pp. 429, 460 y 461.

se conoce quién las financió, y las personas que las pagaron lo hicieron legalmente —según el Tribunal fueron pagadas por medios de comunicación o autofinanciadas—. En cuanto a que la difusión diaria de las encuestas manipula y ejerce presión sobre el electorado, el Tribunal sostiene que la coalición “Movimiento Progresista” no prueba su aserto, y que además esa difusión se encuentra amparada por los derechos de libertad de expresión y por el derecho a la información.

El análisis del Tribunal Electoral sobre el papel de las encuestas como auténtica propaganda electoral ilustra la concepción restrictiva de ese órgano jurisdiccional, que no advierte el vínculo coalición “Compromiso por México”, medios de comunicación y empresas encuestadoras. Esas tres variables forman parte del mismo engranaje y de la misma estrategia para que Peña Nieto resultara el candidato presidencial triunfador. De todas las encuestas, solo las de Demotecnia de María de las Heras y la de Ipsos-Bimsa de Eduardo Berumen se acercaron al rango de distancia que aportó el conteo rápido, el PREP y los resultados oficiales. Como dice Villamil, paradójicamente las encuestas que más se acercaron al resultado definitivo fueron las menos difundidas y replicadas en los medios de comunicación, y merecieron descalificaciones inmediatas por parte del “consenso demoscópico”, mientras que las menos acertadas recibieron la más amplia difusión en los medios y el beneplácito de las principales empresas encuestadoras.<sup>117</sup>

Desde luego como ya se ha dicho, el tema fundamental para el tratamiento de las encuestas como propaganda electoral reside en ese vínculo entre la coalición “Compromiso por México”, los medios de comunicación y las empresas encuestadoras. Si el Tribunal Electoral hubiera realizado una investigación a profundidad sobre quién pago las encuestas y sobre los acuerdos y convenios de publicidad no públicos entre Peña Nieto, los medios y

<sup>117</sup> Villamil, Jenaro, *Peña Nieto: el gran montaje*, México, Grijalbo, 2012, pp. 84 y 85.

sus intermediarios, seguramente las conclusiones hubieran sido diferentes.<sup>118</sup>

Un aspecto no estudiado ni investigado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que tiene relación con otra de las funciones de las encuestas, era la inducción entre el electorado de una percepción en la que Peña Nieto, en cualquier escenario, era el candidato que iba a resultar triunfador. El Tribunal, como en otros estudios de su resolución, se orientó bajo las pautas más conservadoras, y no cayó en cuenta que el objetivo principal de esas encuestas solo era uno: mostrar machacantemente el triunfo de Peña Nieto como inevitable e insuperable. Resulta a este respecto fundamental ver que si se sumaban todas las menciones de las empresas encuestadoras que reiteradamente diagnosticaron que Peña Nieto ganaría con dos dígitos de diferencia, nos da la cantidad de 1 800; es decir, unas veinte menciones diarias en diferentes noticiarios del país, algunos de ellos de penetración nacional, como el Milenio Televisión.<sup>119</sup>

Si el Tribunal Electoral hubiera acudido a la prueba presuncional con base en los elementos conocidos y probados, este hubiera llegado a otras conclusiones. Las presunciones exigen un compromiso fuerte del juzgador con la racionalidad, la coherencia de una resolución y la búsqueda de la verdad. Como dice Marina Gascón Abellán, el ideal del conocimiento racional ha consistido siempre en alcanzar certezas absolutas e incuestionables, y el razonamiento deductivo tradicionalmente se ha mostrado como el único capaz de suministrarlas, pero el problema

<sup>118</sup> Leo Zuckerman ilustra cómo en México se compran encuestas y describe que dos semanas antes de la elección de gobernador en Michoacán, Joaquín López Dóriga entrevistó en Radio Fórmula al aspirante priísta a gobernador Fausto Vallejo, y que en esa entrevista este reconoció que la empresa GCE le daba una ventaja en la medición de las preferencias ciudadanas, pero que como *no llegó a ningún acuerdo con esa empresa*, esta modificó los momios a favor de la candidata del PAN. Zuckerman, Leo, “Quién es quién en las encuestas”, *Revista Nexos*, marzo de 2012, p. 40.

