TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

GACETA AMERICANA

0º DE JUSTICIA ELECTORAL 2021

REPÚBLICA DEL ECUADOR
TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

JUECES PRINCIPALES

Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera
PRESIDENTE

Dra. Patricia Guaicha Rivera
VICEPRESIDENTA

Dr. Ángel Torres Maldonado

Dr. Joaquín Viteri Llanga

Dr. Fernando Muñoz Benítez

En el marco del "Proyecto Apoyo al Ciclo Electoral en el Ecuador" suscrito entre el Tribunal Contencioso Electoral (TCE) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se publica la **Gaceta Americana de Justicia Electoral Nº 1,** que compila las sentencias de los órganos de justicia electoral de cinco países de América.
Esta publicación contó con el apoyo de la Unión Europea en Ecuador, la Embajada de Suiza en el Ecuador y la Cooperación Española en el Ecuador.

COMITÉ EDITORIAL:
Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera
Mgs. Gabriel Cisneros Abedrabbo
Mgs. Milton Paredes Paredes

Investigadores Contencioso Electorales:
Mgs. Noemí Andrango
Ab. Álvaro Briceño
Ab. Bradley Machado

Corrección de estilo y revisión jurídica:
Lic. Daniela Sánchez
Mgs. Noemí Andrango

Compilación de sentencias:
Ing. Daniela Guaña

Diseño y diagramación:
Ing. Jorge Gallegos Vaca

© Derechos Reservados TCE 2021
Septiembre 2021
Quito, Ecuador.

Presentación

La aplicación del Derecho con relación a las normas y su especificidad, según la materia que regulan debe ser lógica, comprensible y razonable. Cuando las autoridades jurisdiccionales adoptan una resolución hacen evidente su interpretación sobre los hechos fácticos y los efectos que sobre ellos tiene una disposición legal.

La legislación debe procurar la igualdad ciudadana ante la ley y la administración de justicia - en esencia – busca la resolución de conflictos, generar seguridad jurídica, garantizar derechos y otorgar a la potestad judicial la cualidad de predecible.

Ante casos análogos la justicia debe actuar de la misma forma; no obstante, la interpretación individual de los operadores judiciales, en algunas ocasiones, podría trastocar la confianza en el sistema y es allí cuando surge la necesidad de establecer uniformidad en los fallos y resoluciones.

Esta unidad se alcanza cuando los tribunales de jerarquía superior, de manera expresa, emiten pronunciamientos que superan la relación inter partes y evitan respuestas jurídicas contradictorias.

Para que estos precedentes sean válidos deben cumplir con los requisitos de fondo y forma determinados en las diferentes legislaciones nacionales; así como observar el principio de publicidad para hacerse efectivos.

En materia electoral la creación de órganos especializados en el ámbito administrativo y jurisdiccional, busca garantizar el ejercicio de los derechos de participación política de la ciudadanía y que los procesos eleccionarios sean el fiel reflejo de la expresión democrática.

América es el territorio en donde casi la totalidad de sus Estados comparten condiciones humanas, sociales y económicas similares; ocurre lo mismo en cuanto a la participación política y sus niveles de organización a través de movimientos y partidos políticos, cuya existencia y registro depende de leyes propias.

El intercambio de experiencias entre órganos jurisdiccionales y la cooperación en varias misiones de observación electoral llevaron al Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador a asumir el reto de sistematizar y publicar la “Gaceta Americana de Justicia Electoral”.

En éste su primer número, la generosa contribución de los Órganos Electorales de cinco países: Colombia, Costa Rica, Ecuador, México y Brasil, facilitó la compilación de los fallos relacionados con diversas temáticas.

Las sentencias analizan aspectos relativos a: nulidades electorales, mecanismos de democracia directa, autoregulación partidaria, derechos de participación, nulidad de acto administrativo, medidas cautelares, inscripción de candidaturas, recursos de revisión y reconsideración, asignación de escaños; y, finalmente, invalidez de registro de candidaturas y división de recursos de campaña electoral.

La "Gaceta Americana de Justicia Electoral" es una herramienta de análisis que, sin duda, facilitará la interacción de órganos electorales, organizaciones políticas y de la sociedad civil; además de candidatos, profesionales del Derecho y ciudadanía activa en el ejercicio y garantía de los derechos de participación.

La Justicia Electoral, sus fallos, resoluciones y, en especial, su jurisprudencia son pilares para el fortalecimiento de los procesos democráticos y garantías de paz social.

Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera
Presidente del Tribunal Contencioso Electoral

Presentación Metodológica
"Gaceta Americana de Justicia Electoral"

El desarrollo de procesos electorales periódicos que permitan una transición democrática y pacífica del poder político, ha sido un compromiso permanente de los gobiernos del Continente Americano; sin embargo, en las últimas décadas se ha vuelto frecuente que la competencia electoral se vea afectada por temas de deslegitimación de la institucionalidad, insinuaciones de actividades fraudulentas y claras denuncias que afectan la integridad electoral.

Este escenario ha originado que las decisiones, respecto a las diferentes etapas en la realización de los procesos eleccionarios, no queden únicamente en manos de las instituciones de la organización y administración electoral sino que se establezcan instancias y procedimientos de revisión de éstas, con el objeto de precautelar el ejercicio de los derechos políticos y de participación, dando como resultado procesos electorales libres, justos y transparentes, siendo esto lo que el profesor Orozco denomina "Justicia Electoral" al referirse: "A la serie de mecanismos y medios de defensa mediante los cuales se busca garantizar el cumplimiento de los principios de elecciones libres, justas y auténticas, así como la salvaguardia de los derechos político-electorales de todas las personas" (Orozco, 2013).

Es así que, cada país ha configurado un sistema de Justicia Electoral conforme a sus necesidades, particularidades y procedimientos, sea mediante recursos o acciones conocidas por los mismos órganos administrativos o por organismos independientes, mediante salas de las Cortes de Justicia o Cortes Constitucionales, o a través de organismos especializados, orientados a dirimir desde una visión jurídica los conflictos que se pudieren suscitar en el desarrollo de los procesos electorales y, de esta manera, garantizar elecciones imparciales, justas, limpias y equitativas; así como, la plena vigencia de los derechos políticos y de participación de la ciudadanía.

En este contexto, el Tribunal Contencioso Electoral (TCE) consciente que los pronunciamientos de los diferentes órganos de administración de Justicia Electoral en las Américas constituyen un aporte para el estudio, análisis y debate en materia electoral; y, fortalecen el sistema democrático y el Estado de Derecho en la región, propuso la publicación de la "Gaceta Americana de Justicia Electoral", proyecto al que se sumaron los órganos electorales de: Colombia, Costa Rica, México y Brasil mediante la remisión de sentencias, que son referentes jurisprudenciales en materia electoral de cada país.

Una vez compiladas las decisiones a ser procesadas, el equipo jurídico de la Dirección de Investigación Contencioso Electoral procedió a organizarlas por su país de origen y tipo de recurso considerando la temática de cada fallo, y las incorporó en ésta publicación garantizando la accesibilidad en la búsqueda de la información para los interesados.

Por cada una de las resoluciones jurisdiccionales se elaboró una ficha en la que consta la información general de identificación del expediente, luego se realizó una síntesis de los argumentos que motivaron la presentación de las acciones o recursos contencioso electorales, a fin que el investigador conozca a breves rasgos las circunstancias fácticas y los fundamentos jurídicos propuestos por las partes procesales.

Posteriormente, se identificaron los elementos de la sentencia, por un lado la *Ratio decidendi*, que hace relación al argumento central que motiva la decisión dentro del fallo judicial; y por otro, el *Obiter dicta*, que no son más que aquellas consideraciones que fortalecen la decisión fruto del ingenio argumentativo de los juzgadores, pero que no tienen una relación determinante en la resolución.

Finalmente, para efectos de publicación, junto a cada sentencia se adjunta la correspondiente ficha técnica de procesamiento, con excepción de las resoluciones del Tribunal Superior Eleitoral de Brasil, con el objeto de mantener la fidelidad de los contenidos en su idioma original; por lo que, únicamente se incorpora un resumen en español de las sentencias.

En este sentido, estamos seguros que la "Gaceta Americana de Justicia Electoral", constituirá una obra de utilidad para la comunidad jurídica, académica, organizaciones políticas y ciudadanía interesada en profundizar sobre los avances de los derechos de participación y la Justicia Electoral, al ser un trabajo elaborado con los más altos estándares académicos, técnicos y jurídicos en el proceso de selección y procesamiento de los fallos jurisdiccionales de los Órganos de Justicia Electoral que participan en esta edición, pero sobre todo ratificará la importancia de contar con éstos para garantizar elecciones justas y transparentes.

Ab. Milton Andrés Paredes Paredes MSc.
Director de Investigación Contencioso Electoral

Índice

COLOMBIA

- 19001-23-33-003-2019-00368-01
  Recurso de apelación 3
- 50001-23-33-000-2020-00002-1
  Recurso de apelación 31
- 11001-03-28-000-2019-00024-00
  Nulidad electoral 57

COSTA RICA

- Sentencia Nro. 0790-E9-2007
  Autorización de recolección de firmas 103
- Sentencia Nro. 4102-E1-2013
  Amparo electoral 123
- Sentencia Nro. 1541-E8-2017
  Opinión consultiva 135

ECUADOR

- 119-2019-TCE
  Recurso ordinario de apelación 143
- 046-2020-TCE
  Recurso de apelación 169
- 050-2020-TCE
  Recurso de apelación 189

MÉXICO

- SUP-REP-95/2019
  Recurso de revisión 219
- SUP-REC-74/2020
  Recurso de reconsideración 243
- SUP-RAP-68/2021 Y ACUMULADOS
  Recurso de apelación 267

BRASIL

- N° 193-92.2016.6.18.0018 - CLASSE 32- VALENÇA DO PIAUÍ – PIAUÍ
  Recurso especial eleitoral 329
- N° 0600306-47.2019.6.00.0000
  Consulta 361

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

COLOMBIA

GACETA AMERICANA
DE JUSTICIA ELECTORAL
2021

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	Colombia
ÓRGANO ELECTORAL:	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta.
TEMA:	Nulidad electoral
NÚMERO DE CAUSA:	19001-23-33-003-2019-00368-01
FECHA DE EMISIÓN:	10 de diciembre de 2020
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Recurso de apelación
ACTO QUE SE RECURRE:	Sentencia de primera instancia
ACCIONANTE (S):	Concejal del Municipio de Popayán- Cauca.
ACCIONADO (S):	Tribunal Administrativo del Cauca
DECISIÓN:	Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 10 de septiembre de 2020.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	Alega que conforme a las pruebas presentadas en primera instancia, se evidencia que el demandado apoyó a un candidato diferente al del partido al que se encuentra afiliado y lo hizo facultado por la directiva de la organización política, amparado en el principio de confianza legítima.
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	El Tribunal Administrativo del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda al considerar que, en la modalidad de apoyo, se configuró la acusación de doble militancia, ya que la Resolución emitida por el Jefe Único del Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U, respecto a apoyar a un candidato de otro movimiento político, no corresponde a ninguna clase de norma o acto que tenga eficacia jurídica o fuerza de estatuto, así como ley o fuerza constitucional para permitir una conducta prohibida por la ley estatutaria y la Constitución Política.

