

## El criterio de determinancia

Juan Antonio Cruz Parceró  
Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM

### 1. Introducción

En México las elecciones han sido históricamente un problema serio. Debido a los orígenes autoritarios de nuestro régimen y al alarmante grado de corrupción y descomposición de los actores políticos, las elecciones han sido históricamente simulaciones o ejercicios frustrados por la violencia, la coacción o formas diversas de corporativismo. La descomposición también política termina también irremediablemente afectando a los órganos públicos. La historia del sistema electoral ha sido muy compleja, pues ha tenido que lidiar con este tipo de problemas de nuestra cultura política. En las últimas décadas, sin embargo, al lado de un proceso de transición democrática muy complicado y con claro-oscuros, el sistema electoral ha ido tratando de garantizar elecciones genuinas donde se respeten los principios de libertad de voto, de certeza, legalidad, reconocidos por el texto constitucional.

Una de las piezas clave de la transición democrática fue la construcción de instituciones electorales que organizaran procesos electorales más confiables y que garantizaran los derechos electorales del ciudadano y de los partidos políticos participantes. Este sistema, relativamente nuevo, ha intentado también que la equidad en el uso de recursos públicos para las campañas políticas fuera un instrumento de igualdad.

El Instituto Federal Electoral (IFE) –hoy INE- y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) fueron las piezas clave de este diseño institucional que se ha ido transformando y fortaleciendo con los años. Otras instituciones relacionadas como la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales (FEPADE, 1994), a mi parecer, poco impacto han tenido en este proceso (sin demeritar en nada los esfuerzos que recientemente ha encabezado su nuevo titular).

Sin embargo, pese a los logros evidentes del nuevo sistema electoral, la cultura política –quizá mejor decir la *incultura* política- de los actores poco ha cambiado. Si bien el sistema se ha hecho más competitivo y se ha logrado disminuir

significativamente algunas formas tradicionales de fraude electoral que ya hasta nombres populares recibían (ratón loco, el mapache, la urna embrazada, las concertaciones, etc.), no se han podido evitar nuevas formas de coacción y compra del voto a través de mecanismos financieramente mucho más sofisticados y más difíciles de detectar por las autoridades electorales. El incipiente régimen democrático se ha visto además debilitado porque las dos elecciones presidenciales más recientes (2006 y 2012) estuvieron plagadas de irregularidades sobre las cuales tanto la labor del IFE como la del TEPJF dejaron mucho que desear. Los dictámenes que recayeron en estos casos adolecieron de buenos argumentos para sustentar la validación de las dos elecciones y se caracterizaron por menospreciar la evidencia que pretendía probar las irregularidades suscitadas durante el proceso electoral. Suelo sostener que, desde un punto de vista argumentativo, el dictamen del 2006, es quizá la peor decisión de un órgano judicial que he visto (Cruz Parceró 2008, 2010). Pero el dictamen del 2012 es también un ejemplo de argumentos muy sesgados y controvertidos desde un punto de vista científico respecto de la valoración de la evidencia (Cruz Parceró 2014).

Con todo, es un hecho que en México bajo el nuevo marco normativo las elecciones pueden ser anuladas y de hecho algunas elecciones se han anulado. Los casos más relevantes por tratarse de elecciones de gobernador han sido los casos de Tabasco (2000), Colima (2003) y Colima (2015). Muchas otras elecciones de municipios y distritos electorales se han anulado por distintos tipos de violaciones e irregularidades<sup>1</sup> y muchas otras más han sido objeto de controversia donde se ha decidido no anularlas.<sup>2</sup>

## **2. La nulidad en las elecciones**

Como se sabe la Sala Superior del TEPJF, estableció en el caso Tabasco (2000) una causal de invalidez de una elección que no estaba prevista expresamente en la ley. Esta causal fue conocida como “*causal abstracta*” (posteriormente llamada “*nulidad por principios*”) (Nieto 2003, Orozco y Ortíz 2010, Oropeza 2010, Aguirre 2015). Esta causal se invocó para anular otras elecciones y para revisar otras más que no fueron anuladas. Sirvió para que se revisara la controvertida elección presidencial del 2006 y se decidirá validarla en el ya mencionado polémico dictamen del TEPJF.