<sup>119</sup> Hurtado Razo, Luis Miguel, “Encuestas como propaganda disfrazada”, *Revista Zócalo*, octubre de 2012, pp. 34-36.

no está ahí, sino en la superación de la inducción; es decir, cómo conocer y acreditar los hechos que no se pueden observar.<sup>120</sup> Para ello es necesario contar con una doctrina consistente de la prueba presuncional —indirecta e inductiva—. En la resolución que analizamos, el Tribunal Electoral no elabora ninguna doctrina convincente ni coherente sobre la prueba presuncional, y además cuando acude a ella, la margina, prescinde de ella y opta señaladamente por favorecer las pruebas directas para negar el derecho a la coalición “Movimiento Progresista”, a despecho de que la prueba presuncional nos aproxima a la verdad en sentido material, porque expresa un juicio de regularidad fundado en la experiencia, al que se reconoce una alta probabilidad de verdad.<sup>121</sup>

#### VI. CRÍTICA AL ESTUDIO DEL TERCER AGRAVIO: FINANCIAMIENTO ENCUBIERTO POR CONDUCTO DE BANCO MONEX, S. A.

El agravio de la coalición “Movimiento Progresista” sostiene que la coalición “Compromiso por México” realizó conductas que afectan la libertad de sufragio y la equidad en la contienda, por haber utilizado durante la campaña electoral un financiamiento encubierto, paralelo, de procedencia desconocida y prohibido por la ley. Entre esas conductas se destacan: a) el paquete de publicidad con la empresa estadounidense Frontera Televisión Networks por 56 millones de dólares; b) financiamiento a través del Banco Monex mediante la entrega de 9 924 tarjetas de prepago para pagar a representantes generales y de casilla del PRI; c) financiamiento a través de Banco Monex por Importadora y Comercializadora Efra; d) financiamiento a través de Banco Monex por diversas empresas y personas físicas que transfirieron y/o depositaron durante los meses de la campaña electoral recur-

<sup>120</sup> Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 16.

<sup>121</sup> Aguiló Regla, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, *Revista Isegoría*, Madrid, núm. 35, julio-diciembre de 2006, p. 14.

Los millonarios a esa institución bancaria para posteriormente transferirlos al PRI, y e) los recursos relacionados con las tramas financieras tenían por finalidad pagar la estructura electoral del PRI y también comprar el voto.

Frente a este agravio, el Tribunal Electoral<sup>122</sup> argumenta que no se cuenta con elementos probatorios fehacientes para afirmar que las tarjetas Monex, y el resto de las conductas esgrimidas en el agravio, constituyan afectaciones o violaciones a los principios rectores en materia electoral. Se señala que con el material probatorio existente en autos no se prueban las imputaciones de la coalición “Movimiento Progresista” ni mucho menos actos de compra y coacción del voto.

La decisión del Tribunal Electoral sobre este agravio confirma lo que hemos sostenido en estas páginas: el Tribunal Electoral no investiga y, por eso, violenta los artículos 6.3 y 21 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; el Tribunal sostiene que la carga de la prueba corresponda en exclusiva a la parte actora; el Tribunal no requiere información a las autoridades competentes; el Tribunal Electoral no desarrolla ni despliega ninguna prueba presuncional, y el Tribunal Electoral no apremia a la autoridad electoral —Unidad de Fiscalización del IFE— a concluir sus investigaciones, porque afirma que esa instancia tiene autonomía constitucional. El estudio del agravio por parte del Tribunal Electoral se hace sin que esta instancia jurisdiccional tenga todos los elementos sobre la mesa para decidir, porque las investigaciones se mantienen aún en curso. ¿Cómo se valida una elección presidencial cuando aún no se sabe si el financiamiento paralelo violentó los principios electorales de carácter constitucional? ¿Cómo se resuelve la validez de la elección si aún hay elementos pendientes de desahogo que posteriormente podrían acreditar el carácter no constitucional ni democrático de la misma elección? Evidentemente, el Tribunal Electoral peca de irresponsabilidad, porque

<sup>122</sup> SUP-JIN 359/2012, pp. 647 y ss.

no argumenta sobre la existencia de una posible contradicción entre su resolución del presente con resoluciones del futuro. El Tribunal Electoral también violenta el principio de certeza al no asegurarnos que en el futuro las características de la elección pueden devenir distintas; es decir, de la validez formal del ahora a un cuestionamiento constitucional o legal posterior del proceso electoral federal 2011-2012.

#### VII. CRÍTICA AL ESTUDIO DEL CUARTO AGRAVIO: CONCEPTOS DE AGRAVIO RELACIONADOS CON TIENDAS SORIANA

En este agravio, la coalición “Movimiento Progresista” argumenta que, durante y después de la jornada electoral, la coalición “Compromiso por México” y sus candidatos a diversos cargos de elección popular llevaron a cabo prácticas generalizadas de “compra de votos” a través de distintos mecanismos y modalidades, entre las que se destacan la distribución de tarjetas de Tiendas Soriana, con las que se podía adquirir mercancía en esa cadena comercial. El agravio indica la relación contractual entre Tiendas Soriana y algunos gobiernos locales de extracción priísta. La parte actora establece que la distribución de tarjetas Soriana implicó cuatro tipos de irregularidades: a) coacción y presión en los electores; b) aportaciones indebidas por parte de empresas mercantiles; c) intervención de gobiernos locales, y d) rebase de topes de gastos de campaña.<sup>123</sup>

El Tribunal Electoral en torno a este agravio sostiene<sup>124</sup> que no está controvertida en autos la existencia de 5 720 tarjetas de la Tienda Soriana, además de identificar 11 tipos diferentes de tarjetas de esta cadena comercial. No obstante, la existencia de las

<sup>123</sup> Hoy se sabe que Tiendas Soriana reportaron a la Bolsa Mexicana de Valores que en el tercer trimestre de 2012 (julio a septiembre) sus ingresos netos se dispararon un 60%. Galván Ochoa, Enrique, “Dinero”, *La Jornada*, 31 de octubre de 2012, p. 6.

