

## POR UN NUEVO DERECHO ELECTORAL

John M. ACKERMAN\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Hacia una nueva ontología del derecho electoral*. III. *Reflexiones finales*.

### I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo busca delimitar de manera “ontológica” el derecho electoral de otras ramas afines, como el derecho penal y el derecho administrativo. El derecho electoral se distingue de estas otras ramas no solamente por tratar una materia distinta, sino también por los retos específicos que se presentan al buscar controlar y regular la esfera de la competencia político-electoral. La forma en que actúa el derecho electoral, su forma de “ser”, en términos heideggerianos,<sup>1</sup> es radicalmente distinta a las formas que caracterizan a las otras ramas del derecho. En consecuencia, no es válido importar de manera mecánica principios y prácticas comunes para otros ámbitos, sino que habría que reinventarlos integralmente para que tengan sentido en el ámbito electoral.

En este ensayo se sostiene que es particularmente importante repensar de manera integral las bases del derecho electoral en México con el fin de facilitar la posible nulidad de una elección frente a violaciones generalizadas a las normas y principios electorales. Uno de los errores más comunes que cometen los juzgadores a la hora de revisar la validez de una elección, es que tienden a importar mecánica e irreflexivamente los principios del

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Contacto: [ackerman@unam.mx](mailto:ackerman@unam.mx). Agradezco a Israel Torres, Iván Benumea y Carmen Bustamante por su valioso apoyo en las tareas de investigación del presente texto. Algunas partes de este ensayo están basadas en el artículo “Una reconceptualización del derecho electoral a la luz del caso Sodi” escrito por el mismo autor y publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIII, núm. 128, mayo-agosto de 2010, pp. 563-594.

<sup>1</sup> Heidegger, Martin, *El ser y el tiempo*, 4a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

derecho penal al derecho administrativo sancionador electoral.<sup>2</sup> Otro error importante ha sido el surgimiento de una visión limitada de las facultades de fiscalización de los organismos administrativos electorales, que rompa de tajo con uno de los legados más importantes en la materia.<sup>3</sup>

## II. HACIA UNA NUEVA ONTOLOGÍA DEL DERECHO ELECTORAL

Típicamente el derecho electoral se define de manera limitada y estrictamente material como “el conjunto de normas jurídicas que regulan la elección de órganos representativos”.<sup>4</sup> Desde este punto de vista, esta rama del derecho se distingue únicamente por el tipo de normas que aborda e incorpora.

Manuel Aragón propone una ampliación de esta definición para incorporar un abanico más amplio tanto de temas como de formas de ejercer el sufragio popular. De acuerdo con el teórico español, una definición más certera sería: “Conjunto de normas reguladoras de la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio, activo y pasivo, de la organización de la elección, del sistema electoral, de las instituciones y organismos que tienen a su cargo el desarrollo del proceso electoral y del control de la regularidad de ese proceso y la veracidad de sus resultados”.<sup>5</sup> Esta definición no se restringe al asunto de la “representación” como la de Nohlen, sino que aborda de manera integral cualquier ejercicio de “sufragio”, así como las instituciones responsables por administrar y regular los procesos electorales. Sin embargo,

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, la jurisprudencia DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DE *IUS PUNIENDI* DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 483-485.

<sup>3</sup> Por ejemplo, la anterior integración del TEPJF había dictado las siguientes tesis de avanzada: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PARA LA ATENCIÓN DE QUEJAS SOBRE EL ORIGEN Y LA APLICACIÓN DE LOS RECURSOS DERIVADOS DEL FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ES ESENCIALMENTE INQUISITIVO, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 242 y 243; y PRUEBAS INDIRECTAS. SON IDÓNEAS PARA ACREDITAR ACTIVIDADES ILÍCITAS REALIZADAS POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS, Sala Superior, Tesis S3EL 037/2004. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, pp. 833-835.

<sup>4</sup> Nohlen, Dieter, “Derecho electoral”, *Diccionario electoral*, México, Centro de Asesoría y Capacitación Electoral (CAPEL), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, pp. 381 y 382.

<sup>5</sup> Aragón, Manuel, “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 178-197.

si bien este acercamiento amplía el panorama de manera significativa, todavía se mantiene en un plano descriptivo del fenómeno electoral sin entrar a una discusión de los principios y de la naturaleza científica del derecho electoral como una disciplina académica.