ARGUMENTOS	
RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Objeción de conciencia.

RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	La Constitución Política de Colombia consagra la libertad de conciencia y garantiza que nadie será obligado por razón de su convicción y creencias a revelarlas o actuar en contra de ellas. En el presente caso, se evidencia que la objeción de conciencia no se limitó a salvaguardar el derecho a discrepar, pues las personas no están en la libertad constitucional de desatender cualquier norma por el solo hecho que sea contraria a su conciencia.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Generalidades de doble militancia.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	Existen cinco modalidades en las que se puede materializar la prohibición de doble militancia, las cuales son: 1) Los ciudadanos, bajo ninguna causa pueden pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político; 2) Quienes participen en consulta de un partido político o en consultas interpartidistas, no podrán inscribirse por otro, en el mismo periodo electoral; 3) Si el miembro de una corporación pública decide participar por un partido o movimiento político distinto en la siguiente elección, deberá renunciar doce (12) meses antes del primer día de inscripciones; 4) Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo; si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones; y, 5) Los directivos de organizaciones políticas, que aspiren a ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimiento político, deberán renunciar al cargo que ostentan doce (12) meses antes de postularse o ser inscritos como candidatos. Estas consideraciones tienen el propósito de crear un régimen rígido de bancadas, evitando el transfuguismo político.

OBITER DICTA 2- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	La doble militancia y su modalidad de apoyo.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	La jurisprudencia señala los elementos necesarios que deben configurase para la doble militancia en la modalidad de apoyo, estos son: a) Sujeto activo, debe abstenerse de las conductas prohibidas; b) Conducta prohibitiva, se refiere a apoyar a un candidato distinto al inscrito por la organización política al que se encuentra afiliado; y, c) Elemento temporal, que solo puede ser ejercido en época de campaña electoral. A su vez, la Sala de lo Contencioso Administrativo estableció que la doble militancia en la modalidad de apoyo se puede configurar con un solo acto, puesto que no es necesario demostrar el desarrollo de varios eventos para justificar que se respaldó la aspiración de un candidato ajeno al de su partido, en contra de la lealtad que debe guardar a la colectividad que representa.

OBITER DICTA 3- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Transfuguismo político.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	El transfuguismo político es el comportamiento individualista de un militante, directivo, candidato, miembro de una corporación pública o mandatario de elección popular, quien es representado por una colectividad política y decide abandonar la misma para formar parte de otra. La legislación colombiana y la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional establecieron que el objeto de protección de la prohibición de la doble militancia se dirige a favor de: las organizaciones políticas, la sociedad y a la profundidad y eficacia del sistema democrático, que son los beneficiados con el fortalecimiento de las agrupaciones políticas, logrando que los asociados cuenten con un panorama claro de la opción con la que se identifiquen para ejercer sus derechos políticos en condiciones reales de libertad.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 19001-23-33-003-2019-00368-01
Demandante: SILVIO ORTIZ DAZA
Demandado: ACTO QUE DECLARÓ LA ELECCIÓN DEL SEÑOR OYTHER MANUEL CANDELO RIASCOS como Concejal del Municipio de Popayán –Cauca-, período 2020-2023

Temas: Apelación de sentencia, doble militancia en la modalidad de apoyo, objeción de conciencia como causal de exoneración de la prohibición contenida en los artículos 107 de la Constitución Política y 2 de la Ley 1475 de 2011 y 275.8 de la Ley 1437 de 2011.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado, contra la decisión adoptada en sentencia del 10 de septiembre 2020, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca, accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad del acto contentivo de la elección del señor Oyther Manuel Candelo Riascos, como Concejal del Municipio de Popayán, para el período 2020-2023.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

1. El señor Silvio Ortiz Daza, actuando en nombre propio, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, en la cual solicitó:

"1.- *DECLARAR la Nulidad del Acto Administrativo de ELECCIÓN contenido en el ACTA DE RESULTADOS DEL ESCRUTINIO DE VOTOS PARA CONCEJO DE POPAYÁN (E-26 CON), de fecha 31 DE OCTUBRE DE 2019, proferido por la COMISIÓN ESCRUTADORA MUNICIPAL DE POPAYAN…, en lo referente a la declaratoria de elección del señor, OYTHER MANUEL CANDELO RIASCOS, …, como Concejal Municipal de Popayán – Cauca para el período 2020 a 2023 en representación del PARTIDO POLITICO DE LA U, … por encontrarse incurso en:*

a. Causal de anulación de su elección por configurarse la DOBLE MILITANCIA POLÍTICA, al tenor de lo expuesto en la Constitución Política en su artículo 107, numeral 8 del artículo 275 del CPACA y los artículos 15 y 16 de los estatutos del Partido Social de Unidad Nacional "PARTIDO DE LA U".

b. Régimen de Inhabilidades, de establecerse la prueba, por sopesar SENTENCIA PENAL CONDENATORIA, consagrada en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el art 40 de la Ley 617 de 2000 y los artículos 15 y 16 de los Estatutos del Partido Social de Unidad Nacional-PARTIDO DE LA U.

2.- DECLARAR y ORDENAR, la cancelación de la declaratoria y entrega de la CREDENCIAL que acredita como concejal electo al señor OYTHER MANUEL CANDELO RIASCOS,...

3.- DESCONTAR, a través del CONSEJO NACIONAL ELECTORAL DE COLOMBIA, TODOS LOS 1186 VOTOS CONTABILIZADOS al electo Concejal OYTHER MANUEL CANDELO RIASCOS,…, por haber participado en los comicios electorales a sabiendas de su DOBLE MILITANCIA POLÍTICA como candidato del PARTIDO DE LA U y apoyar al candidato para la Alcaldía de

Popayán avalado por la COALICIÓN DE LOS PARTIDOS ALIANZA VERDE Y COLOMBIA RENACIENTE; y haber inscrito su candidatura a sabiendas de su inhabilidad posiblemente/ presuntamente por imposición de SENTENCIA PENAL CONDENATORIA permaneciendo en el proceso electoral, obteniendo votos a su favor a pesar del conocimiento de sus inhabilidades que le impedían aspirar al cargo de elección popular que en últimas obtuvo a pesar de las irregularidades que se mantienen vigentes con posterioridad a su elección.

4.- COMUNICAR, la Sentencia a las diferentes autoridades Administrativas y Electorales, para los fines Constitucionales y legales a que hubiese lugar.

5.- CONDENAR, a los Demandados, al pago de las costas procesales." (Sic para lo trascrito).

1.1.2 Hechos

2. Adujo que, el demandado se inscribió como candidato al Concejo Municipal de Popayán por el Partido de la U, colectividad política por la cual resultó electo conforme lo demuestra el formulario E-26 CO del 31 de octubre de 2019.

3. Señaló que el señor Candelo Riascos, era inelegible toda vez que sobre él recae una condena de tipo penal por inasistencia alimentaria, lo cual materializa la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 40.1 de la Ley 617 de 2000.[1]

4. De otra parte, sostuvo que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia en su modalidad de apoyo, toda vez que, junto con otros candidatos de la colectividad, elevaron petición ante el jefe único del Partido de la U, señor Aurelio Iragorri Valencia, a efectos de obtener libertad para secundar a cualquier candidato a la alcaldía de Popayán, diferente a la postulada por la mencionada agrupación, que en este caso fue la Ingeniera Rosalba Joaqui Joaqui, petición que fue resuelta de forma desfavorable al querer del demandado.

5. Informó, que conforme el artículo 16 literal a. de los Estatutos del Partido de la U, les está prohibido a los miembros o militantes, apoyar a otros candidatos de otra colectividad, salvo que medie autorización del órgano competente.

6. Conforme lo anterior, concluyó que al tenor de lo consagrado en los estatutos del Partido de la U, es claro que en los casos en que no medie autorización válida del órgano competente que permita a sus integrantes apoyar o adelantar actividades electorales en favor de otros candidatos distintos a los postulados por éste, se constituye en una causal de doble militancia sancionada por el artículo 275. 8 del CPACA, como causal de anulación de la elección.

7. Resaltó, que para las elecciones locales de 2019, el jefe único de la "U" expidió la Resolución No. 101 del 15 de agosto de 2019, a través de la cual exoneró de responsabilidad por doble militancia a *"…congresistas, diputados, concejales, ediles y dirigentes políticos del Departamento del Cauca y a todo su equipo de trabajo..."* para apoyar candidatos diferentes a los avalados por el partido en los municipios de ***"...Tambo, Santander de Quilichao, Patía y Morales…"***, autorización que recayó, a juicio del demandante, en mandatarios electos y no en favor de los candidatos y, en segundo lugar, en los municipios expresamente señalados, entre los cuales no se encuentra Popayán.

8. En el caso concreto, el señor Oyther Manuel Candelo Riascos, apoyó a la alcaldía de Popayán, al abogado Juan Carlos López Castrillón avalado por la coalición de los partidos Alianza Verde y Colombia Renaciente, siendo que

1 No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: … 1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

su colectividad efectivamente inscribió candidata al mismo cargo y no contaba con la autorización para dar este respaldo.

1.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

9. A juicio del demandante, con la elección del señor Oyther Manuel Candelo Riascos, se desconocieron los artículos 107 de la Constitución Política, 2° de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, 40.1 de la Ley 617 de 2000, 139 y 275.8 de la Ley 1437 de 2011 y 15 y 16 de los estatutos del Partido de la U. Por estas mismas razones, solicitó la suspensión provisional del acto enjuiciado.

1.2 Actuaciones Procesales

1.2.1 Admisión de la demanda y medida cautelar

10. Mediante auto del 2 de diciembre de 2019, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda y negó la suspensión provisional del acto demandado al considerar que: *"…Confrontados los argumentos con las pruebas aportadas con la demanda, la Sala no encuentra suficiente evidencia de la flagrante violación de la Constitución y la ley, que plantea el actor para sustentar la medida cautelar. Se observa que aún se deben allegar otros elementos de juicio, tal y como lo hace notar el demandante, puesto que no se tiene certeza de si en efecto existe sentencia penal condenatoria…; también se desconoce si el PARTIDO DE LA U liberó de responsabilidad por doble militancia solamente a sus candidatos en los municipios de El Tambo, Santander de Quilichao, Patía y Morales, según la Resolución 101 de 15 de agosto de 2019, o si lo hizo igualmente para Popayán en otro momento. De manera que se precisa ahondar el debate procesal para determinar con certeza la configuración o no de las causales invocadas."*.

1.2.2 Contestación de la demanda e intervención de terceros

11. El 13 de enero de 2020, el señor Jonathan Danilo Ledesma Gómez, en su condición de coadyuvante solicitó se declare la nulidad del acto de elección, al considerar que existe plena prueba de la doble militancia en que se encuentra inmerso el demandado. Para ello sostuvo que, en este caso el señor Candelo Riascos respaldó al candidato a la alcaldía de Popayán por la coalición de Alianza Verde y Colombia Renaciente, siendo que su partido inscribió uno propio.

