

CRÍTICA A LAS CONSIDERACIONES GENERALES DE LA SENTENCIA DERIVADA DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL 2012

*Jaime Cárdenas Gracia**

SUMARIO

I. Las consideraciones generales sobre la pretensión de nulidad de la elección presidencial por violación a los principios constitucionales; II. Consideraciones generales sobre carga y estándar de prueba; III. Consideraciones generales sobre la violación a la libertad del sufragio por compra o coacción del voto; IV. Consideraciones generales sobre los alcances de la libertad de expresión en una sociedad democrática; V. Bibliografía

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y por la Universidad Complutense de Madrid; Investigador titular "A" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Recibido: 22 de octubre de 2012
Aceptado: 30 de octubre de 2012

RESUMEN

En el presente artículo se realiza una crítica a la sentencia que resolvió la impugnación de la elección presidencial 2012. Los comentarios van dirigidos a cuestionar el actuar del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación respecto a las consideraciones generales sobre: la pretensión de nulidad de la elección presidencial; la carga y estándar de prueba; la violación a la libertad del sufragio y los alcances de la libertad de expresión en una sociedad democrática.

Acorde a lo anterior, se hace referencia a la posibilidad que tiene la máxima autoridad jurisdiccional electoral del país para declarar la nulidad de una elección por violación a principios constitucionales; la prueba, su carga y estándares; diversos sucesos que debieron ser tomados en cuenta por el órgano resolutor respecto a la violación del libre sufragio; así como el papel que desempeñan los medios de comunicación electrónica como poderes fácticos en materia de libertad de expresión.

Palabras clave: sentencia – resolución, elección presidencial, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

La abultada resolución de 1346 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 se divide formalmente como cualquier otra resolución judicial en antecedentes, considerandos y resolutivos. En los antecedentes se menciona que para la instrucción del caso se integró una comisión instructora integrada 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 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 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 y, antes de entrar al estudio del 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 realizan diversos estudios previos que son determinantes en el estudio del fallo. Estos estudios –que son materia de este artículo– 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”.

I. 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 de 10 de junio de 2011- y de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente 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, constitucional imponga la obligación a las salas del Tribunal Electoral federal para no declarar la nulidad de una elección sino 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 sólo es garante del principio de legalidad sino del principio de constitucionalidad. En apoyo a este razonamiento cita el 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 sólo

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.¹ 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 salvaguardar 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.² 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, 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 sentidos y de contenidos; porque el ordenamiento jurídico es un sistema en 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 desaplicar 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 obligadas 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 con-

¹ GUASTINI, Riccardo. “*La Constitucionalización del Ordenamiento: Concepto y Condiciones*”. En: Interpretación, Estado y Constitución. Lima: Ara Editores, 2010, pp. 153-166

² CÁRDENAS Gracia, Jaime. “*Capítulo Tercero*”. En su: La Argumentación como Derecho. México: UNAM, 2005, pp. 103-154

vencional 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).

Para la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los elementos o 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 al principio o norma constitucional o parámetro de derecho internacional aplicable haya producido dentro del proceso electoral; y, d) Que las violaciones o irregularidades sean cualitativa o cuantitativamente determinantes para el resultado de la elección.³ Agrega que para declarar la nulidad de una elección, ya sea por violación a normas constitucionales o 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 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 sólo por las causas expresamente previstas en la ley secundaria, sino 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 sólo podía determinarse por violación a las causales del

³ Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio de inconformidad identificado con la clave SUP-JIN-359/2012, de fecha 29 de agosto de 2012. pp. 64 y 65

artículo 77 bis de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Sin embargo, los criterios generales de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 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, el que actuando como tribunal constitucional y de plena jurisdicción está obligado a tutelar y garantizar el cumplimiento y satisfacción plena de los principios constitucionales y no como ocurrió en la resolución en 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 de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, el principio de elecciones libres y auténticas y 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 a los de la invalidez por violaciones a principios constitucionales. El Tribunal aludió para la procedencia de la invalidez que las violaciones a los principios constitucionales fuesen 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 determinar la validez del proceso electoral porque afectan, menoscaban o transgreden los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico.⁴ 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 ade-

⁴ ACKERMAN, John M. “Autenticidad y Nulidad. Por un Derecho Electoral al Servicio de la Democracia”. México, UNAM, 2012. pp. 41 y ss

cuado 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 y están en juego transgresiones a los principios constitucionales. No lo hizo y siguió criterios infraconstitucionales que no maximizan, sino que limitan y restringen, los derechos fundamentales.