El magistrado Flavio Galván ofrece una definición más robusta que precisamente busca ir más allá de estos elementos descriptivos para incorporar los aspectos “reflexivo”, “teórico” y “científico”. El autor define al derecho electoral como “la rama del Derecho Público que tiene por objeto inmediato, directo y exclusivo, a la materia electoral”.<sup>6</sup> Al mencionar explícitamente al “derecho público” y hablar de la “materia” electoral, y no únicamente de las normas que regulan las elecciones o el sufragio, esta definición abre un universo más amplio para el debate y la discusión de la materia.

El ex magistrado Jesús Orozco Henríquez ofrece una definición similar a la de Galván. De acuerdo con Orozco, el derecho electoral es “la disciplina científica que ha venido configurando un campo de estudio propio y autónomo, que consiste precisamente en las correspondientes normas jurídicas electorales, con base en principios, métodos, fines y características específicos”.<sup>7</sup> Aquí el autor específicamente le otorga la calidad de “disciplina científica” al derecho electoral y le concede una dinámica propia al señalar que cuenta con “principios, métodos, fines y características específicos”.

Sin embargo, aun las definiciones de Aragón, Galván y Orozco se quedan en un nivel “fáctico” u “óntico”, en términos heideggerianos, de delimitación material del objeto de estudio. Para entender a fondo la especificidad y la autonomía del derecho electoral, lo importante no es solamente delimitar su “materia”, “campo de estudio” o “características” específicas, sino exponer la forma en que su correspondiente esfera de intervención se comporta y se desarrolla. En otras palabras, habría que seguir a Heidegger cuando afirma en *El ser y el tiempo*, que el conocimiento verdadero surge de la comprensión de las formas de interrelación presentes en el mundo social (“el ser”), y no del análisis del comportamiento de unidades materiales (“entes”) específicas.<sup>8</sup> Esto constituye la parte medular de todo análisis “ontológico” en contraste con los análisis “ónticos” típicos de la conciencia cotidiana.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Galván, Flavio, “Derecho electoral: generalidades y principios generales”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Derecho electoral*, México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2006.

<sup>7</sup> Orozco Henríquez, J. Jesús, “Evolución del derecho electoral en México durante el siglo XXI”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, p. 1029.

<sup>8</sup> Heidegger, Martín, *op. cit.*, nota 1.

<sup>9</sup> Dreyfus, Hubert L., *Being-in-the-World: A Commentary on Heidegger's Being and Time*, Cambridge, Massachusetts Institute of Technology, 1991.

Desde este punto vista, resulta insatisfactorio definir al derecho electoral simplemente como aquella parte del derecho que regula el sufragio, las elecciones o la representación política, o que aborda la “materia electoral”. En los hechos, el derecho electoral es responsable no solamente de garantizar la buena organización técnica de la recepción del voto ciudadano, sino también de asegurar que la sociedad en su conjunto avance en un sentido democrático. Por ejemplo, el artículo 105 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) dice sin rodeos que el Instituto Federal Electoral cuenta con responsabilidades tan amplias como “contribuir al desarrollo de la vida democrática” y “asegurar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos político-electorales y vigilar el cumplimiento de sus obligaciones”.

El derecho electoral, entonces, no es menos que el eje articulador de nuestra misma convivencia democrática.<sup>10</sup> Si Guillermo O’Donnell tiene razón al entender al derecho como una especie de “sistema nervioso” de la sociedad,<sup>11</sup> entonces el derecho electoral sería literalmente la columna vertebral de la convivencia política. A su vez, la función de los organismos públicos responsables de aplicar e interpretar este derecho sería la regulación del desarrollo de la democracia misma, no simplemente la vigilancia del buen funcionamiento de las normas electorales.<sup>12</sup>

Por lo tanto, habría que ampliar nuestra definición del derecho electoral aún más para capturar integralmente tanto lo específico como lo complejo de su naturaleza. El doctor Luis Gustavo Arratíbel Salas nos ofrece algunas luces al respecto cuando define al derecho electoral de la siguiente manera:

Un sistema de normas, instituciones y principios filosófico-jurídicos que regulan las elecciones de los individuos a cargos de representación popular, el ejercicio de los derechos políticos, los tipos de sufragio, los partidos políticos, los sistemas electorales, la organización y administración de los comicios, la competencia y las reglas para la impartición de justicia en caso de controversia.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Como escribe el mismo Manuel Aragón, “podría decirse que el derecho electoral no tiene otro objetivo que el de establecer las reglas estructurales básicas de la democracia”. Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 5, pp. 178 y 179.