12. Indicó que del material probatorio, se puede extraer que el señor Oyther Manuel invitó a votar el 27 de octubre de 2019, por el candidato de la mencionada coalición, adicionalmente, invitó al cierre de su campaña al mencionado aspirante al primer cargo del municipio de Popayán, a quien define como próximo alcalde.

13. El apoderado judicial del Consejo Nacional Electoral, el 21 de enero de 2020[2], analizó los cargos de nulidad y frente a ellos, mencionó que debe existir plena prueba para la prosperidad de las pretensiones. A renglón seguido, propuso su falta de legitimación en la causa por pasiva, al señalar que la elección se declaró por la comisión escrutadora municipal, por lo que dicho cuerpo colegiado no tiene incidencia alguna en lo que acontece en el respectivo escrutinio, lo que denota que no es la autoridad que expidió el acto o intervino en su conformación.

14. El 24 de enero de 2020, **el apoderado judicial del demandado** contestó la demanda, en la que precisó que no es cierto que exista en su contra investigación o condena penal, por lo que no se encuentra inhabilitado a la luz del artículo 40.1 de la Ley 617 de 2000.

15. En lo que hace a la doble militancia, aclaró que el jefe único del Partido de la U profirió la Resolución No. 071 de 24 de julio de 2019, en la que concedió el derecho a disentir, por objeción de conciencia, al Representante a la Cámara

2 El *aquo* no tuvo en cuenta la contestación de la demanda del CNE, al considerar que el poder no se otorgó en debida forma.

John Jairo Cárdenas y a todo su equipo de trabajo, integrado por el señor Oyther Manuel Candelo, entre otros.

16. Manifestó, que en la data en que se profirió la resolución mencionada, se otorgaron los avales para integrar la lista al Concejo Municipal de Popayán, razón por la que la exculpación de la doble militancia recae en el equipo de trabajo y no en los candidatos, dado que aún no se habían inscrito ante la Organización Electoral.

17. Así, señaló que con la autorización expresa de su colectividad, apoyó al candidato Juan Carlos López Castrillón sin que ello pueda merecer algún reproche, ya que cumplió el trámite que se establece en los estatutos que rigen la colectividad a la cual pertenece.

18. Sumó a sus razones de defensa, lo consagrado en el artículo 18 Superior frente a la libertad de conciencia y apartes de la sentencia T-409 de 1992, el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 sobre la prohibición de doble militancia y los artículos 14, 15 y 20 estatutarios, para sostener que si bien fue avalado por el Partido de la U y que éste inscribió candidata propia a la alcaldía de Popayán, al sostener diferencias sustanciales frente al proyecto programático de ésta, sus directivas le permitieron apartarse de la campaña y sumar libremente a la de la mencionada coalición.

19. Como colectividad que avaló al candidato demandado, el 29 de enero de 2020, intervino **el Partido de la U**, quien solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda y para ello propuso la excepción de falta de competencia del juez electoral para conocer del presente asunto, dado que las decisiones adoptadas al interior del mismo, son actuaciones de derecho privado que no son susceptibles de control judicial por la jurisdicción contencioso administrativo, al pertenecer al fuero interno, privado y autónomo del partido.

20. A su turno, alegó lo que denominó la impertinencia e inoperancia de la causal de doble militancia alegada como causal de nulidad, toda vez que el demandado fue debidamente autorizado para apoyar al candidato a la alcaldía de Popayán de su preferencia bajo el amparo del derecho de las minorías.

21. Para finalizar, señaló que no existe causal de inhabilidad que sea imputable al demandado, dado que no existe sentencia penal condenatoria en contra de éste.

1.2.3 Audiencia inicial

22. El 5 de marzo de 2020, se celebró la audiencia inicial, en la cual se verificó la asistencia de los sujetos procesales, la inexistencia de nulidades y se abstuvo el sustanciador del proceso, de estudiar la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Consejo Nacional Electoral, al considerar que no contestó la demanda de forma oportuna.

23. Respecto del litigio, se fijó en los siguientes términos: "*…determinar si el acto que declaró la elección del señor OYTHER MANUEL CANDELO RIASCOS, como concejal del Municipio de Popayán para el período 2020-2023, contenido en el formato E-26 CON, se encuentra afectado de nulidad, por haber incurrido el demandado en doble militancia, correspondiente a la causal de anulación electoral No. 8 del artículo 275 del CPACA, y/o por estar incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 1° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por haber sido condenado, a la fecha de la inscripción por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos culposos, salvo que estos últimos hayan afectado al patrimonio del Estado; o si por el contrario está amparado por la Constitución, los Estatutos del Partido de la U y la Ley, para apoyar a candidatos distintos a los de su partido.*"

24. Respecto de las pruebas, ordenó la incorporación de aquellas aportadas por los sujetos procesales, negó la petición de interrogatorio de parte solicitado por el coadyuvante, ordenó oficiar a la Fiscalía General de la Nación para que informe si el demandado tiene sentencia penal ejecutoriada en su contra y al Director del Partido de la U para que remita las constancias de quiénes componen el equipo de trabajo del Representante a la Cámara John Jairo Cárdenas Morán. A su turno, fijó la celebración de audiencia de pruebas para el 31 de julio de 2020 por la contingencia ocasionada por la emergencia sanitaria declarada por la pandemia del COVID-19.

25. Una vez se verificó en la correspondiente diligencia de pruebas la incorporación del material probatorio decretado, ordenó prescindir de la audiencia de alegaciones y en virtud de ello, dispuso la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.

1.2.4 Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

26. El 12 de agosto de 2020, **el Procurador 39 Judicial II para Asuntos Administrativos**, solicitó denegar las pretensiones de la demanda al considerar que frente a la inhabilidad del artículo 40.1 de la Ley 617 de 2000, si bien es una causal de inelegibilidad intemporal, lo cierto es que en este caso no se demostró la existencia de condena penal ejecutoriada en contra del demandado, razón suficiente para desestimar el cargo.

27. En lo que hace a la doble militancia, adujo que la colectividad política a la que pertenece el demandado, lo dejó en libertad de apoyar al candidato a la alcaldía de Popayán de su preferencia, por lo que no existe la pretendida doble militancia que adujo el demandante.

28. **El coadyuvante,** el 18 de agosto de 2020 solicitó la nulidad del acto electoral del concejal de Popayán, bajo el argumento que en este caso se encuentra plenamente demostrado que éste apoyó a un candidato a la alcaldía distinto a la inscrita por el Partido de la U, que es a la agrupación a la que pertenece.

29. **El apoderado judicial del demandado**, el 18 de agosto de 2020, se refirió a los cargos de la demanda, para solicitar su denegatoria. Para ello, manifestó que frente a la doble militancia, el señor Oyther Manuel Candelo Riascos, obtuvo la autorización para efectos de apoyar al candidato Juan Carlos López Castrillón, a la alcaldía de Popayán del pasado 27 de octubre de 2019 y no a la señora Rosalba Joaqui Joaqui avalada por su partido.

30. Sostuvo, que conforme el material probatorio obrante en el proceso, se podía colegir sin duda alguna, que el demandado apoyó a un candidato diferente al del Partido Social de Unidad Nacional, Partido de la U, para la alcaldía de Popayán, debidamente autorizado por la Resolución No. 071 de 24 de julio de 2019, expedida por el Director Único del colectivo político por motivos de objeción de conciencia.

31. A su turno, manifestó, que mediante la Resolución No. 101 del 15 de agosto de 2019, se señala en su parte resolutiva que: *"…, {se} EXONERA y LIBERA de toda responsabilidad constitucional, legal y estatutaria a los dirigentes políticos del Departamento del Cauca y a todo su equipo de trabajo, al elegir y apoyar políticamente al candidato que mejor interprete sus planteamientos ideológicos y de conciencia, sin que por ello se pueda hablar de doble militancia, a tono con la motivación de la presente determinación…"*.

32. Concluyó, que el demandado fue liberado por la colectividad a la que pertenece, de toda responsabilidad y con ello de incurrir en la prohibición de la doble militancia, por lo que con esta prerrogativa, no se puede aducir causal de nulidad de la elección cuestionada.

33. En cuanto hace a la inhabilidad por condena penal, se demostró que no cursa en contra decisión condenatoria, conforme se desprende de los antecedentes de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol, DIJIN, SIJIN, Centro de Servicios Judicial de los Juzgados Penales y Fiscalía General de la Nación, ventanilla única del Ministerio del Interior, aportados al presente proceso.

34. **El Partido de la U**, alegó de conclusión, a través de memorial radicado el 18 de agosto de 2020, en el cual solicitó mantener incólume el acto de elección cuestionado, toda vez que, conforme las normas internas de la colectividad política, la objeción de conciencia es un derecho fundamental, por lo que se les permite a sus afiliados, una vez se eleva la petición correspondiente y es aprobada por las máximas instancias del órgano político, separarse del acompañamiento de los candidatos inscritos por ésta sin que de ello se pueda predicar la doble militancia.

35. A su vez, manifestó que no se agotó en debida forma el procedimiento de revocatoria de la inscripción del demandado, previo a la presentación de la demanda, toda vez que, esta situación no fue puesta en conocimiento del CNE, situación que impide el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo del presente asunto, por cuanto las etapas son preclusivas.

36. En cuanto a la inhabilidad por condena penal, reiteró los argumentos del demandado.

37. **El accionante**, solicitó que el fallo que se produzca al interior del presente medio de control, sea adverso a los intereses del demandado, para ello, insistió en la materialización de la doble militancia en el presente asunto.

38. Sostuvo que por una norma estatutaria, no se puede modificar el ordenamiento jurídico y menos la Constitución Política, alterando las reglas allí previstas para relevar de consecuencias jurídicas a quien no acata con su comportamiento las previsiones legales y en este caso de orden superior.

39. Mencionó, que la pertenencia al Partido de la U, se desarrolla estatutariamente en el artículo 107, en donde se indica que es libre, voluntaria y espontánea, de lo que se deriva la calidad de miembro y consecuente obligación y compromiso de acatar de manera general lo correspondiente a la prohibición de doble militancia.

40. Informó que, el artículo 40 de la norma interna de la colectividad, establece cuales son los órganos de dirección, en donde refiere expresamente a la Dirección Nacional (artículo 29), cuya composición es de 11 miembros, quienes para adoptar decisiones (artículo 33) podrán deliberar con un mínimo de la mitad más uno de sus integrantes y sus mandatos se adoptarán con la mayoría de los asistentes.

41. Ilustró que conforme el artículo 34 ídem, le corresponde a este órgano*, h) velar por la unidad del partido, i. Definir los casos en los que el voto podrá considerarse de conciencia conforme a la ley, k. Expedir a través de su Presidente las resoluciones que se dicten en cumplimiento de sus funciones y ordenar su publicación.*

42. Continuó su argumento, manifestando que el artículo 62 ejúsdem, trae el tema de la objeción de conciencia, pero limitada a las bancadas, la cual se aceptará o rechazará por ésta. Su invocación, debe obedecer a cuestiones de credo, religión, raza y sexo.

43. Conforme el extenso relato de las normas que rigen la colectividad, concluyó que en este caso, frente a la exoneración de la prohibición de la doble militancia, no se le dio el trámite que estatutariamente se encuentra pactado, dado que, la decisión fue adoptada por el director y no por la

Dirección Nacional que es la competente para revisar los asuntos de conciencia cuando no competen a temas de bancada.