---

<sup>1</sup> Por ejemplo: Ciudad Juárez (2001), Distrito VI de Coahuila (2003), Zamora Mich (2003), Tepetzotlán (2003), Muñoz de Sotelo Tlax (2002),

<sup>2</sup> Por ejemplo, las de gobernador de Yucatán (2001), Sonora (2003); de municipios como Yurécuaro (2007), Los Cabos (2011),

En la reforma del 2007, se estableció en el artículo 99 de la Constitución que el TEPJF, su Sala Superior y las Salas Regionales solo podían anular elecciones por causales expresamente previstas en la ley. La ley con la reforma no incorporó la nulidad abstracta, de modo que las tesis sostenidas por el TEPJF en sus primeras épocas, terminarían por ser consideradas derogadas por la Sala Superior (Oropeza 2010: 293). La Sala Superior estimó que la jurisprudencia S3ELJ 23/2004 sobre el caso Tabasco y similares quedaba derogada (Aguirre 2015: 74). Pero ello ocurrió en un primer momento donde el TEPJF comenzó a declarar inoperantes los agravios que se plantearon en algunos recursos.

Sin embargo, en un segundo momento durante el 2008 el TEPJF volvió a hacer una interpretación *integral* de la Constitución, según se sostuvo, y volvió a justificar la necesidad de la causal abstracta o la nulidad por principios, aduciendo que la Constitución contenía normas que debían ser observadas para que las elecciones pudieran considerarse válidas (Aguirre 2014: 88).<sup>3</sup>

Parece entonces que la nulidad por principios es resultado de que la misma Constitución reconoce que los comicios deben cumplir con ciertos requisitos. Pero esta interpretación también es resultado de una manera de interpretar la constitución bajo lo que algunos han llamado el nuevo paradigma *constitucional* o *constitucionalista*. Bajo este modelo de interpretación, se ha sostenido, la Constitución impone obligaciones directas, esto es, tiene fuerza vinculante, y toda norma derivada debe ser coherente con la misma. Las omisiones legislativas no pueden implicar de ninguna forma que la Constitución carezca de esa fuerza. Estamos comprometidos entonces con una interpretación que favorezca la nulidad de cualquier elección, incluso la presidencial, cuando ocurran violaciones graves a los preceptos constitucionales.

Sin embargo, debido a que la calidad de la elección es un bien protegido constitucionalmente, pero no el único valor constitucional la interpretación debe tratar de responder al reto de conciliar y ponderar este fin con otros derechos y valores constitucionales. Estos otros principios, fines o valores serían la certeza y seguridad jurídica (principio de legalidad), la voluntad ciudadana expresada en las urnas (principio

---

<sup>3</sup> La decisión recayó sobre el 26 de diciembre de 2008 en el caso de la elección del Ayuntamiento de Acapulco (SUP-JRC-165/2008).

de presunción de validez y conservación de actos públicos). Estos otros principios han sido reconocidos por la jurisprudencia del TEPJF y por la doctrina.<sup>4</sup>

Hay que señalar que una de las cosas que hay que reconocerle al TEPJF es que haya defendido la existencia de la causal abstracta, cuando el legislador quiso desaparecerla transgrediendo fines y valores constitucionales. Sin embargo, la causal abstracta o nulidad de principios implica dos aspectos de prueba y valoración que han sido objeto de mucha controversia: a) la prueba de los hechos que afectan los principios constitucionales y b) el carácter determinante de las violaciones reclamadas (Aguirre 2015: 82).