<sup>11</sup> O’Donnell, Guillermo, “Democracia y Estado de derecho”, en Ackerman, John M. (coord.), *Más allá del acceso a la información: transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI Editores-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.

<sup>12</sup> Ackerman, John, “Los mitos de la institucionalidad electoral en México”, en Ackerman, John M. (coord.), *Nuevos escenarios del derecho electoral. Los retos de la reforma de 2007-2008*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

<sup>13</sup> Arratíbel Salas, Luis Gustavo, “Conceptualización del derecho electoral”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Derecho electoral*, México, Facultad de Derecho, UNAM-Porrúa, 2006, p. 1.

Esta definición llama la atención porque caracteriza al objeto del derecho electoral no como una “materia” o un “campo de estudio”, sino como un “sistema”. Desde este punto de vista se abre de manera significativa el panorama para explorar la naturaleza del fenómeno electoral.

El autor también señala que el “sistema” tiene la función de “regular” todos los procesos relacionados tanto con el acceso al poder público por la vía democrática como con el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos. El concepto de la regulación es amplio y puede ser interpretado de muchas formas<sup>14</sup>. Aún la definición “minimalista” de Nohlen de derecho electoral resumida al inicio de este apartado habla de la “regulación” de “la elección de órganos representativos”. Sin embargo, al hablar de la regulación de todo el “sistema” democrático, Arratúbel Salas eleva la discusión a un nuevo nivel teórico.

Así mismo, de acuerdo con el autor, como parte integral de este sistema y al mismo nivel que las normas y las instituciones se encuentran los “principios filosófico-jurídicos”. Esta equivalencia es relevante, ya que muchas veces se entienden a los principios como elementos externos que se utilizan únicamente a la hora de interpretar la norma, y no como parte integral del “sistema” mismo. El hecho de que Arratúbel Salas defina a los principios correspondientes como “filosófico-jurídicos”, y no únicamente como “jurídicos”, también eleva su importancia y relevancia.

Ahora bien, si queremos entender los entretelones de cómo funciona el “sistema” de “regulación” electoral desde un punto de vista ontológico, así como distinguirlo más tajantemente de otras áreas del derecho, como el penal, el administrativo, el mercantil o el civil, habría que partir de una comprensión de la naturaleza y las dinámicas de la esfera social que corresponde al derecho electoral. En otras palabras, habría que distinguir muy cuidadosamente el “ser” de cada uno de estas ramas.

A manera de acercamiento inicial, y con el fin de generar un debate en la materia, aquí proponemos cuatro elementos que caracterizarían la esfera de aplicación y de desarrollo del derecho electoral y que necesariamente le imprimen una naturaleza específica en el plano ontológico:

1. *Captura estructural*. Las principales leyes en la materia están diseñadas y avaladas por los mismos actores sujetos a su regulación. Asimismo, las personas encargadas de los órganos garantes en la materia están

<sup>14</sup> Para mayor discusión véase Levi-Faur, David y Jordana, Jacint, “Strengthening Regulatory Agencies: Institutional Designs for Autonomy, Accountability and Professionalism”, en Sandoval, Irma (coord.), *Corrupción y transparencia. Debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*, México, IIS-UNAM, Siglo XXI Editores, 2009.

seleccionadas por los mismos actores que tendrían que someterse a su autoridad y vigilancia. Análogicamente sería como si los delinquentes diseñaran el código penal y también escogieran los jueces que lo aplicarían.<sup>15</sup>

2. *La ley de la selva*. El premio de la victoria electoral es tan redituable, la posibilidad de ser descubierto tan improbable y las sanciones en la eventualidad de ser descubierto tan laxas e indirectas, que los candidatos y sus partidos normalmente están dispuestos a hacer todo lo que sea necesario para alcanzar los puestos de elección popular. Los incentivos para violar la ley son tan fuertes, que se puede corromper hasta el político más ético y coherente. Cuando todos los actores políticos se encuentran inmersos en este contexto no les queda otra opción que “entrarle al juego”, o de lo contrario ser devorados por el candidato que le queda al lado. El resultado es que muchas veces impera una especie de “ley de la selva” en el ámbito electoral, donde la norma llega a ser la violación al marco legal y el respeto a las reglas la excepción.<sup>16</sup>
3. *Lucha social*. Cuando existe una alta concentración de poder económico, político y social en un país determinado se introduce un agravante adicional, ya que las elecciones no se limitan a ser contiendas solamente para ver cuál de los bandos en competencia accederá a las riendas del poder gubernamental, sino que se convierten en escenarios para el despliegue de una lucha social integral.<sup>17</sup> En este contexto, las campañas políticas se desbordan muy fácilmente, dado que lo que está en juego no es solamente un menú de cargos públicos, sino también la permanencia de un sistema de privilegios e intereses