1.2.5 Sentencia de primera instancia

44. En fallo del 10 de septiembre de 2020, el Tribunal Administrativo del Cauca, accedió a las pretensiones de la demanda al considerar que frente al cargo de doble militancia en la modalidad de apoyo: *"Lo que sí entiende la Sala, y en esto es enfática, es que la Resolución No. 071 de 2019 emitida por el Jefe Único del Partido de la U, no es un acto proferido en ejercicio de una función pública administrativa. Claramente, el Partido Político de la U, encabezado por su Jefe Único, es de naturaleza particular, y este último, al momento de expedir la resolución, no actuó como autoridad en ejercicio de funciones administrativas, pues no le han sido encomendadas para tales efectos.*

Consecuentemente, pese a ser titulada "resolución", la decisión de permitir al candidato Oyther Manuel Candelo Riascos que apoye a un candidato a la alcaldía de Popayán distinto al del Partido de la U, como en efecto lo hizo, no corresponde a ninguna clase de norma o acto que pudiera tener eficacia jurídica o fuerza de estatuto, de ley o fuerza constitucional, para permitir un comportamiento prohibido por una ley estatutaria y por la Constitución Política, como lo es la doble militancia…

Así las cosas, la Sala concluye, contrario al alegato de la parte demandada como al concepto del Ministerio Público, que la Resolución No. 071 de 24 de julio de 2019, emitida por el Jefe único del Partido de la U, no tiene la aptitud ni la potencialidad de haber permitido que el señor Oyther Manuel Candelo, candidato al concejo de Popayán, apoyara a otro candidato distinto al inscrito por su partido a la alcaldía de Popayán, sin incurrir en doble militancia. En otras palabras, para la Sala no prospera el argumento defensivo fundado en la existencia de dicha resolución como eximente de la prohibición constitucional de la doble militancia."

45. Frente a la inhabilidad consagrada en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, adujo que no tenía la entidad de anular la elección ya que no se comprobó uno de sus elementos estructuradores, como lo es la existencia de una decisión de carácter penal en contra del elegido.

46. Así las cosas, concluyó que en este caso se imponía la declaratoria de nulidad del acto electoral por estar probada la doble militancia en modalidad de apoyo, en la que incurrió el señor Candelo Riascos, sin que pueda predicarse causal de exoneración por la autorización a él otorgada por su colectividad.

1.2.6 Recurso de apelación

47. El 29 de septiembre de 2020, el apoderado judicial del demandado, impugnó la decisión, que accedió a las pretensiones de la demanda. Luego de hacer una extensa trascripción de la decisión anulatoria, basó sus argumentos de defensa en los siguientes ítems:

A. Pruebas que obran dentro del expediente y que demuestran que si bien el concejal demandado apoyó a un candidato diferente al de su partido político a la alcaldía de Popayán, lo hizo facultado por las directivas de la organización política y amparado en el principio de confianza legítima:

Al respecto adujo, que el 14 de junio de 2019 ante la Notaría 21 de Bogotá, mediante poder conferido por el Director del Partido de la U, se facultó al Representante a la Cámara John Jairo Cárdenas para que otorgará avales para el Concejo Municipal, Alcaldía y JAL, entre otros, para el municipio de Popayán.

El 17 de julio de 2019, el demandado Oyther Manuel Candelo Riascos, como candidato al Concejo Municipal de Popayán por la lista del Partido de la U, en consonancia con el criterio del Representante a la Cámara por el Departamento del Cauca, John Jairo Cárdenas Moran, le solicitó tramitar ante las directivas del Partido de la U,

autorización en virtud del artículo 18 concordado con el artículo 14 de los estatutos de la colectividad política, disentir del apoyo a la candidata a la alcaldía de Popayán, señora Rosalba Joaqui Joaqui.

En razón de ello, se expidió la Resolución No. 071 de 24 de julio de 2019, por el Director Único del Partido de la U, por medio de la cual se les permitió a través de la figura de objeción de conciencia, apoyar a otros candidatos distintos a los inscritos por la mencionada colectividad.

En este orden de ideas, adujo que era evidente que existió autorización válida y previa, expedida por el órgano competente y directivo del Partido de la U para que el concejal y hoy demandado, haya disentido o se hubiera apartado del apoyo a la candidata del partido para la alcaldía de Popayán, y decidiera acompañar otra candidatura.

Con fundamento en la determinación adoptada por el Partido de la U de autorizar al Representante a la Cámara John Jairo Cárdenas y a su equipo de trabajo, amparados en la objeción de conciencia, a apartarse de apoyar a la candidata Joaqui Joaqui a la alcaldía de Popayán, y amparado en el principio de la confianza legítima, el demandado resolvió apoyar durante la campaña electoral al señor Juan Carlos Lopez Castrillón, conforme lo hiciera también el citado parlamentario y todo su equipo de trabajo.

B. Del principio de confianza legítima: desconocido abiertamente en el fallo apelado:

Luego de citar *in extenso* el fallo de Sala Plena con radicado No. 2018-00031[3], concluyó que el demandado actuó de buena fe pues tenía la plena convicción de no encontrarse inhabilitado en los términos del inciso segundo del artículo 107 de la Constitución y el artículo 2° de la Ley 1475 de 2011, esto es, no estar incurso en la violación a la prohibición de la doble militancia, por cuanto si bien apoyó electoralmente en la campaña a la alcaldía de Popayán a otro candidato diferente al avalado por el Partido de la U, por el cual se inscribió y salió electo concejal del mismo municipio, tenía la certeza que su conducta estaba ajustada al ordenamiento jurídico a partir de las decisiones aprobadas por las directivas de su colectividad.

De otras parte, manifestó que la decisión de las directivas nacionales del Partido de la U, de dejar en libertad a un sector político del departamento del Cauca de apoyar a otros candidatos a la alcaldía de Popayán, diferentes al avalado por su representante legal, estuvo precedida de la aplicación de la institución constitucional y legal de la objeción de conciencia.

Acompaño su argumento, con apartes de la sentencia C-490 de 2011, de donde concluye que i) la decisión del demandado no fue personalista sino autorizada por su colectividad, ii) no incurrió en actos de indisciplina, toda vez que a la agrupación a la que pertenece lo avaló para que se separara de la candidata inscrita por ésta, iii) conforme la sentencia de la Corte Constitucional aludida, la sanción por la doble militancia es un tema interno de las agrupaciones políticas, por lo que al ser relevado de su deber de apoyo a los suyos no existe sanción a imponer en este caso, iv) el proceder del demandado se ajusta al principio de confianza legítima.

C. Transfuguismo Político: En el caso del demandado no se puede hablar de esta figura, toda vez que fue avalado por su colectividad a abandonar el apoyo a los suyos, para acompañar la compaña de otro candidato.

3 M.P: Rocío Araújo Oñate.

D. El Partido de la U a lo largo del proceso electoral conoció la decisión del concejal demandado de apartarse de apoyar a la candidata oficial de la colectividad a la alcaldía de Popayán y nunca se opuso a ella, por el contrario, lo respaldó y defendió a lo largo de este proceso de nulidad electoral.

E. En criterio de la Procuraduría General expuesto en primera instancia, dentro del presente proceso de nulidad electoral, el ente conceptuó que si el mismo partido político al que pertenece el hoy concejal fue quien autorizó al equipo de trabajo del representante a la Cámara Jhon Jairo Cárdenas Moran al que él pertenece, para que apoyara en el debate político a candidatos a la alcaldía municipal distintos a los avalados por el partido mencionado, mal puede considerarse que se incurrió en una doble militancia.

48. En auto del 6 de octubre del 2020, el magistrado sustanciador de primera instancia, concedió el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandado y rechazó por extemporáneo el del coadyuvante.

1.2.7 Actuaciones de segunda instancia

49. A través de auto del 30 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación y se dispuso por secretaría poner a disposición de los sujetos procesales el memorial de apelación para que presentaran sus alegatos y al Ministerio Público para que rindiera su concepto, quienes intervinieron en el siguiente orden:

50. El 12 de noviembre de 2020, el coadyuvante alegó de conclusión y en éste solicitó se confirme la sentencia apelada, luego de considerar que el actuar de buena fe del demandado, no lo exime de responsabilidad por incurrir en la prohibición de doble militancia consagrada en los artículos 107 Superior y 2 de la Ley 1475 de 2011.

51. Sostuvo, que el señor Oyther Manuel Candelo Riascos decidió apoyar al señor Juan Carlos López Castrillón, debido a que las encuestas para la alcaldía de Popayán lo colocaban como ganador, lo cual ocurrió, por ello el demandando pudo haber optado por no apoyar a la candidata de su partido, dado que vería mayor beneficio personal al apoyar al actual alcalde de Popayán en el proceso electoral 2020-2023.

52. El demandante, el 12 de noviembre 2020 presentó las razones por las que el fallo de primera instancia debía confirmarse. Al respecto, indicó que la sentencia no fue caprichosa toda vez que se sustentó en las normas que regulan la materia, por lo que se encuentra plenamente demostrado que en este caso se materializó la doble militancia que se le imputó al demandado.

53. La procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, el 20 de noviembre de 2020, presentó concepto en el que en esta modalidad de doble militancia tiene por finalidad no solo castigar la falta de lealtad con el partido que avala la candidatura sino evitar distorsiones que, por razón de la conducta del candidato, puede sufrir el electorado.

54. Insistió que, el fortalecimiento de las organizaciones políticas a partir de la pertenencia y adhesión a una plataforma ideológica y programática exige, en el caso de los candidatos, exteriorizar conductas mediante acciones que permitan a los sufragantes identificar con claridad la orientación de éstos y su partido.

55. Partiendo de lo anterior, se debe sancionar con rigor a quien pertenece a un partido o movimiento político y decide apoyar a los candidatos de otros. En consecuencia, no puede admitirse que, quien se inscribe o recibe el aval para participar en una contienda electoral por un partido o movimiento político,

exprese su apoyo por los candidatos de otros partidos o movimientos políticos.

56. Frente al alegato de la confianza legítima, no se puede considerar que la conducta de un particular, como lo es el partido de la U, permita la estructuración del principio de confianza legítima, en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sección Quinta.

57. Lo anterior, trae como consecuencia que actos, como las resoluciones que para el caso fueron expedidas por las directivas del Partido de la U para habilitar a cierto sector de dicha colectividad, a apoyar a un candidato distinto a aquel que el partido había avalado, si bien no pueden ser objeto de control judicial, en tanto no puede considerarse como un acto electoral ni como un acto de contenido electoral, tampoco tiene la capacidad de enervar el análisis de la causal que por doble militancia se alegó en el presente caso.

58. En lo referente a la objeción de conciencia, ilustró que las mismas implicaban frente al partido, el que la organización no podía obligarlo a apoyar a la candidata avalada, conducta de abstención con la que se le garantizaba plenamente su derecho fundamental. Por tanto, no se podía entender que la única forma de garantizar su derecho era permitiendo una conducta proscrita por el ordenamiento constitucional, como lo es la doble militancia, en tanto, esta representa el desconocimiento de principios en los que se funda nuestro sistema democrático.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

59. En los términos de los artículos 150, 152.8[4] y 292 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a la Sección decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 10 de septiembre de 2020, a través de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Oyther Manuel Candelo Riascos como concejal de Popayán, para el período 2020-2023.