Las tesis y jurisprudencias del TEPJF anteriores a la reforma del 2007 ya aludían a este problema. Por ejemplo, veamos la tesis S3EL 031/2004, especialmente importante porque explica el criterio de la determinancia:

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

---

<sup>4</sup> Véase la jurisprudencia 9/98 PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS PÚBLICOS VALIDAMENTE CELEBRADOS. SU APLICACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA NULIDAD DE CIERTA VOTACIÓN, CÓMPUTO O ELECCIÓN. Véase Aguirre (2015:89), Ibarra Cárdenas (2014: 60-61). En esta tesis jurisprudencial se sostiene que el principio general de derecho de conservación de los actos válidamente celebrados, tiene especial relevancia en el derecho electoral mexicano, caracterizándose por dos aspectos: a) que la nulidad de la votación solo puede actualizarse cuando se hayan *acreditado plenamente* los extremos o supuestos de alguna causal prevista taxativamente y siempre y cuando las irregularidades sean *determinantes* para el resultado de la votación o elección, y b) la nulidad respectiva no debe extender sus efectos más allá de la votación, cómputo o elección en que se actualice la causal a fin de evitar que se dañen los derechos de terceros (el derecho al voto de los electores).

Como se ve en esta jurisprudencia existe una especie de ponderación entre los valores de una elección libre frente a los de certeza y el derecho al voto. La respuesta consiste en establecer un estándar de prueba que se debe cumplir por quienes tratan de demostrar la existencia de irregularidades en una contienda electoral, tal estándar consistiría en tener que probar plenamente el hecho o violación establecido taxativamente en la ley y además, que resulte determinante para el resultado de la elección. Una acotación más es que los efectos de la nulidad no pueden extenderse más allá de la elección en que se actualizó la causal.

Resultaría conveniente preguntarse si esta tesis en realidad no está dando demasiado peso a los principios de legalidad, de conservación de actos válidos y, a su vez, suponiendo que el derecho al voto de los ciudadanos entra en conflicto con el valor de la calidad constitucional de una elección.

factor cuantitativo. El aspecto cualitativo atiende a la naturaleza, los caracteres, rasgos o propiedades peculiares que reviste la violación o irregularidad, lo cual conduce a calificarla como grave, esto es, que se está en presencia de una violación sustancial, en la medida en que involucra la conculcación de determinados principios o la vulneración de ciertos valores fundamentales constitucionalmente previstos e indispensables para estimar que se está en presencia de una elección libre y auténtica de carácter democrático (como sería el caso de los principios de legalidad, certeza, objetividad, independencia e imparcialidad en la función estatal electoral, así como el sufragio universal, libre, secreto, directo e igual, o bien, el principio de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos públicos o el principio de equidad en las condiciones para la competencia electoral); por su parte, el aspecto cuantitativo atiende a una cierta magnitud medible, como puede ser tanto el cúmulo de irregularidades graves o violaciones sustanciales, así como el número cierto o calculable racionalmente de los votos emitidos en forma irregular en la elección respectiva con motivo de tal violación sustancial (ya sea mediante prueba directa o indirecta, como la indiciaria), a fin de establecer si esa irregularidad grave o violación sustancial definió el resultado de la votación o de la elección, teniendo como referencia la diferencia entre el primero y el segundo lugar en la misma, de manera que, si la conclusión es afirmativa, se encuentra acreditado el carácter determinante para el resultado de la votación o de la elección.<sup>5</sup>

En esta tesis jurisprudencial se partió del criterio de preservar los actos válidamente emitidos y salvaguardar la validez de las elecciones realizadas. Por ello, sólo en casos excepcionales se ha decretado la nulidad de algunas elecciones (por ejemplo: Tabasco 2000, Colima 2003, Colima 2017), en razón de que se hubiesen acreditado, fehacientemente, diversas violaciones o irregularidades de carácter sustancial o grave, que transgreden los principios o valores constitucionales fundamentales que sustentan toda elección democrática, y que tales irregularidades fuesen *determinantes* para el resultado de la elección (Orozco-Ortíz 2010).

Para el TEPJF no toda irregularidad o violación (incluso, grave) de la normativa electoral constituye, por sí misma, una “irregularidad invalidante”, es decir, que acarrea una sanción anulatoria con respecto a la elección (o votación) de que se trate, sino sólo cuando haya sido *plenamente* acreditada y sea *determinante* para el resultado de la elección. Pero es aquí donde hay que ver los graves problemas del criterio usado por el tribunal.

---

<sup>5</sup> Sala Superior, tesis S3EL 031/2004. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, páginas 725-726.