<sup>124</sup> SUP-JIN 359/2012, pp. 760 y ss.

tarjetas no implica que se hayan otorgado a los ciudadanos con la condición de que votaran por el candidato Peña Nieto, pues las tarjetas tienen como base convenios de colaboración con el PRI para beneficiar directamente a los militantes del PRI y no a la ciudadanía en general. En cuanto a los convenios de Soriana con los gobiernos estatales, estos tienen como objeto —según el punto de vista del Tribunal— la adquisición de despensas para ser distribuidas como parte de programas sociales. Además, señala la Sala del Tribunal Electoral que no se acredita con las tarjetas o con las despensas una forma de compra y coacción del voto; tampoco se prueba la aportación ilegal de una empresa mercantil a partido político alguno o el desvío de recursos públicos con fines electorales, ni el rebase de topes de gastos de campaña.

No se comparte el punto de vista de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, porque nuevamente insiste en que la carga de la prueba es de la parte actora. El Tribunal no investiga el universo total de las tarjetas y despensas —de Tiendas Soriana— entregadas por el PRI y por los gobiernos estatales priístas. El Tribunal no investigó si los programas del PRI para la distribución de tarjetas Soriana eran permanentes y ordinarios o si se realizaban exclusivamente durante los procesos electorales. El Tribunal tampoco investiga si la entrega de despensas —como parte de los programas estatales y municipales— se amplía durante los procesos electorales o si se mantiene la regularidad en las etapas no electorales; además, no existe en la resolución del Tribunal ninguna doctrina jurídica sobre las implicaciones en el voto ciudadano de los programas sociales durante los procesos electorales. El Tribunal mantiene su equivocada postura en torno a la exigencia de prueba directa para probar imputaciones de este tipo, a sabiendas de que la compra y coacción del voto, y las otras violaciones electorales esgrimidas solo se acreditan con pruebas indirectas; asimismo, no hay desarrollo en los considerandos de este agravio de prueba presuncional alguna. El Tribunal con ello no brinda certeza alguna, pues no dice cómo debe probarse la compra y coacción

del voto, así como las demás violaciones electorales planteadas. El Tribunal resuelve a pesar de que existían al momento de su decisión algunos procedimientos pendientes de desahogo ante diversas autoridades electorales.

Nuevamente, el Tribunal cierra los ojos ante el contexto, ante la realidad. Esta resolución desconoce la existencia de desigualdades sociales en México, los niveles de pobreza extrema en el país y las prácticas antidemocráticas de compra y coacción del voto, las cuales son habituales en el territorio nacional; omite cualquier valoración sobre el carácter peligroso para la democracia del empleo de las tarjetas de Tiendas Soriana y de los llamados programas sociales, que consisten en la entrega de despensas; no estudia el posible impacto que tuvieron las tarjetas y los programas sociales en los resultados electorales, pues como señalan las cifras oficiales, Peña Nieto ganó la cantidad más abultada de votos en casillas rurales; margina cualquier consideración sobre los lugares —rurales, mixtos o urbanos— en donde se entregaron las tarjetas y las despensas, y no verifica de ningún modo el destino de estos artículos para determinar si efectivamente se entregaron a quiénes el PRI y los gobiernos estatales señalaron como destinatarios. Todo el estudio del agravio entraña una refutación a la coalición “Movimiento Progresista”, a partir de la adquisición de los argumentos del escrito del tercero interesado, así como de lo alegado en otras instancias electorales y de autoridad por los representantes legales de las Tiendas Soriana.

VIII. CRÍTICA AL ESTUDIO DEL QUINTO AGRAVIO:  
GASTOS EXCESIVOS EN CAMPAÑA ELECTORAL Y APORTACIONES  
DE EMPRESAS MEXICANAS DE CARÁCTER MERCANTIL

El agravio de la coalición “Movimiento Progresista” expone las violaciones al tope de gastos de campaña; solo por propaganda electoral y actos de campaña electoral cuantificable se estima que el gasto fue de \$1 892 987 873.00, cuando el tope establecido

por el Consejo General del IFE era de \$336 112 084.00. Además, la coalición “Compromiso por México” recibió aportaciones de empresas mercantiles, lo que está prohibido por la ley electoral. La trama de aportaciones ilegales está constituida, entre otros mecanismos, por la distribución de tarjetas “Premium Platino” que realizó el PVEM y por la dispersión de la tarjeta “la Tamaulipeca”.