2.2 Oportunidad de la interposición y sustentación del recurso

60. El artículo 292 de la Ley 1437 de 2011, dispone la forma en que ha de interponerse y sustentarse el recurso de apelación, prescribiendo que se realizará ante el a quo en el acto de notificación de la sentencia o dentro de los 5 días siguientes a ello y se concederá en el efecto suspensivo.

61. En el caso en estudio, se tiene que el impugnante interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca, dentro de la oportunidad procesal, toda vez que la notificación de la providencia se surtió el 23 de septiembre de 2020 y la presentación del escrito ocurrió el 29 del mismo mes y año, por lo que el ponente del fallo de primera instancia, mediante auto del 6 de octubre de 2020 concedió el recurso de alzada.

4 Artículo 152. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: /…/ 8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento

2.3 Problema jurídico

62. El problema jurídico consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para mantener incólume o no la decisión del 10 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda contra el acto de elección del señor Oyther Manuel Candelo Riascos como concejal de Popayán, para el período 2020-2023, al considerar que se encuentra viciado de nulidad por haber incurrido en la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo.

63. Para resolver el anterior planteamiento, la Sala deberá determinar conforme los argumentos de impugnación si: i) la autorización otorgada por el Partido de la U releva al demandado de incurrir en doble militancia, ii) la conducta de apoyo a un candidato de otra colectividad distinto al inscrito por su agrupación política, se basó en el principio de confianza legítima, iii) el actuar del demandado no puede calificarse como transfuguismo dado que fue su propia colectividad la que le permitió apoyar a otro candidato diferente al inscrito por el Partido de la U y, iv) el concepto del Ministerio Público de primera instancia en donde señaló que no existe la materialización de la mencionada prohibición.

64. Bajo tal marco, previo a desarrollar el problema jurídico que subyace al caso concreto, se procederá a efectuar un análisis preliminar en relación con i) la doble militancia como causal de nulidad electoral y sus elementos, para luego, ii) abordar el estudio del caso en concreto.

2.4 Generalidades de la doble militancia

65. Frente a este punto, se debe partir señalando que en relación con la causal de nulidad que podría verse materializada en el caso concreto, debemos remitirnos al numeral 8º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, el cual contempla:

*"**Artículo 275. Causales de anulación electoral**. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (…)*

8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política al momento de la inscripción".

66. Así las cosas, puede observarse que el ordenamiento jurídico, prevé una consecuencia clara y expresa cuando el candidato incurra en la prohibición de doble militancia la cual, vale la pena aclarar, ha sido definida por esta Sección[5], como una prohibición que no puede leerse de forma aislada, pues para determinar cuándo una persona está inmersa o no en la causal de inelegibilidad es necesario recurrir al texto del artículo 107 Superior y al artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, que se alegan vulnerados en este caso, y que señalan:

"Artículo 107 Constitucional: Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica. (…) Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. (…)"

67. Por su parte, el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 contempla en lo pertinente, lo siguiente:

*"Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, **o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o***

5 Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Quinta, sentencia del 24 de noviembre de 2016, CP. Alberto Yepes Barreiro, Exp. 52001-23-33-000-2015-00841-01.

corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. *Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.*

/…/ El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción.
PARÁGRAFO. Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia".

68. De la transcripción de la norma Superior se desprende con claridad que está prohibido: i) a los ciudadanos pertenecer de manera simultánea, a dos o más partidos o movimientos políticos y ii) a los miembros de corporaciones públicas, presentarse a la siguiente elección por una organización política distinta por la cual resultaron electos en el citado órgano.

69. Por su parte, la Ley Estatutaria citada, en su artículo 2º, no solo replica las modalidades de doble militancia previstas en la norma constitucional, sino que además incluye otros eventos en los cuales la prohibición se materializa.

70. Bajo tal marco, la Sección Quinta del Consejo de Estado[6], haciendo un análisis armónico de las normas en cita, ha entendido que en la actualidad existen cinco modalidades en las que se puede materializar la prohibición de doble militancia, a saber:

"i) Los ciudadanos: "En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político." (Inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011).

ii) Quienes participen en consultas: "Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral." (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política)

iii) Miembros de una corporación pública: "Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones". (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)

iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: "Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones." (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)

6 Sobre el tema pueden consultarse las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del de 20 de noviembre de 2015, Exp. 11001-03-28-000-2014-00091-00 CP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Dte: Humberto de Jesús Longas; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de noviembre de 201512 de noviembre de 2015, Exp. 11001-03-28-000-2014-00088-00 C.P Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Dte: Humberto de Jesús Longas; Consejo de Estado, Sección Quinta sentencia del 28 de septiembre de 2015, Exp. 1001-03-28-000-2014-00057-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Dte: Yorgin Harvey Cely Ovalle y Otro; Consejo de Estado, Sección Quinta sentencia del 4 de agosto de 2016, Exp. 63001-23-33-000-2016-00008-01CP. Alberto Yepes Barreiro. Dte: Wilson de Jesús Támara Zanabria; Consejo de Estado, Sección Quinta sentencia del 18 de agosto de 2016, Exp. 50001-23-33-000-2015-00653-01 CP. Alberto Yepes Barreiro. Dte: Diego Alexander Garay; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 8 de septiembre de 2016, Exp. 63001-23-3-000-2015-00361-01 (Acumulado) CP. Alberto Yepes Barreiro. Dtes: Jhon Alexander Arenas y Jaime Alberto Muriel y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, Exp. 730001-23-33-000-2015-00806-01 CP. Alberto Yepes Barreiro. Dtes: Carlos Enrique Ramírez Peña.

v) Directivos de organizaciones políticas: "Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos" (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)".

71. Conforme con lo anterior, se ha definido que estas modalidades apuntan a la consecución del propósito común, de "*crear un régimen severo de bancadas en el que esté proscrito el transfuguismo político*"[7], pues su finalidad es, precisamente, dar preponderancia a los partidos y movimientos políticos sobre los intereses personales de los candidatos. Finalmente, es de anotar que se ha entendido que la figura de doble militancia incluye a todas las agrupaciones políticas sin importar que aquellas tengan o no personería jurídica. Sin embargo, no se puede perder de vista que esta afirmación no es absoluta, dado que el artículo 2° de la Ley 1475 de 2011 contempla en su parágrafo una excepción en esta materia, que es aplicable a cualquiera de los eventos en los que ésta pueda presentarse[8] .

2.5 Caso concreto

2.5.1 Causal de doble militancia consagrada en el inciso 2 del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011.

72. Entrando al análisis del caso en concreto, es evidente que las acusaciones del demandante refieren a la materialización de la **prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo**, esto es, la cuarta de las cinco modalidades descritas jurisprudencialmente, en las que se puede concretar la causal de inelegibilidad.

73. En efecto, el demandante acusa al demandado que, en su condición de candidato por el Partido dela U al concejo de Popayán, desconoció su deber de secundar a la candidata a la alcaldía de su agrupación, para apoyar al abogado Juan Carlos López Castrillón avalado por la coalición de los partidos Alianza Verde y Colombia Renaciente inscrito para el primer cargo del mismo ente territorial.

74. En este sentido, corresponde aclarar que la modalidad de doble militancia atribuida en este caso, está consagrada en el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, de la cual, como ya ha definido esta Sección , se pueden extraer los siguientes elementos configurativos de la prohibición, a saber:

*"i) **Un sujeto activo,** según el cual deben abstenerse de realizar la conducta prohibitiva, de un lado, los que detenten algún tipo de cargo directivo, de gobierno, administración o control dentro de la organización política, y de otro, **los que hayan sido o aspiren a ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular.***

*ii) **Una conducta prohibitiva** consistente en apoyar a un candidato distinto al inscrito por la organización política a la que se encuentren afiliadas las personas descritas anteriormente.*

Ahora bien, no se puede perder de vista que la Sección Quinta del Consejo de Estado ha señalado que esta modalidad de doble militancia incluso se materializa en los casos en los que la colectividad

7 Esto es así debido a que la Corte Constitucional Sentencia C-490 de 2011 definió la prohibición de doble militancia como una "limitación, de raigambre constitucional, al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de partidos, movimientos y agrupaciones políticas (Art. 40-3 C.P.). Ello en el entendido que dicha libertad debe armonizarse con la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector en determinado plan de acción política, no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o cargo de elección popular."

8 Parágrafo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 "*Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia.*" *(Negrilla propia)*

política, por alguna circunstancia, no tiene, no tiene candidato político para el respectivo cargo uninominal, pero de manera libre, voluntaria expresa y pública decide brindar su apoyo a determinado candidato inscrito por otro grupo político, pues ha entendido que esos eventos el conglomerado político opta por secundar a cierto candidato, pese a no tener uno propio.

Así las cosas, no cabe duda que lo que esta modalidad de doble militancia proscribe es la ayuda, asistencia, respaldo o acompañamiento de cualquier forma o en cualquier medida a un candidato distinto al avalado o apoyado por la respectiva organización política.

iii) ***Un elemento temporal,*** *aunque no está expreso en la redacción de la norma, una interpretación sistemática y con efecto útil de esta disposición impone colegir que la modalidad de apoyo de doble militancia solo puede ejercerse en época de campaña electoral,* ***la cual comprende desde el momento en el que la persona inscribe su candidatura hasta el día de las elecciones.*** *Esto es así, porque solo durante ese lapso se puede hablar de candidatos en el sentido estricto de la palabra, y por ende, solo en este espacio de tiempo se podría ejecutar la conducta que la norma reprocha, es decir, el apoyo a las candidaturas."*

75. Por manera que, corresponde ahora a la Sala determinar si en el caso concreto se encuentran acreditados los elementos descritos anteriormente y, en caso de ser afirmativo, analizar conforme los argumentos de apelación, si existe causal alguna de exoneración.

2.5.2 Análisis de los elementos estructuradores

76. En este caso, está plenamente demostrado y aceptado por las partes[9], que el concejal electo del municipio de Popayán, **(sujeto activo),** apoyó (**conducta prohibida**) al candidato de la coalición de los partidos Alianza Verde y Colombia Renaciente a la alcaldía de Popayán, (**elemento modal**)[10] cuando su colectividad inscribió la propia (**territorial**)[11] al mismo cargo, y esto se desarrolló durante el lapso de la campaña (**elemento temporal**).

77. Siendo que en este caso, se demostró que todos los elementos que materializan la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo, se encuentran probados, se procederá a hacer el estudio de las razones de apelación.

2.5.3 La autorización otorgada por el Partido de la U releva al demandado de incurrir en doble militancia.

78. Para sustentar el presente argumento de defensa, el apoderado judicial del demandado señaló que mediante la Resolución No. 071 de 24 de julio de 2019, se le concedió el derecho a disentir, por objeción de conciencia, al Representante a la Cámara John Jairo Cárdenas y a todo su equipo de trabajo, integrado por el señor Oyther Manuel Candelo[12], entre otros.

79. Para responder este argumento se analizará: i) si la Resolución No. 071 de 2019, puede entenderse como una excepción al régimen de la doble militancia y, ii) la objeción de conciencia.