Como ha advertido Arturo Bárcena Zubieta (2008)<sup>6</sup>, estamos ante dos problemas: uno, la noción de determinancia, que tal y como la ha desarrollado el TEPJF supone que hay algo que puede ser materia de prueba y, dos, el mismo tribunal establece un estándar de prueba donde se exige que los hechos que han de servir para demostrar el carácter determinante de una irregularidad han de probarse plenamente.

Para el TEPJF lo peculiar del carácter determinante es que la irregularidad o violación afecte decisivamente la elección (o votación), en particular, *que se acredite plenamente* que, de no haber ocurrido las violaciones o irregularidades de que se trate, el resultado de la elección (o votación) hubiera favorecido a un partido político distinto del que resultó triunfador en la elección (o, en su caso, en la casilla), o que las irregularidades sean tales *que generen una duda fundada* (razonable) *sobre el resultado electoral*. El carácter determinante de la violación supone para el tribunal la concurrencia de dos elementos: un factor *cualitativo* y un factor *cuantitativo*.

El aspecto cualitativo atiende a la *naturaleza, los caracteres, rasgos o propiedades peculiares* que reviste la violación o irregularidad, lo cual conduce a calificarla como grave, esto es, se está en presencia de una violación sustancial, en la medida en que involucra la conculcación de determinados principios o la vulneración de ciertos valores fundamentales constitucionalmente previstos e indispensables para estimar que se está en presencia de una elección libre y auténtica de carácter democrático (como sería el caso de los principios de legalidad, certeza, objetividad, independencia e imparcialidad en la función estatal electoral, así como el sufragio universal, libre, secreto, directo e igual, o bien, el principio de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos públicos o el principio de equidad en las condiciones para la competencia electoral).

El aspecto cuantitativo atiende a una cierta magnitud medible, tanto del cúmulo de irregularidades graves o violaciones sustanciales (como sería su intensidad, frecuencia, peso o generalidad, entre otras características), *como del número cierto o calculable racionalmente de los votos emitidos en forma irregular* con motivo de la

---

<sup>6</sup> En este trabajo, que recomiendo mucho a todo el que quiera profundizar sobre el tema, se aborda de manera muy detallada el origen y la evolución que ha tenido este criterio, así como toda una serie de problemas que presenta y que lo hacen a fin de cuentas absurdo e inconstitucional. En otro trabajo anterior (Cruz Parceró, 2008), me ocupé de esta cuestión y creo que llegué a conclusiones similares a las de este autor, sin embargo su trabajo es mucho más profundo e interesante que el que elaboré yo, por lo que retomaré en este apartado algunas de las distinciones y observaciones críticas de Bárcenas Zubieta.

violación sustancial, a fin de establecer si esa irregularidad grave o violación sustancial definió el resultado de la elección (votación), teniendo como referencia la diferencia entre el primero y segundo lugar.<sup>7</sup>

Barcena Zubieta sostiene que en realidad el criterio de la determinancia, tal y como se ha desarrollado en las decisiones del TEPJF, implica no dos subcriterios (el cuantitativo y el cualitativo), sino lo que llama tres conceptos de determinancia: a) el aritmético, b) el normativo y c) el causal (Bárcena 2008: 35).

Sin detenerme en ciertos detalles podemos decir que los puntos de vista aritmético y normativo equivalen a la caracterización que hace el mismo tribunal del criterio de la determinancia (esto es el cuantitativo y el cualitativo). Sin embargo, Bárcena Zubieta ha visto de manera atinada que a estos dos criterios se les añadió otro, el *causal*, que no fue usado originalmente en casos como el de Tabasco (2000), sino que apareció después a partir del caso Juárez (2001), el caso Colima (2003), el de Veracruz (2004) y en el caso del Estado de México (2005). Fue allí, donde se fue consolidando el criterio de *determinancia causal* al que se refiere este autor.

Originalmente el concepto normativo de determinancia (el llamado aspecto cualitativo), exigía que se probara: a) la existencia de una irregularidad; b) que esa irregularidad violara algún principio constitucional; c) y que la violación se presentara en un número, intensidad, amplitud, frecuencia, que fuera posible considerarla significativa o importante. Pero con la introducción del concepto causal lo que ocurrió es que ahora se pedía probar “d) la existencia de una relación de causalidad entre violación significativa de algún principio constitucional y el resultado de la elección” (Bárcena 2008: 67).