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación señala,<sup>125</sup> respecto al rebase de topes de gastos de campaña, que no se pronunciará sobre ello, porque los procedimientos de investigación están aún en etapa de desahogo ante la Unidad de Fiscalización del IFE, y que no desea realizar un control ex ante, extemporáneo e ineficaz sobre un asunto que es competencia del Instituto Federal Electoral a través de sus órganos especializados. Con relación a los demás elementos del agravio, el Tribunal considera que también existen procedimientos de queja pendientes de desahogo ante el Instituto Federal Electoral, y que con el material probatorio aportado no se acreditan los agravios formulados.

Es evidente que el Tribunal Electoral en el análisis de este agravio escoge el camino de la formalidad, cuando el rebase de topes de gastos de campaña y las aportaciones de sociedades mercantiles a los partidos constituyen faltas graves que trastocan la equidad en la competencia electoral; además, se disocia indebidamente del análisis sobre la validez de la elección las posibles irregularidades imputadas en materia de financiamiento y fiscalización. El absurdo de esa disociación podría entrañar que al concluir los procedimientos de fiscalización el IFE encuentre probadas las irregularidades —la inequidad, por tanto, del proceso electoral, y con ello la violación al principio de elecciones auténticas—, cuando el proceso electoral presidencial ya se ha validado. La conclusión de lo anterior, a la luz de lo resuelto por el Tribunal Electoral, es evidente: se puede violar el marco electoral, constitucional y legal en materia de financiamiento y

<sup>125</sup> SUP-JIN 359/2012, pp. 870 y 871.

fiscalización, porque su transgresión no comporta la invalidez de la elección, sino otras responsabilidades que serán, en todo caso, determinadas con posterioridad a la calificación electoral respectiva. La disociación mencionada es el resultado de interpretar separada y aisladamente las porciones normativas de la Constitución y de la ley electoral, cuando el artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución obliga a las autoridades y jueces a realizar interpretaciones conformes.

El punto de vista del Tribunal Electoral no es consistente con los principios constitucionales de elecciones libres y auténticas. ¿Cómo puede ser auténtica una elección en la que se infringe la equidad y esa violación no es tomada en cuenta al momento de la validación del proceso electoral? La decisión del Tribunal Electoral es inaceptable y demuestra que no se realizó una interpretación conforme, y en términos del párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución, pues no se practica la interpretación sistemática del texto constitucional ni se efectúa la lectura de la ley desde la Constitución. En términos del profesor Rodolfo Luis Vigo, el Tribunal Electoral no cumple con las directivas de interpretación constitucional, las cuales señalan que la Constitución posee fuerza normativa —sus normas y significados deben maximizarse— y con la directiva que indica que la Constitución es un sistema; por lo tanto, las normas particulares de la Constitución o de la ley deben entenderse mediante una interpretación conforme y armónica de todas sus partes y elementos, asumiendo la noción de que el ordenamiento jurídico es un bloque constitucional.<sup>126</sup>

#### IX. CRÍTICA AL ESTUDIO DEL SEXTO AGRAVIO: INTERVENCIÓN DE GOBIERNOS (FEDERAL Y LOCALES)

La coalición “Movimiento Progresista” sostuvo que tanto el titular del Ejecutivo federal como gobernadores emanados del

<sup>126</sup> Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 107-124.

PRI intervinieron indebidamente en el proceso electoral federal. En particular, se alude a la reunión que los gobernadores priístas tuvieron con Enrique Peña Nieto el 12 de junio de 2012 en la ciudad de Toluca, en donde acordaron apoyar con recursos a su candidato y a través de una cuota de votos que cada uno de ellos se comprometió a conseguir a su favor.<sup>127</sup> De esa reunión se derivaron distintas operaciones políticas instrumentadas por los gobernadores priístas y por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (operativo Ágora) para comprar y presionar entre los ciudadanos el voto a favor del candidato de la coalición “Compromiso por México”.

La Sala Superior del Tribunal Electoral estimó, como en el análisis de los demás agravios,<sup>128</sup> que no existía el ofrecimiento ni la aportación de medio de prueba alguno por la coalición “Movimiento Progresista” que se encuentre vinculado con los hechos presuntamente contraventores de la Constitución y de la normativa electoral secundaria. La Sala Superior sostiene que de los indicios probados —la reunión de los gobernadores en Toluca, Estado de México— no se puede inferir el uso de recursos públicos para la compra y coacción del voto. En los demás casos relacionados con el operativo Ágora y con los esquemas de compra y coacción del voto en los estados de Zacatecas, Chihuahua, Sonora, Zacatecas o Durango a los que alude la coalición “Movimiento Progresista”, la Sala Superior del Tribunal Electoral indica que con los medios de convicción que tiene no puede inferir la compra o coacción del voto ni ninguna otra violación al marco electoral del país por parte de servidores públicos federales, estatales o municipales.