Igualmente es criticable que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no produjera una doctrina para precisar cuándo la determinancia debe ser exigible, cuándo sólo debe ser cuantitativa, cuándo cualitativa y cuándo deben existir conjuntamente ambas. Sigue manteniendo una peligrosa indefinición 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 i) del párrafo primero del artículo 75 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, sólo exigiría la satisfacción de la determinancia cualitativa. Este tipo de consideraciones están ausentes en la resolución de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 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 por acreditarse las causales de nulidad previstas en la ley.

II. Consideraciones generales sobre carga y estándar de prueba

Sobre la prueba, la carga de la misma y los estándares de las pruebas, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial

de la Federación establece:⁵ que de acuerdo con los artículos 9, 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; que corresponde al Tribunal requerir la información que estime procedente y ordenar el desahogo de “alguna” diligencia, de conformidad con los artículos 21, numeral 1, de la ley electoral adjetiva, así como, 191, fracciones XIX y XX, y 199, fracción XII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; que 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 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); que en las pruebas indirectas o circunstanciales es imprescindible demostrar la existencia del hecho secundario para extraer inferencias que permitan sostener alguna hipótesis sobre los hechos principales; y, que 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 la misma, 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. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como respecto del análisis de las nulidades electorales, no desarrolla una doctrina jurídica sobre la naturaleza, características y alcances de la prueba en una controversia constitucional. Aplica los criterios tradicionales de la prueba, principalmente el principio que señala que el que afirma está obligado a probar y, aunque reconoce

⁵ *Op. Cit.* nota 3, pp. 68 y ss

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 estudia ni valora la información en su resolución (páginas 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 por estimar, que en el juicio de inconformidad planteado, los criterios aplicables de prueba eran semejantes a los de las controversias 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 en 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 como lo prevén los párrafos segundo y tercero del artículo 1º constitucional. No era dable para el Tribunal Electoral conformarse con una verdad formal, estaba obligado a obtener la verdad material de los hechos por ser un Tribunal Constitucional en materia electoral y además de 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. No lo hizo, asumió una posición pasiva, se centró fundamentalmente, en el estudio de las pruebas ofrecidas y aportadas por las partes. No investigó la verdad material de los hechos.

Las pruebas aportadas por las partes en un proceso, tal 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.⁶ 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.⁷

Néstor Pedro Sagües 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”.⁸

El mismo Sagües 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 obligatoria y no potestativamente sus facultades para dictar medidas para mejor proveer, antes de dictar sentencia (Díaz vs. Quintana. Fallos, 307: 1028). Otra

⁶ FERRAJOLI, Luigi. “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”. Madrid, Editorial Trotta, 1997. pp. 555 y ss. y FERRER Beltrán, Jordi. “*La valoración racional de la prueba*”. Madrid, Marcial Pons, 2007. p. 39

⁷ FERRER Beltrán, Jordi y otros. “*Estudios sobre la prueba*”. México, UNAM, 2011. p. 6

⁸ SAGÜES, 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*. Tomo I, México: UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, p. 123

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.⁹

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. El juez constitucional es un activista en la defensa de la Constitución. No es un Tribunal que estime que a las partes corresponda exclusivamente la carga de la prueba. 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, actitudes y perfiles de los tribunales constitucionales. Pareció un tribunal ordinario que ventilaba una controversia jurídica de carácter privado.