<sup>15</sup> En otras palabras, en materia electoral se presenta de manera sistemática lo que Terry Moe ha llamado “sabotaje estatutario” (*statute sabotage*), que ocurre cuando por una variedad de razones los diseñadores de una norma intencionalmente incluyen cláusulas o artículos que buscan minar la efectividad de la misma ley que aprueban. Véase en Moe, Terry, “Political Institutions: the neglected side of the story”, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 6, núm. especial, pp. 213-253.

<sup>16</sup> Dicho de otra forma, en materia electoral la norma escrita no constituye una guía muy certera para conocer cómo funcionan en realidad las reglas del juego, ya que muchas veces el universo de las reglas informales predomina sobre el de las reglas escritas e institucionalizadas. Para mayor discusión de situaciones similares véase Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009; Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven, *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2006.

<sup>17</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, PNUD, 2004.

sociales cuya vigencia y naturaleza emanan de manera directa de la gestión gubernamental.<sup>18</sup>

4. *Naturaleza ambigua de los partidos políticos*. Como “entidades de interés público”, los partidos políticos no son estrictamente entidades del Estado ni tampoco entidades de derecho privado.<sup>19</sup> El resultado es que el derecho electoral es sumamente maleable al contexto específico o la litis en cuestión en cada caso en particular. Los jueces cuentan con mayor flexibilidad en su interpretación y aplicación de la ley en el ámbito electoral que en otras áreas del derecho.

Ante este escenario sui géneris, y tomando en cuenta la función tan importante que cumple el derecho electoral en el desarrollo de la democracia y la convivencia social, sería francamente irresponsable aplicar de manera mecánica los principios y las prácticas comunes en otras ramas del derecho al ámbito electoral.

Por ejemplo, la decisión de sancionar a un partido político o a un candidato por una violación a la legislación electoral no es de ninguna manera equivalente a la decisión de sancionar a una persona física por haber violado el código penal. Los partidos políticos no son seres humanos, y las sanciones en materia electoral de ninguna manera se pueden comparar con la gravedad de una sanción en materia penal. Si bien siempre es necesario asegurar cierta consistencia en la actuación de las autoridades, así como garantizar el derecho de audiencia de los acusados, la lógica procesal debería ser radicalmente diferente en los dos ámbitos.

Por ejemplo, el *principio de la presunción de inocencia* no tiene el mismo carácter ni la misma relevancia en el ámbito electoral que en el penal. Dado el contexto de trampas, vacíos, ambición, manipulación y conflictividad social que impera en el escenario electoral, existe de entrada una sospecha fundada con respecto a la legalidad de la actuación de los candidatos y los partidos. Las autoridades electorales no pueden mantenerse al margen de esta realidad y esperar pasivamente que otros actores les entreguen las pruebas correspondientes, sino que tienen que actuar de manera contundente y con

<sup>18</sup> El desarrollo de las elecciones presidenciales de 2006 en México constituye un ejemplo particularmente claro al respecto. Véase Villamíl, Jenaro y Scherer Ibarra, Julio, *La guerra sucia de 2006*, México, Grijalbo, 2007.

<sup>19</sup> Para una discusión de la ambigüedad jurídica de los partidos políticos, así como, una propuesta de reforma constitucional en la materia, véase Paoli Bolio, Francisco Jose, “La reforma de la reforma: partidos y derechos político-electorales”, en Ackerman, John M. (coord.), *Nuevos escenarios del derecho electoral. Los retos de la reforma de 2007-2008*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 263-276.

la firme intención de develar las ilegalidades que, por el contexto estructural, tienen altas probabilidades de existir.<sup>20</sup>

En el derecho penal lo más grave que puede ocurrir es la encarcelación de un inocente.<sup>21</sup> Un acontecimiento de este tipo desvirtúa la esencia misma del sistema de justicia penal y debe ser evitado a toda costa.<sup>22</sup> Incluso sería preferible dejar libres diez delincuentes que encarcelar a un inocente. Todo el sistema de garantías procesales en materia penal está diseñado específicamente para evitar este escenario.<sup>23</sup>