Nuevamente, el Tribunal Electoral estima infundados los agravios por falta de pruebas, sin que el propio Tribunal realice la mínima investigación. La coalición “Movimiento Progresista” ofreció para probar este agravio numerosos indicios que la auto-

<sup>127</sup> SUP-JIN 359/2012, pp. 980 y ss.

<sup>128</sup> *Ibidem*, pp. 1012 y ss.

ridad electoral en ejercicio de sus facultades no quiso ampliar ni profundizar, únicamente se concretó a indicar que la carga de la prueba es de quien afirma, pero se olvidó de señalar que como tribunal constitucional de plena jurisdicción, garante de los derechos fundamentales y de los principios democráticos previstos en la Constitución, estaba obligado a salvaguardarlos y para ello debía investigar a profundidad los hechos narrados por la coalición “Movimiento Progresista”, los que además estaban acompañados de un número considerable de indicios.

Produce perplejidad que el Tribunal Electoral estime como irrelevante, para efectos electorales, la reunión de los gobernadores priístas en Toluca con Peña Nieto el 12 de junio de 2012, a unos cuantos días de la elección; siendo que esa reunión no tenía relación ni fundamento en las facultades constitucionales de los gobernadores, y además de que Peña Nieto estaba en campaña en esos días solicitando intensamente el voto a su favor de los ciudadanos, mas no el de los gobernadores priístas a los que seguramente no tenía ya que convencer. El Tribunal Electoral no solicitó informes a los gobernadores ni preguntó del uso indebido de los recursos públicos que utilizaron para llegar a Toluca (el empleo de helicópteros y avionetas de los gobiernos estatales), e incluso ni por la utilización de su tiempo, que debería destinarse a favor de sus gobernados. El Tribunal considera de lo más ordinario una reunión que no tiene ningún fundamento constitucional ni legal. Al menos el Tribunal debió dar vista a las autoridades competentes por la posible comisión de delitos, entre ellos, el de peculado por el uso y distracción de recursos públicos ajenos a las actividades constitucionales y legales de los gobernadores.

También inquieta y produce asombro que el Tribunal Electoral no investigara el ejercicio del gasto estatal o del endeudamiento público —el que, por cierto, está fuera de toda racionalidad económica— en las entidades gobernadas por priístas, pues el señalamiento de la coalición “Movimiento Progresista” consistía en el uso indebido de los recursos públicos para fines electorales. El Tribunal cerró los ojos y no ordenó la práctica de

ninguna diligencia para saber si efectivamente los recursos públicos estatales se estaban desviando hacia finalidades electorales en apoyo ilegal a la candidatura de Peña Nieto.

X. CRÍTICA AL ESTUDIO DEL SÉPTIMO AGRAVIO:  
COMPRA Y COACCIÓN DEL VOTO ANTES, DURANTE  
Y DESPUÉS DE LA JORNADA ELECTORAL

La coalición “Movimiento Progresista” señaló que antes, durante y después de la jornada electoral se dieron actos de compra y coacción del voto; por ejemplo, se aduce la entrega de múltiples tipos de utilitarios por parte de la coalición “Compromiso por México”, el reparto de despensas, el empleo de diversas tarjetas de débito, la distribución de tarjetas telefónicas. Además, la coalición “Movimiento Progresista” expuso que hubieron conductas de acarreo de votantes, hechos de violencia física en algunas casillas, uso de *call centers* para presionar el voto, coacción del voto a través de los “halconcitos”, entrega de dinero en efectivo, de materiales de construcción, semovientes, robo de documentación y material electoral. Igualmente, esta coalición argumentó en torno a la votación atípica en las casillas rurales a favor del candidato Peña Nieto.<sup>129</sup>

Sin embargo, como en el resto de los agravios, el Tribunal Electoral expresó que los indicios aportados no son suficientes para acreditar los diversos hechos expuestos; asimismo, determinó que toda la carga de la prueba es de la parte actora, y que lo ofrecido y aportado no alcanza para justificar el agravio esgrimido. En todo el análisis que se hace sobre los numerosos hechos del agravio jamás se propone investigar la mínima circunstancia relacionada con estos; no se solicita un informe a autoridad o persona alguna relacionada con una infinidad de hechos que fueron descritos por la coalición “Movimiento Pro-

<sup>129</sup> SUP-JIN 359/2012, pp. 1119 y ss.

gresista”; igualmente, no se argumenta sobre cuáles son las vías jurídicamente aceptables para probar la compra o coacción del voto. Lo único que el Tribunal concluye es que antes, durante y después de la jornada electoral prevalecieron las condiciones necesarias para que las elecciones presidenciales de 2012 se calificaran como libres y auténticas.<sup>130</sup>

Ni siquiera el Tribunal Electoral estudió el curioso fenómeno que ocurrió en las casillas rurales, donde en las zonas más marginadas —ahí donde no gobernaba estatalmente el PRI— los votos favorecieron al PAN debido al empleo masivo de los programas sociales. En los estados gobernados por el PRI, Peña Nieto arrasó en las casillas rurales y mixtas, porque recurrió a recursos estatales y a prácticas clientelares.<sup>131</sup> ¿Qué significado tienen esos hechos? ¿Por qué los pobres no votaron por la izquierda que se supone los representa, y por qué votaron por el PAN o por el PRI? ¿Se trató de un voto libre? ¿Por qué el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no estudió esos hechos?