Además, en materia electoral, si existe algún tipo de prueba fundamental, está es la presuncional, tal 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.¹⁰ 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 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 inducción, es

⁹ Idem

¹⁰ CÁRDENAS Gracia, Jaime. “Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox”. México, UNAM, 2004. pp. 26-33

decir, cómo conocer y acreditar los hechos que no se pueden observar.¹¹ 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 las pruebas directas para negar el derecho a la coalición “Movimiento Progresista”.

III. 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. Según el Tribunal Electoral, el sufragio emitido en condiciones de apremio o influencia carecería de validez cuando se presenten dos circunstancias: a) las necesidades de las personas, lo que se agrava tratándose de aquellos sectores de escasos recursos económicos, que 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 razonado debe anularse.

El Tribunal Electoral acepta 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 reportar los partidos políticos y sus candidatos a la autoridad electoral competente se incluye a la propaganda utilitaria y otros similares. La propaganda

¹¹ GASCÓN Abellán, Marina. *“Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba”*. 3ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 16

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 *per se* 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 socio-económico 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 en 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 millones 801 mil 402 votos, es decir el 84.1% de su ventaja a nivel nacional y en las casillas urbanas obtiene de ventaja tan sólo 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 atentar más fácilmente que el 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 y se concreta a

indicar que la propaganda utilitaria tiene un valor de uso sin justificar porque sólo tiene ese valor; 7) En atención a lo expuesto en el punto anterior, si la propaganda utilitaria tiene un valor de cambio entonces se ofrece a cambio del voto y 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 día 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.

IV. 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. Recuerda la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión e insiste en que es obligación de los órganos jurisdiccionales impedir la limitación injustificada 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 de-

sempeñan en México los medios de comunicación electrónica como poderes fácticos. 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.¹² Inquieta que no le importe al Tribunal Electoral la colonización, subordinación y 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 en abstracto sin conexión alguna con la realidad de nuestro país y carece de trascendencia no sólo 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. Éste no consiste sólo en el acceso a la información y en la transparencia. El derecho a la información tiene entre otras vertientes: el pluralismo de los medios y en los medios, el acceso a las concesiones sobre el espacio

¹² ESTEINOU Madrid, Javier y ALVA de la Selva, Alma Rosa (coordinadores). “La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México”. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

radioeléctrico, el derecho a recibir información veraz,¹³ 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 y 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 como si viviésemos en Suecia o en otro país nórdico.

V. Bibliografía

ACKERMAN, John M. *“Autenticidad y Nulidad. Por un Derecho Electoral al Servicio de la Democracia”*. México, UNAM, 2012. pp. 41 y ss

CÁRDENAS Gracia, Jaime. *“Capítulo Tercero”*. En su: *La Argumentación como Derecho*. México: UNAM, 2005, pp. 103-154
----- *“Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox”*. México, UNAM, 2004. pp. 26-33

ESTEINOU Madrid, Javier y ALVA de la Selva, Alma Rosa

¹³RUBIO Llorente, Francisco. *“Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)”*. Barcelona, Ariel, 1995. p. 205

(coordinadores). *“La “Ley Televisa” y la lucha por el poder en México”*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*. Madrid, Editorial Trotta, 1997. pp. 555 y ss. FERRER Beltrán, Jordi. *“La valoración racional de la prueba”*. Madrid, Marcial Pons, 2007. p. 39

FERRER Beltrán, Jordi y otros. *“Estudios sobre la prueba”*. México, UNAM, 2011. p. 6

GASCÓN Abellán, Marina. *“Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba”*. 3ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 16

GUASTINI, Riccardo. *“La Constitucionalización del Ordenamiento: Concepto y Condiciones”*. En: Interpretación, Estado y Constitución. Lima: Ara Editores, 2010, pp. 153-166

SAGÜES, 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. Tomo I*, México: UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, p. 123

Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recaída al juicio de inconformidad, identificado con la clave SUP-JIN-359/2012, de fecha 29 de agosto de 2012. pp. 64 y 65

RUBIO Llorente, Francisco. *“Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)”*. Barcelona, Ariel, 1995. p. 205