2.5.3.1 Resolución No. 071 de 2019

80. El mencionado documento, resolvió aceptar la objeción de conciencia planteada por el equipo del Representante a la Cámara John Jairo Cárdenas Moran, al encontrar que en el departamento del Cauca, existen dos tendencias internas

9 Los apoderados del demandado, en los escritos de contestación de la demanda, alegatos de primera y segunda instancia e impugnación aceptaron la conducta desplegada del demandado, referente al apoyo a un candidato distinto al de su colectividad

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 3 de diciembre de 2020, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicado No. 11001-03-28-000-2020-00016-00 acumulado. En este caso se suscribió con aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate.

11 Idem

12 Mediante oficio de 13 de marzo de 2020, suscrito por el Secretario General del Partido de la U y el Representante a la Cámara, señor John Jairo Cárdenas, se informan los integrantes del equipo de trabajo de este último, entre quienes se relaciona al Sr. Oyther Manuel Candelo Riascos. El oficio y sus anexos reposan a folio 302 y siguientes del cuaderno principal 2.

de gran potencial electoral en las urnas que, no se ha logrado conciliar. En razón de ello, el mencionado medio probatorio, señaló que, el Partido de la U *concibe el desconocimiento de una decisión en favor de un candidato, en el caso particular del Departamento del Cauca, no como un reproche que descalifica o mengua la calidad del miembro del partido, tampoco le resta importancia o valor a su militancia, todo lo contrario, es una oportunidad para modular la interpretación de los Estatutos Internos a la luz de la jurisprudencia constitucional a fin de aceptar, permitir el disentimiento y la objeción planteada por esta fuerza interna, en su favor de derecho a la libre expresión de sus ideas la cual implica la exoneración de cualquier responsabilidad por este hecho*[13].

81. Es claro, que la autorización otorgada por el Director Único del Partido de la U para apoyar a candidatos diferentes a los de la mentada agrupación, tuvo como motivación, la discrepancia que existe entre dos fuerzas políticas dentro de la colectividad.

82. Este argumento contrasta con la regla general que soporta la doble militancia, prevista en el artículo 107 de la Constitución y que consiste en la prohibición absoluta dirigida a los ciudadanos, quienes no pueden pertenecer de manera simultánea a dos o más agrupaciones políticas, mandato Superior desarrollado en el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011.

83. Bajo el amparo de la Resolución No. 071 de 2019, la defensa del demandado, pretende restarle a la Constitución su poder normativo, al crear una excepción que no encuentra soporte legal y mucho menos constitucional, dejando de lado la máxima que sólo el legislador puede establecer el régimen de prohibiciones para los mandatario de elección popular y con ello las excepciones aplicables a cada una de ellas.

84. Olvida que, la Carta de Derechos se erige como la norma de normas, es decir, su naturaleza normativa es la fuente de sujeción no solo del orden jurídico en general, sino de las actuaciones particulares que deban someterse en su ejercicio a las cláusulas en ella establecidas, como ocurre con las agrupaciones políticas, de tal suerte, que al ser la Carta de Derechos la fuente primera del sistema interno es innegable su carácter vinculante el cual no puede ser desconocido por reglas infraconstitucionales así como tampoco por pactos o acuerdos entre particulares cuando tienen una sujeción especial a ella por la actividad que desarrollan.

85. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado[14]:

"La autonomía de los partidos y movimientos políticos es una materialización de los principios de pluralismo y de separación entre asuntos públicos y privados y una condición de la democracia real. Se trata de reconocer que en los regímenes absolutos, no existe separación entre los partidos y el poder público y se acude a crear un partido de Estado, en el entendido de que el partido es controlado por los gobernantes o viceversa y se excluye de iure o de facto la libre contienda política. Esto quiere decir que la democracia exige garantías de no injerencia de los órganos del poder público en la organización y gestión de estas instituciones. Dicha garantía fue reconocida por la sentencia C-089 de 1994 que examinó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria 130 de 1994, Estatuto Básico de Partidos y Movimientos Políticos, ***pero***

13 Escrito del 17 de junio de 2019, en el que el demandado manifiesta su objeción de conciencia, el cual obra a folio 25 del cuaderno No. 1., en el que señala: "En mi condición de integrante de su equipo de trabajo, como militante activo del Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la "U', y candidato al Concejo de Popayán para el periodo 2020 - 2023 en las elecciones a realizarse el próximo 27 de octubre de 2019 quiero solicitarle que a través de su gestión ante el partido se logre por parte del amplio sector que usted representa en el Partido, se pueda ejercer el derecho a la objeción de conciencia el cual tiene rango constitucional de acuerdo al artículo 18 de nuestra carta política, garantía que fuera, acogida en el artículo 14 de los estatutos. Lo anterior en aras que el suscrito candidato y el sector que apoya mi propuesta, podamos apartarnos de la decisión aprobada por esta colectividad, con la cual se ha otorgado el AVAL para la candidatura a la Alcaldía de Popayán para el periodo 2020-2023 a la señora Ingeniera ROSALBA JOAQUI JOAQUI, candidata que en mi criterio y sin desconocer su dignidad como mujer y como persona, no reúne las cualidades para representar al Partido en la presente contienda electoral...".

14 Corte Constitucional, sentencia SU 585 del 21 de septiembre de 2017, M.P Alejandro Linares Cantillo, Expediente T-5.475.189.

advirtió que la autonomía de los partidos y movimientos políticos no era absoluta, ya que debía ser ejercida dentro del respeto de la Constitución y las leyes, las que podían señalar deberes a los partidos, normas mínimas de estructura y funcionamiento, siempre y cuando fueran razonables y no afectaran la esencia de su autonomía[107]. ***Concluyó así dicha sentencia que "La libertad que la Constitución reconoce a los partidos y movimientos políticos, es irrestricta dentro de esos límites, que no son propiamente estrechos ni mezquinos"***[108], al tiempo que reconoció que la manifestación primaria de dicha autonomía era la facultad de darse sus propios estatutos. Fruto de este razonamiento, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del artículo 41 del proyecto de ley, que preveía que los partidos políticos debían organizar en su seno, Consejos de Control Ético, como una forma de garantizar la moralidad de sus miembros, pero sin influencia externa.

24. **Ahora bien, dicha autonomía relativa de los partidos y movimientos políticos ha encontrado nuevos límites derivados de reformas constitucionales realizadas en los años 2003 y 2009**. La primera, introducida por el Acto Legislativo 1 de 2003, denominado "Reforma Política Constitucional", pretendió fortalecer el sistema de partidos, por ejemplo, a través del aumento de requisitos para su constitución y permanencia del reconocimiento de su personería jurídica (umbrales), así como del cambio de atribución de curules (del cuociente electoral con residuo a la cifra repartidora), con el fin de evitar la multiplicación de partidos netamente personales; el régimen de bancadas parlamentarias y la prohibición de la doble militancia.

25. ***La segunda, realizada mediante el Acto Legislativo 01 de 2009,*** *pretendió responsabilizar a los partidos políticos de actos reprochables: "Como se hizo explícito en el trámite de la reforma política de 2009, la enmienda estaba dirigida a cumplir los objetivos específicos de (i) impedir el ingreso de candidatos que tuvieren vínculos o hubieran recibido apoyo electoral de grupos armados ilegales; y (ii) disponer de un régimen preventivo y sancionatorio, tanto a nivel personal como de los partidos políticos, …"*[109]. *… Entre otras medidas, dicha reforma constitucional estableció el carácter obligatorio de las consultas internas, introdujo los principios ya mencionados que rigen su funcionamiento; dentro de los cuales se encuentra la moralidad, estableció responsabilidad del partido por avalar candidatos que resultaren condenados por narcotráfico, delitos de lesa humanidad o vinculación con grupos al margen de la ley; aumentó el umbral, introdujo la prohibición de financiación extranjera de campañas electorales; previó una causal de inhabilidad permanente por haber sido condenado por delitos relativos a la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o narcotráfico y estableció le regla general de votación nominal y pública en corporaciones públicas; modificó las reglas de suplir vacantes en las corporaciones públicas, con el sistema de "silla vacía" o de pérdida de la curul cuando la vacancia resulte de una condena por determinados delitos e introdujo en la Constitución un requisito de procedibilidad para el acceso al contencioso electoral ante el Consejo de Estado*[15] [110]. ***También fortaleció las funciones del Consejo Nacional Electoral para ejercer eficazmente la inspección, vigilancia y control de los partidos y movimientos políticos, con incluso la posibilidad de revocar su personería jurídica y revocar la inscripción de candidatos.***

26. *…, el Congreso de la República expidió la Ley Estatutaria 1475 de 2011, cuya constitucionalidad fue examinada por la sentencia C-490 de 2011. En lo que interesa a la autonomía de los partidos y movimientos políticos, dicha sentencia concluyó que a pesar de que las reformas constitucionales de 2003 y de 2009 habían introducido "un cambio cualitativo en el grado de intervención del Estado en la organización interna y la estructura de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos"*[111], *el mismo no significó el abandono de dicha garantía para la autogestión de los partidos y movimientos políticos, sino el establecimiento de mayores limitaciones a la misma. Dicha decisión de este tribunal estableció la regla vigente para el control de la constitucionalidad de las disposiciones legales relativas a los partidos y movimientos políticos, a la luz del principio de autonomía de los mismos la que, mutatis mutandi, resulta también aplicable para el control concreto de constitucionalidad:* ***"El Congreso está facultado para imponer límites a la***

15 Y con mayor fuerza la prohibición de la doble militancia

competencia de las agrupaciones políticas, a condición que (i) se trate de restricciones genéricas, que no incidan en la determinación concreta de su estructura y funciones; y (ii) estén unívocamente dirigidas a mantener la vigencia del sistema político democrático representativo"[112]*. Así, se declaró en particular la constitucionalidad de las normas que prevén reglas sobre el destino y control de los recursos públicos asignados y sobre las normas mínimas que deben contener los estatutos internos de cada partido o movimiento político* [113]*. (Negrillas fuera de texto)*

86. Sin duda alguna, la prohibición de la doble militancia, es una restricción genérica que busca mantener la vigencia de nuestro sistema político democrático, por lo que adquiere una importancia mayúscula, que debe ser **observada** como herramienta de fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, por expreso mandato Constitucional, cuyo fin último es eliminar el personalismo y aumentar los estándares de disciplina de sus miembros e integrantes.

87. Más aún, con la mencionada prohibición se buscó proteger la soberanía popular, toda vez que quien incurre en la práctica de doble militancia afecta dicho principio, ya que la obtención de la investidura en la corporación pública se deriva de la voluntad democrática de los electores, lo que implica que quien apoya a un candidato distinto al de su colectividad no solo defrauda al votante, sino que de facto cuestiona la legitimidad democrática de su mandato representativo basado en el aval que le permitió ser concejal[16] .