## XI. CRÍTICA AL ESTUDIO DEL OCTAVO AGRAVIO: IRREGULARIDADES OCURRIDAS DURANTE LOS CÓMPUTOS DISTRITALES

La coalición “Movimiento Progresista” argumentó la falta de certeza en las actas objeto de recuento e inconsistencias numéricas en las actas de casillas, y los resultados del cómputo distrital.<sup>132</sup> El Tribunal Electoral sostiene, en su refutación al agravio de la coalición “Movimiento Progresista”, lo siguiente: que no existe falta de certeza en las casillas que fueron objeto de recuento en los cómputos distritales; que no se evidenció la persistencia de inconsistencias en las actas de escrutinio y cómputo de casilla; que no hay diferencias sustanciales entre las votaciones a presi-

<sup>130</sup> *Ibidem*, pp. 1307 y 1308.

<sup>131</sup> Díaz Cayeros, Alberto *et al.*, *La geografía electoral 2012*, México, México Evalúa-Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2012.

<sup>132</sup> SUP-JIN 359/ 2012, pp. 1309 y ss.

dente, diputados y senadores; que no hay diferencias sustanciales en el número de electores inscritos en la lista nominal con los votantes en la elección presidencial, y que no se evidencia incremento en la votación de las casillas rurales del país.<sup>133</sup>

El Tribunal desestima los agravios de la coalición “Movimiento Progresista”, porque razona que no se precisaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos esgrimidos por la actora ni se acompañaron las pruebas correspondientes. Además, el Tribunal Electoral afirma que la suplencia de los agravios, que establece el artículo 23 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, no conlleva a sustituirse en el impugnante y el realizar un examen oficioso de los actos y las resoluciones combatidos.

De nueva cuenta, el Tribunal Electoral realiza la interpretación más lesiva posible y no necesariamente en demérito de los argumentos de la parte actora, sino en demérito del control de constitucionalidad y de convencionalidad que estaba obligado a realizar, en los términos del párrafo segundo y tercero del artículo 1o. de la Constitución. El Tribunal Electoral reduce a su mínima expresión la categoría jurídica de suplencia de agravios contemplado en el artículo 23 de la ley adjetiva electoral; además, no interpreta esa norma *pro homine* para maximizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y determinar con suficiencia si las elecciones presidenciales de 2012 fueron realmente libres y auténticas. Hace vanas, sin efecto y con artificio, las argumentaciones de la coalición “Movimiento Progresista”.

En este caso, el Tribunal Electoral tenía los elementos de prueba a la mano; contaba con toda la información disponible, porque se trata de documentación electoral que está en manos del Instituto Federal Electoral, únicamente bastaba analizar con profundidad los hechos esgrimidos y la documentación electoral

<sup>133</sup> *Ibidem*, pp. 1339 y 1340. Sobre este último aserto hasta los medios de comunicación impresos tenían información sobre el incremento desusado de la votación en casillas rurales y cómo en ellas ganó Peña Nieto. Consúltese “¿Cuánto costó el voto verde?”, *La Jornada del campo*, núm. 59, 18 de agosto de 2012.

cuestionada para concluir si se presentaban o no las violaciones al principio de certeza que sostenía la coalición “Movimiento Progresista”, pero no actuó así. De todos los agravios estudiados por el tribunal, este destaca por la pobreza de análisis que realiza el organo jurisdiccional electoral federal. Asimismo, este agravio hace suyos, de manera palpable, los argumentos de la autoridad responsable y del tercero interesado.

## XII. CONCLUSIONES

La resolución que dictó la Sala Superior del Tribunal Electoral para resolver el juicio de inconformidad 359/2012, que promovió la coalición “Movimiento Progresista” para invalidar la elección presidencial, es un ejemplo de obsecuencia con los poderes establecidos, tanto formales como informales o fácticos. Expongo las siguientes razones para sostener mi afirmación:

1. Consiste en una refutación a la coalición “Movimiento Progresista” y no una resolución que devenga de un juicio imparcial. El análisis de la resolución permite observar que no se trata de un documento donde la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación valore y estudie tanto los argumentos de la parte actora como de la autoridad responsable y del tercero interesado. La resolución no hace una valoración o un estudio a tres bandas generando un diálogo entre los diversos argumentos, razones y pruebas de las diversas partes para establecer posteriormente su posición, sino que constituye, por el contrario, una refutación en toda regla; es decir, una argumentación para destruir las razones del contrario, ya que es una contestación sistemática a los planteamientos de la coalición “Movimiento Progresista”. El Tribunal adopta en esta resolución el carácter de parte, mas no el de tribunal,