En materia electoral, si bien una sanción injustificada a un candidato o a un partido político no es de ninguna manera deseable, esto no constituye el escenario límite que debería definir todo el procedimiento en la materia. Al contrario, mucho más grave que castigar a un actor político inocente sería la validación de una elección fraudulenta. Una situación de esta naturaleza afecta la médula misma de la función de las autoridades electorales, ya que desvirtúa el sistema de representación democrática. Al colocar en un puesto gubernamental a una persona que no hubiera ganado la elección correspondiente de manera limpia y de acuerdo con los principios constitu-

<sup>20</sup> El mismo TEPJF ha reconocido esta realidad con las tesis mencionadas arriba sobre las “pruebas indirectas” y la naturaleza “inquisitiva” del procedimiento administrativo sancionar (*op. cit.* 2 y 3). Más recientemente, el pleno del TEPJF ha ratificado estos criterios al dictar las siguientes tesis de jurisprudencia: CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL. TIENE FACULTADES PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, EN CONTRA DE MILITANTES, DIRIGENTES PARTIDISTAS, PARTICULARES O AUTORIDADES (tesis de jurisprudencia, 8/2007); PROCEDIMIENTO SUMARIO PREVENTIVO. FACULTAD DE LA AUTORIDAD ELECTORAL PARA INSTAURARLO AUTORIDADES (tesis de jurisprudencia, 12/2007); COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LOS RECURSOS DE LOS PARTIDOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS. ALCANCES DE SU FACULTAD INVESTIGATORIA EN EL TRÁMITE DE QUEJAS AUTORIDADES (tesis de jurisprudencia, 3/2008).

<sup>21</sup> La formulación clásica de este principio se encuentra en los escritos del jurista romano Ulpiano: “Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar un inocente” (“*Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”), Digesto, Ulpiano I.5.

<sup>22</sup> César Beccaria, por ejemplo, establece que la presunción de inocencia es un principio central de todo el derecho penal, manifestando que “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida”, Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 119.

<sup>23</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha afirmado que la presunción de inocencia es un principio constitucional de especial y absoluta aplicación. Véase las tesis: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. Tesis P. XXXV/2002 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14 y “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 2a. Sala; t. XXV, mayo de 2007, p. 1186.



cionales, las autoridades pierden su razón de ser y se defrauda la voluntad popular. En consecuencia, sostendríamos que en el derecho electoral sería preferible anular diez elecciones válidas que ratificar como ganador a una persona que no estuvo favorecida por el voto popular.

Otro principio que habría que reinventar dentro del contexto del derecho electoral es el *principio de conservación del acto jurídico*<sup>24</sup> o de *presunción de la legalidad de los actos administrativos*.<sup>25</sup> Desde el punto de vista del derecho administrativo, existe la necesidad de proteger la integridad del Estado y evitar obstáculos innecesarios al funcionamiento de los organismos gubernamentales. Pocas cosas serían más problemáticas para el Estado que la existencia de una duda a priori sobre la validez jurídica de todos y cada uno de sus actos. La carga de la prueba siempre debería estar del lado de quien impugna o busca invalidar alguna acción gubernamental o, de lo contrario, el Estado podría ser inmovilizado o desarticulado de manera radical.

Pero este razonamiento no se aplica de la misma manera al ámbito del derecho electoral. Partir de la existencia de una duda a priori sobre los resultados de una elección de ninguna manera perjudicaría la organización de los comicios. El único efecto que tendría sería la impresión de un carácter radicalmente diferente a la etapa de evaluación y calificación de una elección de parte de los organismos jurisdiccionales.

Específicamente, en lugar de que toda la carga de la prueba penda de lado del partido perdedor, también tendría que haber una carga importan-

<sup>24</sup> Este principio, propio del derecho mercantil, indica que cuando habría que escoger entre una interpretación que anule los efectos de un contrato o una cláusula y otra que los mantiene vigentes, habría que optar por la interpretación que favorece la vigencia de los efectos. Véase Rebaza González, Alfonso, “Laudando sacrilegamente. Consideraciones en torno al carácter arbitrable de la nulidad del acto jurídico”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, noviembre de 2004, [http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/laudando\\_sacrilegamente.php](http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/laudando_sacrilegamente.php)