En la elección presidencial del 2006 la Sala Superior del TEPJF usó este criterio en toda la evaluación de la evidencia, cosa que generó una exigencia absurda para que la Coalición por el Bien de Todos (que postuló a López Obrador) probara algo que era imposible de probar.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Cabría suponer entonces conforme a este criterio que entre menor es la diferencia entre el primer y segundo lugar, como en este caso, el número de votos irregulares que pueden afectar una elección ha de ser menor.

<sup>8</sup> Si sirviera de descargo para la labor de la Sala Superior del TEPJF habría que decir que en realidad este absurdo criterio lo habían venido usando desde el 2001. El problema quizá en parte se debe a que nadie

La idea de *causa* que está en el fondo del criterio usado por el TEPJF no se refiere a una causalidad física donde se describe que un evento *x* ha causado un evento *y*, sino a lo que Bárcena Zubieta –siguiendo a Hart y Honoré- denomina una *causalidad interpersonal*. En palabras del autor:

...para que pueda afirmarse que existe una relación de causalidad entre dos conductas humanas deben estar presentes cuando menos cuatro requisitos: (i) el segundo actor debe entender el significado de lo que el primer actor ha dicho o ha hecho; (ii) las palabras o conductas del primer actor deben ser parte de las razones para actuar de la segunda persona; (iii) el segundo actor sólo se forma la intención de realizar el acto en cuestión hasta después de la intervención del primer actor; (iv) el primer actor debe intentar que el segundo actor realice el acto en cuestión. Para los efectos de la prueba de la determinancia causal, resultan problemáticos los requisitos (ii) y (iii). Ello es así porque la manera más eficaz de probar las razones por las que se actúa es con la propia declaración de la persona (si recuerda correctamente esas razones y la declaración es sincera) (...) Creo que esta prueba es imposible. Desde el punto de vista práctico sería inviable tomar declaración a cada uno de los votantes para saber la razón por la que votó (o no votó) a favor de un candidato (...) las razones por las que la gente decide votar o no votar un candidato son muy complejas. Y por otro lado, desde el punto de vista jurídico, cualquier indagación judicial acerca de las razones por las cuales un ciudadano ha emitido su voto sería contraria al carácter *secreto* del sufragio (Bárcena 2008: 87-88).

Si nos aventurásemos a usar otros medios de prueba el problema sería el de qué tan confiables podrían ser tales métodos. La cientificidad de otros medios estaría en entredicho pues desafortunadamente los métodos de que dispone la sociología y los instrumentos demoscópicos no pueden arrojar resultados confiables sobre estas cuestiones. Y aquí es donde viene el otro problema que habíamos señalado, el del estándar de prueba exigido por el tribunal, pues como recordaremos se exige que la irregularidad “se acredite plenamente que, de no haber ocurrido las violaciones o irregularidades de que se trate, el resultado de la elección (o votación) hubiera favorecido a un partido político distinto del que resultó triunfador en la elección...”<sup>9</sup>

En la elección del 2006 se recordará que la Sala Superior esperaba que los recurrentes probaran el impacto en los electores que tuvieron los spots televisivos – declarados ilegales- del Consejo Coordinador Empresarial y las declaraciones del Presidente Fox a diversos medios –también declaradas ilegales. La evidencia mostraba

---

advirtió como el criterio cualitativo fue modificándose de tal modo que se llegó a sostener una interpretación totalmente injustificada y por ello, como veremos más adelante, inconstitucional.