- y no solo eso, sino que asume como válidos los argumentos del Instituto Federal Electoral y del tercero interesado.
2. Diluye su carácter de tribunal constitucional. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es un tribunal constitucional en materia electoral que puede desaplicar normas contrarias a la Constitución, pero que sobre todo está diseñado para salvaguardar y garantizar que los principios jurídicos previstos en el texto de la carta fundamental se materialicen en el mundo fáctico; es decir, como tribunal constitucional que es, está obligado a garantizar la Constitución para que la realidad social coincida con la norma constitucional. Si los hechos no coinciden con la norma constitucional, el Tribunal Electoral debe señalarlo y reparar las infracciones constitucionales para que la realidad sociológica coincida con la Constitución. En el caso que nos ocupa, el Tribunal Electoral se desvinculó de la Constitución al señalar que en las partes, mas no en él, recae la carga de la prueba. A partir del criterio del Tribunal, la defensa de la Constitución es tarea exclusiva de los partidos y no del Tribunal. Desde la perspectiva del Tribunal, su papel de garante de la Constitución es pasivo y no proactivo, es decir, poco garante o garante a medias de la Constitución; además, le pide a las partes las pruebas para decir el derecho como cualquier tribunal de legalidad, cuando por su carácter de tribunal constitucional su función primordial era hacer que la Constitución fuera una realidad; por lo tanto, debió echar mano de todos los elementos a su alcance para esclarecer si hubo o no las violaciones a la Constitución que señalaba la coalición “Movimiento Progresista”.
  3. No investiga. De acuerdo con la legislación secundaria electoral —artículos 6.3, 21 y 23 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral—, el Tribunal Electoral tiene facultades para requerir información, así como investigar y suplir la deficiencia de los agravios. Estas facultades las empleó con gran reserva y

sin maximizarlas. Por ejemplo, en los días previos a la decisión que declaró infundado el juicio de inconformidad requirió información al IFE y a la FEPADE, la que citó, pero no valoró en su resolución. En general, el Tribunal Electoral contuvo sus atribuciones de investigación y dejó que la Unidad de Fiscalización del IFE cargara con todo el peso de la investigación, como si esta instancia administrativa fuera el auténtico tribunal constitucional en materia electoral. La Sala Superior del Tribunal Electoral se olvidó que, como tribunal de plena jurisdicción, podía realizar investigaciones adicionales; además, se limitó en sus atribuciones para dictar medidas para mejor proveer, evitando con ello allegarse de elementos probatorios.

4. Se olvida del contexto y, por tanto, no analiza las normas jurídicas desde el peso de los poderes fácticos. Dos ejemplos de la resolución prueban mi aserto. El primero de ellos tiene relación con la desestimación del argumento de compra y coacción del voto a través de la entrega de bienes utilitarios y de semovientes, pues el Tribunal valoró que la entrega de estos bienes no acreditaban por sí mismos la compra del voto; con ello olvidó y no administró la compra del voto a los siguientes aspectos: el incremento inusitado de la participación electoral en las casillas rurales; el triunfo de Peña Nieto en esos ámbitos; la despoblación y la emigración de las zonas rurales hacia las ciudades y los Estados Unidos, y los índices de pobreza alimentaria en esa zonas, obviando las necesidades de subsistencia de ese sector social y su relación con la propaganda clientelar contraria al voto libre y razonado. El segundo de los ejemplos tiene que ver con la desestimación del señalamiento de la coalición de izquierda sobre la publicidad encubierta a favor de Peña Nieto, en relación con los informes de los relatores de la ONU y de la OEA en torno a la situación de la libertad de expresión y derecho a la información en México durante 2011; en ellos se constata que la concen-

tración mediática del espectro radioeléctrico no promueve el pluralismo ni la democracia en México; el Tribunal no encontró los vínculos entre la fuerza e influencia de la televisión privada y la predilección de esta por un candidato a la Presidencia de la República, obviando el papel de los poderes fácticos como obstáculo en la construcción de una democracia pluralista.

