

VOTO PARTICULAR QUE CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 26, PÁRRAFO 6 DEL REGLAMENTO DE SESIONES DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, QUE PRESENTA EL CONSEJERO ELECTORAL BENITO NACIF HERNÁNDEZ EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL RESPECTO DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO DE QUEJA EN MATERIA DE FISCALIZACIÓN DE LOS RECURSOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES, PRESENTADA POR EL DIPUTADO JORGE LÓPEZ MARTÍN, REPRESENTANTE, EN SU CARÁCTER DE CONSEJERO ELECTORAL DEL PODER LEGISLATIVO DEL PARTIDO ACCIÓN NACIONAL, EN CONTRA DEL C. ENRIQUE PEÑA NIETO EN SU CARÁCTER DE OTRORA CANDIDATO A LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA POSTULADO POR LA OTRORA COALICIÓN “COMPROMISO POR MÉXICO”, ASÍ COMO EN CONTRA DE LOS PARTIDOS INTEGRANTES DE LA COALICIÓN, EL PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL Y EL PARTIDO VERDE ECOLOGISTA DE MÉXICO; IDENTIFICADO CON EL NÚMERO DE EXPEDIENTE INE/Q-COF-UTF/27/2016.

En la sesión extraordinaria celebrada el 4 de mayo del 2016, el Consejo General aprobó por mayoría de ocho votos la resolución correspondiente a una queja en materia de fiscalización presentada por la representación del Poder Legislativo del Partido de Acción Nacional ante el Consejo General del INE, en contra del C. Enrique Peña Nieto en su carácter de candidato a la Presidencia de la Republica postulado por la otrora coalición “Compromiso por México”, así como de los partidos que la integraban, por la realización de hechos que pudieran constituir infracciones en materia de ingresos y gastos de los partidos políticos.

La queja se basa en una entrevista otorgada por Andrés Sepúlveda, publicada en el portal de la revista *Bloomberg Businessweek*, en la cual afirmó haber trabajado para la campaña de Enrique Peña Nieto a la Presidencia de la República, dentro del proceso electoral del año 2012; labor por la que asegura haber recibido pagos en efectivo por la prestación de sus servicios que incluían, el rastreo, interceptación

e intervención de comunicaciones de candidatos, dirigentes partidistas y diversos ciudadanos involucrados con las campañas en comento. Según lo reportado en la entrevista, el Sr. Sepúlveda gastó hasta \$50,000 (cincuenta mil dólares estadounidenses) en software para al servicio de la campaña del entonces candidato presidencial, así como la elaboración y emisión de propaganda negra con contenido calumnioso en contra de los diversos candidatos contendientes en dicho proceso electoral. La Representación del Poder Legislativo del PAN denunció posibles violaciones en materia de fiscalización, como la omisión de reportar los gastos y el posible rebase al tope de gastos de campaña. Sin embargo, sólo aportó como prueba la impresión de la nota en comento.

La resolución aprobada por la mayoría del Consejo General determinó que el procedimiento debía desecharse por frívolo términos de la fracción II del numeral 1 del artículo 30 del Reglamento de Procedimientos Sancionadores en Materia de Fiscalización (Reglamento). Así mismo ordenó una vista a la Unidad de lo Contencioso Electoral debido a que el quejoso violó el numeral 1, inciso e), fracción IV del artículo 440 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE) debido a que sólo aportó la dirección del sitio de internet donde se publicó la entrevista y una impresión de la nota periodística al momento de querellarse ante el INE. Presento el siguiente voto particular porque considero que la causal de desechamiento así como la imputación de la falta de frivolidad en la presentación del procedimiento administrativo sancionador carecen de la debida motivación y fundamentación, pero sobre todo porque la resolución limita de forma injustificada el derecho al acceso a la justicia establecido en el artículo 17 de la Constitución.

Interpretación pro persona

Para la mayoría de los integrantes del Consejo General, el desechamiento se motivó en que el quejoso, al sustentar su queja únicamente en una nota periodística, no otorgó elementos suficientes

para que la autoridad ejerciera sus facultades indagatorias, a efecto de acreditar una posible falta en materia de origen y destino de los recursos de los partidos políticos. Argumentó que “la frivolidad en los hechos denunciados se traduce en un obstáculo para que la autoridad pudiese trazar una línea de investigación, lo cual le permita realizar diligencias que le conduzcan a acreditar la veracidad de los hechos denunciados o desmentirlos.”

Mi voto fue en contra de considerar frívola la queja porque el razonamiento que llevó a considerarlo así es incorrecto. Incorre en una falacia conocida como de la “falsa causa” que toma una condición necesaria como si fuera suficiente. El artículo 440, numeral 1, inciso e) fracción IV de la LEGIPE establece dos condiciones necesarias para que la autoridad, el Consejo General, pueda determinar que queja es frívola:

- 1) Que la queja se fundamente únicamente en una nota de opinión periodística o de carácter noticioso; y
- 2) Que en la nota se generalice una situación cuya veracidad no pueda ser acreditada por otro medio.

Como se puede advertir del texto de esta disposición, la frivolidad no se actualiza con el hecho de que se presente una queja basada únicamente en notas periodísticas; sino que es necesario que los hechos denunciados no se puedan acreditar por ningún otro medio de prueba y que no se presente una conducta específica sino una situación general.