<sup>9</sup> SUP-JRC-221/2003 y acumulados, considerando sexto (Bárcena 2008: 90).

que se había dado una amplia difusión de los spots y de las declaraciones del Presidente, pero el impacto desde luego no se probó, simplemente porque no se podía probar y menos de manera plena. Sin embargo, como he sostenido en otro lugar las especulaciones de los magistrados fueron más lejos todavía ya que consideraron que dicho impacto fue atenuado por algunas acciones y declaraciones de las autoridades electorales, sin ninguna prueba para justificar su apreciación. Algunas de sus afirmaciones fueron del tenor siguiente:

- a) Sobre los spots del CCE se dijo: “...no se tuvieron elementos para establecer de manera objetiva, o al menos de manera probable, que la intención del voto se hubiere afectado con su difusión, en forma preponderante... Además se consideró la inexistencia de elementos para determinar el grado de influencia en los electores...” (Dictamen 2006: 73 y 288).<sup>10</sup>
- b) Sobre la intervención del Presidente Fox, se dijo: “que constituyeron un riesgo para la validez de los comicios, pero no fueron consideradas *determinantes* porque su influencia fue atenuada y no se probó la concurrencia de otras irregularidades” (Dictamen 2006: 202-3, el énfasis es mío).
- c) Así se concluía que “el conjunto de ellos (de los hechos irregulares) *no revela una afectación determinante* a los principios fundamentales del proceso electoral, sino irregularidades, algunas de ellas de cierta importancia, que, sin embargo, fueron mermadas o *no se conoce su impacto*. Con esto no se desconoce que en algunos casos, *se trató de situaciones de importancia o de gravedad*, pero debido a las medidas preventivas o correctivas mencionadas *podieron detener sus efectos*, en la medida necesaria *para impedir que fueran determinantes* para afectar la libertad del sufragio” (Dictamen 2006: 292, el énfasis es mío).

A juicio de los entonces magistrados del TEPJF, lo que el criterio de determinancia exigía es que se probara cuántos ciudadanos que emitieron su voto estuvieron influenciados por los spots del CCE y por las declaraciones del Presidente. Además que se especificara en qué sentido fueron influenciados.

---

<sup>10</sup> El dictamen relativo al cómputo final de la elección de presidente de los estados unidos mexicanos, declaración de validez de la elección y de presidente electo (Dictamen 2006), se puede consultar en: [http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/Dictamen\\_relativo\\_eleccion\\_presidencial\\_2006.pdf](http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/Dictamen_relativo_eleccion_presidencial_2006.pdf) (última consulta 9 de septiembre de 2016).

¿Cómo podría saberse, por ejemplo, a cuántas personas influyó la repetición 254 veces de los spots del CCE en los canales 2, 4, 5 y 9 de Televisa? Ni siquiera estadísticas sobre *rating* o encuestas pueden arrojar tales elementos de convicción. Lo que nunca se les ocurrió preguntarse es si tal afectación o influencia en los votantes es algo que podía probarse; no se les ocurrió que hay cosas que son imposibles de probar y si ello es así no puede ser exigido por el Derecho, ni por alguna interpretación del criterio de determinancia, ni por el principio de la carga de la prueba, pues *a lo imposible nadie está obligado*. Por tanto, nadie puede ofrecer pruebas de algo que no puede probarse racionalmente.

Y en caso de que aceptásemos que sí existe tal posibilidad, al parecer la única forma posible de hacerlo sería interrogando a los mismos votantes para que dijeran cuáles fueron sus motivaciones (con todos los problemas que implica que un agente conozca las motivaciones que lo llevaron a votar y que sea sincero al expresarlas), cosa que a fin de cuentas está prohibido legalmente, de forma que aunque no fuese fácticamente imposible de probar tal relación causal, sería legalmente imposible, es decir, sería un tipo de indagación prohibida por la Constitución (se violarían los principios de libertad de voto y de secrecía).

Sin embargo, el que este nexo causal o no pueda ser probado no significa de ningún modo desconocer que la experiencia demuestra que el uso de medios de comunicación masiva -TV y radio, especialmente- son eficientes para lograr influir en las personas, a pesar de que no se pueda especificar cómo un spot concreto influye en un número determinado de personas. Por ejemplo, en los estudios de mercado se pueden conocer de una forma vaga e imprecisa el efecto de la publicidad a través de comparar las ventas reales de un producto antes y después de una campaña publicitaria, y está probado que el uso electoral de spots en medios aumenta la votación que recibe un partido, pero no se puede especificar en qué grado ello ocurre, ya que muchas variables influyen en el comportamiento electoral. Existen algunos estudios que apuntan a tratar de explicar cómo los electores cambian sus preferencias electorales debido a los spots de campañas. Sin embargo, estos estudios estadísticos sólo arrojan tendencias generales que poco servirían para probar cuántos votos se vieron afectados por este tipo de ilícitos.