88. La Corte Constitucional, igualmente frente al fenómeno de la doble militancia señaló: "…que la prohibición de la doble militancia presenta unas características propias **cuando los destinatarios de la misma son los miembros de las Corporaciones Públicas o quienes son titulares de un cargo de elección popular, por cuanto, si bien se trata igualmente de ciudadanos que pertenecen a un determinado partido o movimiento político, están llamados a representar y a defender, organizados como bancada, una determinada ideología y un programa político en el seno de un órgano colegiado o desde el Gobierno nacional, departamental o municipal, según sea el caso. De allí que la interdicción constitucional de la doble militancia en estos casos, no solamente sea más severa, sino que trascienda el simple ámbito de regulación interna de los partidos políticos,** para desplegar todo su sentido y efectos en el adecuado y racional funcionamiento de los órganos de representación popular[17] .

89. De todo lo anterior, forzoso se torna en concluir, que no le es permitido a las colectividades políticas desconocer los mandatos Superiores o estatutarios, que fijan límites a su autonomía, toda vez que éstos son imperativos y de forzoso cumplimiento, por el fin que protegen contenido en la Constitución Política cuya motivación es el fortalecimiento de la democracia.

90. Respecto de la situación particular del señor Oyther Manuel Candelo Riascos, la Sala Electoral[18], en un caso similar estableció[19]:

"En otras palabras, siendo que en materia de doble militancia como causal de nulidad electoral expresamente prevista en la ley, las normas que componen el ordenamiento jurídico son de orden público, las mismas no pueden ser desobedecidas por ninguna clase de convenio, acto o declaración unilateral adoptada o expedida por organizaciones de carácter particular como lo son los partidos y movimientos políticos; porque es cierto que a

16 Corte Constitucional, sentencia C 303 del 28 de abril de 2010, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

17 Idem

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 29 de junio de 2017, M.P: Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 25000-23-41-000-2015-02781-01

19 Partido Cambio Radical había otorgado el aval al señor Jorge Emilio Rey Ángel como candidato a la gobernación de Cundinamarca, y para efectos de apoyar esta candidatura el 24 de julio de 2015 el Partido Cambio Radical suscribió acuerdo de coalición con el Partido de la U, el Partido Alianza Social Independiente. II) La candidata a la asamblea de Cundinamarca por el Partido Cambio Radical Yisell Amparo Hernández Sandoval apoyó la candidatura de la señora Nancy Patricia Gutiérrez a la gobernación de Cundinamarca para las mismas elecciones. III) El Partido Cambio Radical expidió la resolución No. 30 del 30 de junio de 2015 a través de la cual dejó en libertad a sus militantes para apoyar cualquier candidatura a la gobernación.

estos se les ha reconocido constitucionalmente autonomía, pero, por supuesto, es una autonomía que ha de estar ajustada a la Constitución y la ley[20]*.*
/…/
Está claro que el expedir la resolución No. 30 de 2015 el Partido Cambio Radical no actuó como autoridad, de manera que tal resolución tiene contenido estrictamente privado (al interior de la organización), y al contravenir la misma, en forma flagrante, normas de orden público, la misma carece de toda eficacia jurídica para los efectos específicos de servir de parámetro normativo del presente ejercicio de control judicial."

91. Así las cosas, emana claro, que la Resolución No. 071 de 2019, no es un acuerdo interno del Partido de la U que surja como suficiente para relevar al concejal de las consecuencias establecidas en el artículo 275.8 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que ésta no puede contrariar la Constitución Política ni la ley, por lo que frente a este aspecto se confirma la decisión apelada.

2.5.3.2 Objeción de conciencia

92. Adujo el impugnante, que su separación de la campaña de su colectividad y el apoyo a otra distinta, se debió al ejercicio de su derecho fundamental de objeción de conciencia, porque no comparte la misma línea política de la inscrita por el Partido de la U, a la alcaldía de Popayán.

93. El artículo 18 de la Constitución consagra la libertad de conciencia al tiempo que garantiza que "*nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia*", es decir, el derecho a la objeción de conciencia, aunque el artículo Superior no utilice expresamente ese término para denominarlo, la Corte Constitucional[21] lo ha entendido como expresamente consignado en el último fragmento, en el que reconoce el derecho a no ser "*obligado a actuar contra su conciencia*".

94. En este caso en concreto, el demando adujo asuntos de conciencia para separarse de su **deber** de apoyar a la candidata Joaqui Joaqui a la alcaldía de Popayán, y con ella solicitó autorización de su colectividad para secundar las aspiraciones de otro candidato diferente.

95. Si bien, esta no es la instancia para determinar si la objeción de conciencia expuesta cumple con los postulados exigidos de ser profunda, fija y sincera, toda vez que ella fue analizada al interior de la colectividad quien la encontró ajustada a sus reglas internas. En este caso, surge como necesario determinar el alcance de la objeción de conciencia frente a la doble militancia.

96. Como se señaló en líneas anteriores, nadie puede ser obligado a **actuar** contra su conciencia, por lo que, la objeción protege al ciudadano de cumplir un deber a él encomendado, en este caso, el deber recae en **acompañar** a los candidatos inscritos por su colectividad política, deber del que fue relevado conforme los fundamentos de su petición.

97. Hasta aquí, la Sala Electoral no encuentra ninguna dificultad en el reconocimiento de su derecho a disentir de las posturas y programas de gobierno presentados por la candidata a la alcaldía de Popayán por el Partido de la U, toda vez que, se le brindó al concejal demandado, la oportunidad de disentir de éstas como es su derecho.

98. En este caso, la objeción de conciencia no se limitó a proteger su derecho de

20 Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011, a través de la cual realizó el control previo de constitucionalidad del entonces proyecto de ley estatutaria que se convirtió luego en la Ley 1475 de 2011, señaló lo siguiente: *"Y finalmente, la medida examinada no incorpora una restricción desproporcionada a la autonomía de los partidos y movimientos políticos. Cabe recordar que con las reforma políticas de 2003 y 2009 se derogó la prohibición contenida en el artículo 108 en el sentido que el legislador no podía, en ningún caso, establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos. En consecuencia, la protección constitucional de la autonomía de los partidos, está sujeta a las limitaciones que legítimamente realice el legislador, en particular a aquellas orientadas a proteger los principios a los cuales debe sujetarse la organización y actuación de los partidos, como es la equidad de género"*. (Negrillas fuera del texto)

21 Corte Constitucional, sentencia C-370 del 14 de agosto de 2019, M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado, expediente D-12372

disentir, es decir de **no actuar** contra sus creencias, sino que le permitió proceder a contrariar las normas Constitucionales, es decir, su cobertura se extendió más allá del ámbito de protección de mencionado derecho fundamental, porque no solo se le protegió de proceder en contra de sus condiciones (apoyo a la candidata de la U) sino que se extendió a permitirle secundar otra candidatura.

99. El sentido de objetar, no es otro diferente a la negativa a realizar actos o servicios invocando motivos éticos[22], es decir en una conducta negativa, es el no hacer, lo cual en este caso se materializó en el no apoyo a la candidata de colectividad, postulado que le fuera permitido al interior de su colectividad; pero, el hecho de apoyar a otra candidatura (acción positiva), no se comprende dentro de este mismo ámbito de protección, toda vez que el ideario por el que fue creado el Partido de la U y que le permite ser al demandado su candidato al concejo de Popayán, es el vínculo que no puede desconocerse y mucho menos ser objetado, porque ello sería tanto como decir que su colectividad política no lo representa.

100. De otra parte, en la denominada objeción de conciencia, la posibilidad de actuar en contra de alguna norma en particular, no es desde luego absoluto y, por tanto, debe ponderarse con el bien jurídico protegido por la norma que se desacata[112]. De manera que las personas no están autorizadas constitucionalmente para desatender cualquier norma por el solo hecho de que ella se enfrente a su conciencia[23].

101. En este caso, el enfrentamiento entre su conciencia y el deber impuesto, fue el de no acompañar el ideario político plasmado por la candidata Joaqui Joaqui, pero de éste no se puede derivar válidamente la infracción directa de los mandatos Constitucionales y estatutarios, referentes a doble militancia, por cuanto no es una prerrogativa que se derive del derecho fundamental de objeción, en los términos expuestos por la Corte Constitucional.

102. En conclusión, el acto de ponderación entre la norma que se va a desconocer y la objeción, es la concerniente al deber de apoyar a los suyos, pero no existe relación alguna entre el desconocimiento de la prohibición de la doble militancia y el que el demandado no comparta el programa de gobierno de la candidata inscrita por su colectividad. Estas razones, derivan en la necesidad de negar la presente petición de impugnación de la sentencia de primera instancia.

2.5.4 La conducta de apoyo a un candidato de otra colectividad distinto al inscrito por su agrupación política, se basó en el principio de confianza legítima.

103. Para sustentar el presente argumento de contradicción con el fallo de primera instancia, adujo que su conducta fue de buena fe, toda vez que al obtener el permiso de su partido para apoyar a cualquier candidatura, confió legítimamente que su conducta se acompasaba con el ordenamiento jurídico.

104. Para determinar, si en este caso se materializa la confianza legítima, se traerán a estudio los elementos que la conforman según la Sala Plena del Consejo de Estado[24], así:

• En primer lugar, la confianza legítima supone corroborar que existen hechos claros, precisos y contundentes, de los que se puede concluir la voluntad estatal en caminada a producir determinados efectos jurídicos, así como la confianza de los administrados en tales mandatos.

22 https://dle.rae.es/objeci%C3%B3n

23 Corte Constitucional, sentencia C-370 del 14 de agosto de 2019, M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado, expediente D-12372

24 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de enero de 2019, M.P: Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU)

• En segundo lugar y a partir de las circunstancias objetivas verificadas, se requiere la legitimidad de la confianza, es decir, que la convicción del destinatario sea genuina, ajustada al derecho y a la razón y por tanto justificada en razón a la existencia de las circunstancias objetivas en las que confió.

• En tercer lugar, se requiere que exista toma de decisiones u oposiciones jurídicas basadas en la confianza. En otras palabras, se requiere la exteriorización de la confianza del administrado, actuando u omitiendo una conducta ante el Estado.

• En cuarto lugar, es necesaria la defraudación de la confianza legítima, esto es, que se presente una actuación intempestiva e inesperada de la autoridad que de manera evidente y razonable, modifique las reglas que rigen las relaciones entre los administrados y el Estado.

105. En lo que hace al primer elemento, es claro que no existe voluntad estatal alguna de la cual se pueda predicar hechos claros y contundentes; el segundo elemento, esto es, la legitimidad de la confianza, no puede predicarse toda vez que la Resolución No. 071 de 2019, que liberó al demandado de apoyar la campaña de su colectividad, conforme se expuso en el numeral 5.3.3.1 de este proveído, no tiene la vocación de enervar la prohibición de la doble militancia por provenir de una decisión manifiestamente contraria a la Constitución Política; en tercer lugar, no existe decisión alguna que permitiera pensar que ello era permitido, por el contrario, existe pronunciamiento judicial[25], en el que en un caso similar se estableció por el órgano de cierre jurisdiccional en materia electoral, que no es válido pactar por las colectividades políticas excepciones al régimen de transfuguismo; y por último, no ha existido defraudación alguna ya que no ha existido modificación alguna frente a la normativa, interpretación y aplicación de los artículos 107 Superior y 2 de la Ley 1475 de 2011.