Por lo tanto, el motivo de mi disenso radica en la interpretación, que la mayoría de los miembros del Consejo hizo, respecto del concepto de frivolidad. Desde mi punto de vista, en el caso de la fracción IV, inciso e), párrafo 1, del artículo 440 de la LEGIPE, la frivolidad deber ser entendida como una

restricción al ejercicio al derecho de acceso a la justicia y no sólo como una causal de desechamiento aislada.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establecen el acceso efectivo a la justicia como un derecho humano que debe ser plenamente garantizado. En este sentido, la fracción II del numeral 1 del artículo 30 del Reglamento en relación con el artículo 440, numeral 1, inciso e) fracción IV de la LEGIPE constituyen una restricción al ejercicio de ese derecho humano y por lo tanto deben interpretarse de manera estricta.

Al tratarse de una limitación al derecho fundamental de acceso a la justicia, establecido en el artículo 17 de la Constitución, la autoridad electoral debe de aplicarla de manera estricta, pues a diferencia de la interpretación de los derechos fundamentales de los cuales, en todo momento, debe buscarse su maximización, las restricciones deben interpretarse siempre de la forma más acotada posible.

Insuficiente motivación

El legislador estableció esta segunda condición necesaria para que exista la frivolidad porque hay casos, como el que nos ocupa, en los que las pruebas que puedan corroborar o desmentir la denuncia del quejoso, no están al alcance del mismo. En estas situaciones, la autoridad no puede ser omisa ni dejar de ejercer sus facultades de investigación a fin de conocer la verdad de los hechos. En el análisis de la queja, la autoridad debe valorar si los hechos señalados en la nota periodística o de opinión pueden ser acreditados por otro medio, en cuyo caso está obligada a entrar al fondo y realizar las diligencias necesarias.

La frivolidad de acuerdo con la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la jurisprudencia 33/2002 debe “resultar notoria de la mera lectura cuidadosa del escrito”. Por lo tanto, en este caso en la resolución, el Consejo General del INE debió motivar por qué consideró que los hechos relatados no podían ser acreditados, pues como bien es sabido en materia de fiscalización existen pruebas que sólo pueden ser recabadas por la autoridad a través de la superación del secreto bancario, fiduciario y fiscal. En ese caso, al tratarse de una queja en materia de fiscalización, el punto era determinar si el monto señalado como retribución no podía haber sido posible o si los servicios señalados no correspondían con el mundo fáctico. Nada de eso está en la resolución.

Por ejemplo, si la declaración que se dio en la entrevista publicada en el portal de *Bloomberg Businessweek* se hubiera presentado con las formalidades exigidas para la prueba testimonial, se hubiera dado trámite a la queja y se habrían ordenado las diligencias de investigación correspondientes, a pesar de que se contara con exactamente la misma información y la misma fuente: la declaración de una sola persona. Es decir, la indebida fundamentación equivale a perjudicar al quejoso por haber basado su queja en un medio periodístico.

Por estos motivos, el *quid* del asunto se encuentra en la interpretación de la última frase de la porción normativa: “Que en la nota se generalice una situación cuya veracidad no pueda ser acreditada por otro medio”. La nota debe ser tan general que no contenga situación de tiempo, modo y lugar que permitan a la autoridad establecer una línea de investigación. Esta segunda condición necesaria no fue acreditada para poder declarar la queja como frívola.

Finalidad de la norma

La resolución erróneamente interpreta que la finalidad de la reforma al incluir esta norma, y la naturaleza de la frivolidad, reside en que la autoridad no se vea afectada con el “uso y desgaste de elementos humanos y materiales en cuestiones que son evidentemente insignificantes para el derecho electoral, que restan tiempo y esfuerzo a quienes intervienen en ellos, pudiendo distraer la atención respectiva de los asuntos que realmente son de trascendencia para los intereses del país”.¹ La anterior interpretación es a mi juicio errónea porque en el artículo 376 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales permitía ya desechar quejas por frivolidad y evitar así “el uso y desgaste” de recursos de la autoridad.

Lo realmente novedoso es que la frivolidad se convierte en una infracción administrativa de conformidad con el artículo 447, numeral 1, inciso d) de la LGIPE. Al hacerlo, el legislador estableció un umbral probatorio mínimo que los quejosos deben superar no sólo para conseguir la admisión de una queja, sino también para evitar un acto de reproche de parte de la autoridad.

La introducción de los artículos 440, párrafo 1, inciso e) fracción IV y 447, numeral 1, inciso d) en la reforma de 2014 tuvo como objetivo limitar el abuso del derecho de acceso a la justicia. De este derecho, como de todos, puede hacer un uso abusivo que perjudique el ejercicio de otros derechos. Específicamente se trató de evitar que con el inicio de quejas que se basaran en hechos que no pudieran probarse por ningún otro medio se causaran actos de molestia, costos litigiosos, o se inhibiera el goce de algún derecho.

¹ Ver Resolución página 9

Para demostrar que se trata de un abuso del derecho de acceso a la justicia el legislador puso para las quejas que se basan en notas de opinión periodística o de carácter noticioso, dos condiciones ambas necesarias: que sólo se presentara como prueba una nota periodística y que no se pudiera comprobar su veracidad por ningún otro medio. En el caso que nos ocupa la primera sí se cumple, la segunda no.

Ciertamente la autoridad electoral debe inhibir la presentación de quejas frívolas, particularmente cuando el abuso del derecho al acceso a la justicia tiene como propósito cuartar el ejercicio de otros derechos. Sin embargo, voté en contra de imputar frivolidad a la Representación del Poder Legislativo del PAN en este caso porque, al hacerlo, el Consejo General impuso una restricción arbitraria al derecho al acceso a la justicia al elevar el umbral probatorio a los quejosos más allá del establecido en la ley.

Dr. Benito Nacif Hernández
Consejero Electoral