Aquí la cuestión que nos ocupa es bien distinta, por una parte, se considera que cuando una ilegalidad que es considerada grave porque atenta en contra de los principios constitucionales, debería ser también “determinante” para anular una elección. Lo absurdo es que no puede serlo *por definición*, porque por la naturaleza de este tipo de ilegalidad nunca se podrá probar el nexo causal del criterio de determinancia y ello hace además que no se pueda satisfacer el criterio cuantitativo<sup>11</sup>. Cualquier elemento de prueba (indicio) que se quiera aportar para probar el aspecto cuantitativo, fracasará rotundamente bajo este criterio si exigimos rigor científico de los medios de prueba. Otra cosa sería guiarse por la llamada *íntima convicción* de los jueces, cosa que nos haría abandonar por completo el modelo garantista y cognoscitivista que desde su formación el TEPJF dice sostener.<sup>12</sup> ¿Por qué entonces hacer depender la anulación de una elección presidencial de algo que es imposible de probar?

El principal argumento en contra del criterio de la determinancia causal es epistemológico: no puede ofrecerse evidencia suficiente que, sobre la base de razonamientos sólidos (científicos, racionales), demuestre con alguna plausibilidad cuántos votantes se ven afectados y en qué sentido por el uso ilegal de propaganda en medios masivos, o por otras formas de coacción o compra del voto. Este cálculo sencillamente no puede hacerse con criterios objetivos. Y como concluye Bárcena Zubieta al evaluar la posibilidad de ofrecer pruebas para demostrar la determinancia de las irregularidades durante el proceso electoral del 2006:

Por todo lo anterior, no tiene sentido decir que en el caso de la elección presidencial no se aportaron pruebas que acreditaran el carácter determinante de las irregularidades. Esas pruebas no se aportaron porque no pueden existir: ningún medio de prueba ni ningún razonamiento sería capaz de probar que una violación significativa de principios constitucionales fue la causa por la que un número de electores, suficiente para decidir el resultado de la elección, votó por un determinado candidato (...)

---

<sup>11</sup> Creo que algo que no termina de ver Bárcena Zubieta en su análisis del criterio, es que a fin de cuentas el concepto causal de determinancia termina por repercutir en el criterio que él llama aritmético. Esto es así porque si bien la interpretación del TEPJF del criterio cualitativo (o normativo en términos de este autor) terminó por exigir que se compruebe una relación causal entre las irregularidades y los votantes afectados, lo que llevaría a que se pudiera entonces cuantificar la dimensión de votos afectados, cosa que como ya vimos es imposible fáctica y jurídicamente.

<sup>12</sup> Remito al trabajo Nieto (2003) y al trabajo de Orozco y Ortiz (2010).

Mi posición es que no se puede justificar ninguna decisión sobre la prueba de la determinancia si ésta se entiende como una relación de causalidad entre una violación significativa de principios constitucionales y el resultado electoral (Bárcena 2008: 104-105).

Esto de ninguna forma significa afirmar que el uso ilegal de medios de comunicación masiva no afecta a los votantes, sabemos que sí hay afectación, pero no es posible una prueba racional con base en el concepto de determinancia desarrollado por el TEPJF.

Como se dijo antes, después de la elección del 2006 vinieron las reformas legislativas del 2007 donde se pretendió suprimir la causal abstracta de nulidad o la nulidad por principios. La solución no duró mucho, porque el mismo TEPJF reinterpretó la reforma y concluyó en el 2008 que cuando ocurrieran irregularidades graves durante un proceso electoral que fueran contrarias a los principios constitucionales, tales hechos o violaciones podrían conducir a la declaración de invalidez de una elección (Oropeza 2010: 317).

La entonces nueva integración del TEPJF rescató, por decirlo de algún modo, la nulidad por principios que el legislador en el 2007 quiso desaparecer. Sin embargo, siguieron sin dar una solución aceptable a los requisitos que desde antes se habían establecido. El problema de la determinancia causal subsiste hoy día, el TEPJF no logró rescatar el criterio de esta interpretación absurda a que nos hemos referido.