5. Se resuelve sin tener sobre la mesa todos los elementos. La resolución, en términos del artículo 17 de la Constitución, no fue exhaustiva ni completa por la sencilla razón de que asuntos nodales que podrían haber incidido en el fondo del asunto se encuentran en proceso de investigación ante la Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos del IFE. ¿Cómo pudo el Tribunal Electoral validar una elección cuando no se sabe —porque las investigaciones están en curso— si existió lavado de dinero o peculado en el caso Monex? ¿Puede ser legítimo un presidente que podría ser producto del lavado de dinero?
6. No se asume a plenitud el control de constitucionalidad ni el de convencionalidad. La resolución dice fundarse en la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos —interpretación conforme y *pro homine*—, pero en ninguna parte de ella vemos maximizados los principios de elecciones libres y auténticas.<sup>134</sup> En ninguna parte de ella se optimizan los derechos fundamentales de participación política; igualmente, jamás se maximiza el derecho a la información en relación con el voto libre e informado, y tampoco en relación con el papel que juegan los medios de comunicación electrónica en México como poderes fácticos. Todo el contenido de la resolución constituye una negación del derecho de acceso a la justicia. Por ello, la re-

<sup>134</sup> Una explicación, con casos electorales, de cómo se realiza el control de convencionalidad puede consultarse en Nieto Castillo, Santiago, “El control de convencionalidad. Una aproximación”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXII, núm. 257, enero-junio de 2012, pp. 415-454.

- solución es un ejemplo de formalismo y de antigarantismo constitucional.
7. La resolución entrañará para el Estado mexicano responsabilidad internacional por omisión. Dadas las omisiones que tuvo la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como tribunal constitucional de plena jurisdicción al no investigar los hechos y las imputaciones presentadas por la coalición “Movimiento Progresista”, merece ser denunciado ante las instancias internacionales. La coalición “Movimiento Progresista” y otros actores sociales y políticos, al momento que se redactan estas líneas, preparan una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por estimar que el Estado mexicano, por conducto del Tribunal Electoral, violentó derechos fundamentales, en particular los previstos en los artículos 2o., 8o., 23 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considero que esa petición es procedente debido a las insuficiencias y a las omisiones de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación por no investigar y no actuar como tribunal constitucional en materia electoral, y sobre todo por no garantizar los principios relacionados con el debido proceso y el acceso a la justicia.
  8. No desarrolló una doctrina sobre el derecho a la información y sus implicaciones para este caso. El derecho a la información no consiste solo en el acceso a la información y en la transparencia, sino que tiene otras vertientes: el pluralismo de los medios y en los medios; el acceso a las concesiones sobre el espacio radioeléctrico; el derecho a recibir información veraz; el derecho a participar en la discusión de los asuntos públicos; el derecho a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad, y el derecho a que existan órganos constitucionales independientes que garanticen la eficacia de los anteriores derechos. En México no contamos con pluralismo de medios y en

los medios —al menos no en los medios electrónicos—; no hay acceso libre para todos los habitantes de la República a las concesiones de radio, televisión y las telecomunicaciones; el espacio radioeléctrico se encuentra dominado por unas cuantas empresas claramente monopólicas, porque concentran, en el caso de las dos televisoras privadas, más del 90% del espacio radioeléctrico; no existen garantías para recibir información veraz ni para evitar que se simule información, cuando en realidad se brinda propaganda o publicidad; no hay acceso universal y gratuito a la banda ancha —al internet— y, desde luego, no hay órganos independientes que posibiliten el ejercicio de un derecho a la información plural. Mucho menos existe la posibilidad de que en los medios electrónicos participemos en la discusión o en la deliberación de los asuntos públicos en condiciones de pluralismo. El Tribunal Electoral supuso, sin prueba de por medio, que el derecho a la información se ejerce plenamente.

9. No elaboró un análisis sobre el mercado negro en la compra y/o adquisición de tiempos en radio y televisión. El indebido posicionamiento de Peña Nieto en el escenario político fue consecuencia del mercado negro de la propaganda política y electoral existente en nuestro país. El Tribunal Electoral no debió omitir en su resolución el rol de ese mercado negro sobre los espacios de radio y televisión en la vigencia o no del principio de elecciones libres y auténticas. La resolución está descontextualizada, porque no solo no ve, sino que niega la exaltación mediática a favor de Peña Nieto que vimos y escuchamos millones de mexicanos durante seis años en las pantallas de televisión y en las estaciones de radio. Los magistrados se conformaron con una verdad formal que no es la material; se negaron a investigar los señalamientos de la coalición “Movimiento Progresista”; además, establecieron que la carga de la prueba era exclusiva de la coalición; no construyeron prueba presuncional

alguna a partir de los indicios acreditados, y no advirtieron el ominoso contexto de nuestro país por el papel de los medios electrónicos, que conspiran todos los días en contra del derecho a la información de los mexicanos.

10. No hay aplicación de la prueba presuncional en este caso. El Tribunal Electoral no elabora ninguna doctrina convincente ni coherente sobre la prueba presuncional, y además cuando acude a ella, la margina, prescinde de ella y opta señaladamente por favorecer las pruebas directas para negar el derecho a la coalición “Movimiento Progresista”, a despecho de que la prueba presuncional nos aproxima a la verdad en sentido material, porque expresa un juicio de regularidad fundado en la experiencia, al que se reconoce una alta probabilidad de verdad.