<sup>25</sup> De acuerdo con José Roldán Xopa, la presunción de legalidad es uno de los principios fundamentales del derecho administrativo que “tiene como efecto dar firmeza al acto mientras no sea invalidado. Además, su efecto procesal es invertir la carga de la prueba”, Roldán Xopa, José, *Derecho administrativo*, México, Oxford University Press, 2008. Gabino Fraga también señala que “Una vez que el acto administrativo se ha perfeccionado por haber llenado todos los elementos y requisitos para su formación, adquiere fuerza obligatoria y goza de una presunción de legitimidad que significa que debe tenerse por válido mientras no llegue a declararse por autoridad competente su invalidez, es decir, que se trata de una presunción *iuris tantum*” (Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 38a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 275). Por su parte, José Antonio García Trevijano-Fos indica que el principio de presunción de legalidad “significa que el recurrente, ante un tribunal contencioso-administrativo, deberá probar la ilegitimidad del acto pero no por el juego de la carga de la prueba, sino porque la parte demandada goza de dicha presunción” (García Trevijano-Fos, José Antonio, *Los actos administrativos*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1991).

te tanto para el partido ganador como para las autoridades electorales que condujeron el proceso para que estos actores demuestren la manera en que *en los hechos y con base en un análisis empírico* se cumplieron con los principios y procedimientos constitucionales básicos en materia electoral. En otras palabras, ya no sería suficiente que la autoridad sostuviera que haya cumplido de manera formal con todas las acciones requeridas por la ley y que el partido ganador conteste las denuncias y las acusaciones del partido perdedor, sino que tanto la autoridad como el partido ganador tendrían que argumentar y ganar de manera activa una especie de “juicio de validez” (la otra cara de la moneda del típico “juicio de nulidad”) al demostrar que efectivamente la elección correspondiente fue válida constitucionalmente.

La introducción de un procedimiento de este tipo no implicaría obstáculo alguno para la realización de las elecciones, dado que la legislación actual ya contempla un periodo específico tanto para la resolución de las impugnaciones como para la calificación definitiva de una elección.<sup>26</sup> En los hechos, no se cumple estrictamente con el principio de conservación del acto jurídico, ya que no se le otorga validez plena a los resultados electorales iniciales, sino que existe un periodo para procesar, analizar y evaluar estos resultados. Incluso, para las elecciones presidenciales el órgano administrativo, el IFE, ni siquiera cuenta con la facultad de validar sus propios resultados. Únicamente el mismo TEPJF puede pronunciar válida una elección presidencial después de hasta dos meses de evaluación de los acontecimientos que tuvieron lugar antes, durante y después de los comicios.<sup>27</sup>

En suma, las instituciones en materia electoral deberían evitar la ingenuidad que implica partir de la inocencia de los partidos políticos y los candidatos, así como de una fe ciega en la validez de los comicios. Dado el escenario tan problemático y propenso a la ilegalidad que caracteriza al espacio político-electoral, habría que partir de la base de una sana duda con respecto al contenido democrático de cualquier elección popular. Por lo tanto, durante el periodo de revisión administrativa y jurisdiccional de la validez de una elección todos los actores deberían tener la responsabilidad de desplegar al máximo sus facultades de investigación y de argumentación para llegar lo más cercano posible a la verdad de los hechos de una elección.

Los órganos electorales típicamente titubean en esta tarea por temor a ser descalificados de parciales en sus decisiones con respecto a qué y a quién investigar. Pero desde el punto de vista que aquí proponemos, sería la desidia y no la “excesiva” utilización de sus facultades, lo que más claramente

<sup>26</sup> Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, artículo 55.

<sup>27</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 99.

indicaría la parcialidad de un árbitro. Al tomar una actitud pasiva ante una posible violación a la ley, las instituciones estarían apoyando en los hechos la versión del partido inicialmente “ganador”.<sup>28</sup>

En general, las instituciones electorales tienen que perder su miedo a las declaratorias de nulidad. Los que deberían tener miedo a la nulidad no son las autoridades electorales, sino los partidos políticos y los candidatos.<sup>29</sup> En un escenario tan propenso a la simulación y el fraude a la ley como lo es el ámbito electoral, las autoridades no pueden permitirse el lujo de prescindir de la pena máxima. Al final de cuentas, el principal bien jurídico tutelado en cualquier elección democrática es el respeto a la voluntad popular.