Siempre me ha quedado la impresión de que en la elección presidencial del 2012, ante las evidencias presentadas por la Coalición Movimiento Progresista (que otra vez presentaba de candidato a López Obrador), la Sala Superior prefirió no enfrentar de nuevo el problema del criterio de la determinancia y salió del paso sosteniendo que sencillamente las irregularidades no se pudieron probar. Si no hubo entonces irregularidades, porque todas las evidencias se desestimaron, ya no se tenía que volver a plantear el problema de si fueron o no determinantes. A mi juicio, y lo he escrito en otro lado (Cruz Parceró 2014), los argumentos del TEPJF para valorar la evidencia fueron sesgados. Las exigencias y estándares de prueba fijados por el TEPJF eran prácticamente imposibles de cumplir. Además fue muy dudosa la forma en que definieron sus obligaciones en materia de prueba en tanto tribunal constitucional, donde por una parte, adoptaron doctrinalmente una posición que podríamos decir de

vanguardia constitucionalista, pero por la otra terminaron adoptando criterios probatorios de procesos civiles y mercantiles. En ese sentido la valoración de la evidencia la hicieron con criterios altamente formalistas alejados de cualquier compromiso institucional con la búsqueda de la verdad y la protección del interés público.

¿Qué hacer entonces? No podemos ignorar que el uso ilegal de medios masivos de comunicación es una irregularidad grave (y como dije puede haber otras irregularidades similares), pero no podemos exigir que se pruebe cuántos votos se ven afectados. Quizá lo mejor que se podría hacer es que se prohíba tajantemente la contratación de spots por parte de los partidos, como ya se ha hecho en la reforma electoral del 2007. Y por lo que hace a la contratación de publicidad por terceros, las sanciones y medidas preventivas deben aplicarse con rigor; el INE debe tener más facultades para actuar con tiempo y oportunidad para evitar la intervención de terceros en campañas publicitarias, y el desarrollo de criterios más precisos para evitar que las estrategias electorales de los partidos se basen en campañas sucias. La FEPADE por su parte debería hacer su labor para impedir la impunidad. El TEPJF en 2006 admitió que hubo irregularidades graves, tanto del presidente como del CCE, ¿cuáles fueron las sanciones?, ¿se les exigió alguna responsabilidad? Si mal no recuerdo, creo que ninguna.

### **Bibliografía**

AGUIRRE SALDIVAR, Enrique, “Algunas consideraciones de la denominada nulidad por principios”, en *Justicia Electoral*, No. 15, Cuarta Época, vol. 1, enero-junio, 2015, pp. 65-95.

BÁRCENA ZUBIETA, Arturo, *La prueba de irregularidades determinantes en el derecho electoral. Un estudio desde la argumentación*, Porrúa-IMDPC, México, 2008.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “La actuación del TEPJF en las elecciones del 2006. La falta de justificación del dictamen de la elección presidencial”, en Castañeda Fernando y Cuellar, Angélica (coords.), *Los límites de la democracia en México*.

Elecciones 2006, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México, 2010, pp. 15-59.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Comentario del dictamen de la elección presidencial”, en *Dictamen 2006*, TEPJF, 2008.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Sobre la validez de la elección presidencial: la naturaleza del Tribunal Electoral y la evaluación de la evidencia”, en Báez Silva, Carlos y Ríos Vega, Luis Efrén (coords.), *La elección presidencial en México (2012). Memoria del V Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, Tirant lo Blanch, TEPJF, México, 2014, pp. 337-351.

NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, UNAM, México, 2003

OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús y ORTIZ FLORES, Javier, “La concepción garantista de la prueba en el derecho electoral mexicano”, en Larry Laudan y Juan Antonio Cruz Parcero (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, IIF-UNAM, 2010, pp. 167-212.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “La muerte de la causal abstracta y la sobrevivencia de los principios constitucionales rectores de la función electoral”, en *Andamios*, vol. 7, No. 13, mayo-agosto, 2010, pp. 291-319.