### III. REFLEXIONES FINALES

En una serie de casos históricos resueltos entre 2006 y 2009, los magistrados federales han mostrado una cautela exagerada al considerar declarar la nulidad de una elección.<sup>30</sup> Se acerca un peligroso escenario en que la histórica “causal abstracta de nulidad”<sup>31</sup> podría ser reemplazada con un nuevo criterio de interpretación, que bien podríamos denominar “causal abstracta de validez”. De acuerdo con el antiguo criterio, los magistrados se atrevían a anular los procesos electorales que no se apegaban a los principios constitucionales en la materia, aun en el caso de no acreditarse una violación a una causal de nulidad específicamente señalada en la ley. En contraste, de acuerdo con el criterio emergente, los juzgadores federales apostarían por validar

<sup>28</sup> Ackerman, John, *op. cit.*, nota 12.

<sup>29</sup> Así como de acuerdo con Martín Heidegger el “miedo a la muerte” es uno de las formas del “ser” que más define y da forma a la especie humana, podríamos decir que un sano “miedo a la nulidad” también ayudaría a los partidos políticos y a los candidatos a mejor cumplir con sus propósitos constitucionales.

<sup>30</sup> Algunos casos emblemáticos han sido: la declaración de validez de la elección presidencial de 2006, la validación de la elección para presidente del Partido de la Revolución Democrática (PRD) en 2008 (SUP-JDC-2663/2008), el aval a la elección para presidente municipal en la ciudad de Acapulco, Guerrero en 2008 (SUP-JRC-165/2008), la validación de la elección de Demetrio Sodi como jefe delegacional en Miguel Hidalgo del Distrito Federal (SDF-JRC-69/2009, SDF-JRC-68/2009 y SDF-JDC-301/2009 acumulados), la elección interna del PRD para seleccionar su candidato a presidir la delegación Iztapalapa en el Distrito Federal en 2009 (SUP-JDC-497/2009). Sin embargo, habría que señalar que sí existen algunos casos de anulación recientes que rompen con esta tendencia. Un buen ejemplo fue la resolución de la Sala Regional del TEPJF en Toluca en el caso de la elección municipal en Zimapan, Hidalgo, a principios de (ST-JRC-15/2008).

<sup>31</sup> NULIDAD DE ELECCIÓN. CAUSA ABSTRACTA. Tesis de Jurisprudencia S3ELJ 23/2004, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, pp. 200 y 201.

procesos electorales y elecciones evidentemente irregulares a pesar de que se documente y se pruebe de forma plena la violación a una causal de nulidad específicamente plasmada en la norma.

El argumento central del presente ensayo es que este tipo de modificación de criterios de interpretación representaría un grave peligro tanto para el desarrollo del derecho electoral como para el mismo Estado de derecho en México. Al negarse a aplicar la pena máxima en materia electoral los magistrados estarían emitiendo cheques en blanco a los actores políticos, creando una situación en que éstos se vean tentados a violar la ley a su antojo.

Ante lo complicado que ha resultado la resolución de casos como la elección de Demetrio Sodi o las elecciones presidenciales de 2006, así como lo difícil que ha resultado llevar a la práctica la reforma electoral de 2007-2008, algunas voces han propuesto descargar al IFE y al TEPJF de tantas responsabilidades. Se propone eliminar el régimen de “sobrerregulación” en que actualmente se encuentra México, con el fin de “liberar” al ámbito político-electoral de tantos controles.<sup>32</sup>

Sin embargo, desde el punto de vista del análisis desarrollado en este artículo, esta “solución” acarrearía más problemas que soluciones. Lo único que se lograría con una reforma de este tipo sería transitar de manera definitiva a la captura del sistema democrático del país por el dinero y el poder, así como la consolidación de la ley del más fuerte. La vigencia del mismo sistema democrático estaría en riesgo.

El fortalecimiento del sistema democrático en el país no pasa por el debilitamiento de las instituciones electorales, sino por su fortalecimiento. Un elemento central en este proyecto sería la dignificación del derecho electoral por medio de una reflexión profunda sobre su naturaleza y su razón de ser. Tal y como hemos argumentado arriba, habría que defender con mayor fuerza la especificidad del derecho electoral a partir de una distinción clara y definitiva entre esta rama del derecho y otras ramas relacionadas, como el derecho administrativo, el derecho penal y el derecho civil.

<sup>32</sup> Ugalde, Luis Carlos, “La reforma regresiva”, *Nexos en línea*, México, 2009, en <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=724>