106. En ese orden de ideas, no existe la referida confianza que permita determinar el actuar legítimo del demandado, menos aun teniendo en cuenta que una directriz del Partido de la U, abiertamente inconstitucional impide su configuración, toda vez que el único facultado para estructurar las circunstancias especiales que limitan esta figura como causal de inelegibilidad es el legislador.

107. A este punto se reitera, que una decisión particular no puede desconocer el carácter vinculante de la Constitución Política, al crear reglas que pretendan hacer nugatorios sus efectos y los fines democráticos que con sus instituciones se persigue. En razón de ello, se ordenará al Consejo Nacional Electoral, para para que dentro del marco de sus funciones investigue al partido político de Unidad Nacional, Partido de la U y los directivos que expidieron este tipo de directrices totalmente inconstitucionales, por las presuntas faltas en que pudieron incurrir, de conformidad con los artículos 8 y 10 de la Ley 1475 de 2011, así como se les exhortará para que en el futuro se abstenga de repetir esta conducta.

108. En este mismo aparte de impugnación, el demandado acompañó su argumento, con apartes de la sentencia C-490 de 2011, de donde concluyó la sanción por la doble militancia es un tema interno de las agrupaciones políticas, por lo que al ser relevado de su deber de apoyo a los suyos no existe sanción a imponer en este caso.

109. Para responder el anterior argumento, se debe recordar que el artículo 4º de la Ley 1475 de 2011 señaló que en los

25 En este caso, el supuesto fáctico puesto en conocimiento de la Sala Electoral, fue el siguiente: I) El 22 de mayo de 2015 el Partido Cambio Radical había otorgado el aval al señor Jorge Emilio Rey Ángel como candidato a la gobernación de Cundinamarca, y para efectos de apoyar esta candidatura el 24 de julio de 2015 el Partido Cambio Radical suscribió acuerdo de coalición con el Partido de la U, el Partido Alianza Social Independiente. II) La candidata a la asamblea de Cundinamarca por el Partido Cambio Radical Yisell Amparo Hernández Sandoval apoyó la candidatura de la señora Nancy Patricia Gutiérrez a la gobernación de Cundinamarca para las mismas elecciones. III) El Partido Cambio Radical expidió la resolución No. 30 del 30 de junio de 2015 a través de la cual dejó en libertad a sus militantes para apoyar cualquier candidatura a la gobernación.

estatutos de los partidos y movimientos políticos deberán contener cláusulas o disposiciones que ilustren los principios consagrados en la Constitución –artículo 107- y en la ley.

110. De la misma manera les exigió a las agrupaciones políticas que sus estatutos deberían contener entre otras un: "*… régimen disciplinario interno, **en el que se adopten mecanismos para sancionar la doble militancia**, así como para separar del cargo a sus directivos cuandoquiera que no desempeñen sus funciones conforme a la Constitución, la ley y los estatutos.*"

111. Esto quiere decir, que dentro del grado de autonomía que la Constitución reconoce a partidos, movimientos y demás formas de representación política, es que deben ser garantes ante sus electores del cumplimiento de la Constitución y las leyes y del fortalecimiento de la democracia, razón por la cual se constituyen en el primer bastión para evitar las malas prácticas electorales.

112. En esta medida, en cabeza de las diferentes agrupaciones políticas se encuentra la función de ejercer de manera preventiva control y, de constatarse la incursión de alguno de sus miembros en malas prácticas electorales, proceder conforme lo indiquen sus estatutos con el fin de materializar el fortalecimiento de éstos así como la disciplina que se predica de las organizaciones políticas.

113. Entonces como primera medida se debe tener que son los partidos, movimientos políticos con o sin personería jurídica, grupo significativos de ciudadanos y demás agrupaciones las llamadas a ejercer un primer control frente al fenómeno de doble militancia.

114. Sin embargo, si estas medidas se tornan insuficientes, el legislador previó en el parágrafo del artículo 2º de la Ley Estatutaria 1475 de 2011 que: "*el incumplimiento de estas reglas[26] constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos **será causal para la revocatoria de la inscripción.**" (Negrilla propia).*

115. Es así como, se materializa en este caso en concreto la función del Consejo Nacional Electoral de vigilar y controlar toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden[27].

116. De esta forma, y en ejercicio de sus funciones como autoridad administrativa que debe velar por el cumplimiento de los cometidos democráticos, es que la Constitución Política le confirió la potestad en sede administrativa de revocar las inscripciones cuando[28] *exista plena prueba de que aquellos están incursos en causal de inhabilidad prevista en la Constitución y la ley. En ningún caso podrá declarar la elección de dichos candidatos.*

117. Por su parte, el artículo 31 de la Ley 1475 de 2011 señaló que habrá lugar a la revocatoria de la inscripción de las candidaturas por causas constitucionales o legales, siendo la doble militancia una causa concreta de procedencia de la revocatoria de la inscripción por mandato expreso del artículo 2º ídem.

118. Entonces, corresponde al Consejo Nacional Electoral, en sede administrativa, mediante procedimientos que garanticen el derecho de defensa de los candidatos, adoptar las decisiones correspondientes ante la materialización de la doble militancia, revocando la inscripción del candidato que se encuentre inmerso en ella.

26 Hace referencia a las diferentes modalidades de doble militancia que contempla el mismo artículo.

27 Artículo 265 de la Constitución Política

28 Ídem.

119. Teniendo claro, el papel que juegan las agrupaciones políticas y el Consejo Nacional en esta materia, corresponde ahora determinar el alcance normativo del artículo 275.8 del CPACA integrado con la sentencia de constitucionalidad C-334 de 2014, a saber:

"Artículo 275: Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:
(…)

8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política al momento de la elección[29]." Negrillas y subrayas propias.

120. El supuesto normativo arriba trascrito, parte del hecho que ya se hubiesen celebrado las elecciones y, que como resultado de las mismas, el candidato inmerso en doble militancia resultare electo, supuesto de hecho completamente diferente al contemplado en sede administrativa, que como ya se dijo, lo que busca es contribuir de manera previa –etapas prelectoral y electoral-, con la puridad de las elecciones en cuanto a que quienes sean candidatos no hagan incurrir en error al electorado por su conducta irregular.

121. La labor judicial, es la de última *ratio* en caso que ninguna de las anteriores medidas de control hubiese sido suficiente, en la que debe determinar si quien **resultó electo** se encuentra incurso en la causal de nulidad electoral por doble militancia.

122. Entonces, la doble militancia sólo se estructura como **causal de anulación electoral** en los términos del artículo 275.8 del CPACA, en aquellos casos en los que el candidato a quien se endilga tal situación haya resultado efectivamente elegido.

123. De ello resulta, que no es cierto, que la doble militancia sea un tema ajeno al juez electoral y se predique únicamente de la disciplina interna de cada colectividad, toda vez que, fue el propio legislador, el que la determinó como causal autónoma y específica de nulidad de todos los actos de elección popular.

124. Así las cosas, en este caso se debe diferenciar, las consecuencias al interior de la colectividad por dar apoyo a otra candidatura, toda vez que allí, se podrá determinar que la Resolución No. 071 de 2019, lo exonera del reproche disciplinario interno, (medida diferente a la que se persigue a través del presente medio de control) y, las que se deriven del proceso de nulidad electoral, que es un control abstracto de legalidad.

125. Conclusión, en lo que hace a los argumentos de impugnación agrupados en este capítulo, la Sala estima que ninguno tiene la vocación de revocar o modificar el fallo de primera instancia.

2.5.5 El actuar del demandado no puede calificarse como transfuguismo dado que fue su propia colectividad la que le permitió apoyar a otro candidato diferente al inscrito por el Partido de la U.

126. La doble militancia, ha sido conocida también como transfuguismo político, figura que puede ser definida como el comportamiento individualista de un militante, directivo, candidato, miembro de una corporación pública o mandatario de elección popular, es representado por una colectividad política y abandona esta formación para pasar a ser parte de otra.

127. Cabe destacar, que en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, tanto

29 Sentencia C-334 de 2014: "*…Es evidente que el candidato no puede incurrir en doble militancia en el momento de la elección, sino antes, ni incurre en doble militancia al momento de la elección, sino dentro del proceso electoral en el que dicha elección tiene lugar, específicamente al momento de la inscripción. Así, pues, la expresión demandada resulta contraria a lo dispuesto en las antedichas reglas constitucionales y estatutarias y, por tanto, debe declararse inexequible…*"

la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado[30] como la de la Corte Constitucional[31], han establecido de manera unívoca que el objeto de protección de la prohibición de doble militancia se dirige, no solo a favor de las organizaciones políticas, sino, sobre todo, a la sociedad y la profundidad y eficacia del sistema democrático, que son los que se benefician de las medidas de fortalecimiento de las agrupaciones políticas, porque si a través de la disciplina de la política partidista y otros elementos que conforman el sistema jurídico en materia de democracia, la sociedad recibe de esa forma un mensaje cada vez más claro del sistema, los asociados pueden tener un parámetro claro de la opción con la que se identifican y, por lo mismo, ejercerán sus derechos políticos en condiciones reales de libertad.

30 Cfr. con las sentencias del 7 de febrero de 2013, del Consejo de Estado, Sección Quinta, CP. Susana Buitrago Valencia, radicados con los números 52001-23-31-000-2011-00666-01, 68001-23-31-000-2011-00998-01, 08001-23-31-000-2011-01466-01 Y 13001-23-31-000-2012-00026-01, en las cuales la Sección recogió una posición que sobre el tema de la doble militancia había sostenido con anterioridad y acogió una nueva posición en el siguiente sentido: "La Sala deja sentado que replantea la concepción que traía sobre las consecuencias de la doble militancia frente a la validez del acto de elección y adopta una nueva visión sobre el verdadero significado de esa norma, a fin que cumpla la teleología para la cual fue prevista, esto es, al fortalecimiento y robustecimiento de los partidos y movimientos políticos, y que se garantice la disciplina que se predica de estas organizaciones políticas, respecto de quienes han sido elegidos con su aval y respecto de los electores que confiaron en el desarrollo del programa y que apoyaron con su voto una determinada orientación política". (Negrillas y subrayas fuera del texto)

31 Sentencia C-490 del 23 de junio de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Señaló la Corte: *"Si bien la fijación de un régimen jurídico tendiente a proscribir la doble militancia constituyó una de las herramientas planteadas por el Acto Legislativo 1 de 2003, y reforzada por la reforma constitucional de 2009, tendiente a fortalecer los partidos y movimientos políticos, a través de la exigibilidad de la disciplina de sus integrantes y la imposición correlativa de sanciones ante el incumplimiento de los deberes de pertenencia a la agrupación correspondiente; es la prohibición de la doble militancia política, una limitación de raigambre constitucional al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de los partidos, movimientos y agrupaciones políticas, en el entendido que dicha libertad debe armonizarse con la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector en determinado plan de acción política, no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o al cargo de elección popular. Por lo mismo que, de acuerdo con lo regulado por el inciso tercero y cuarto del artículo 108 C.P., tanto las agrupaciones políticas con personería jurídica como sin ella están habilitadas para presentar candidatos a elecciones, las segundas supeditadas al apoyo ciudadano a través de firmas, y siendo uno de los ámbitos de justificación constitucional de la doble militancia la preservación del principio democrático representativo, mediante la disciplina respecto de un programa político y un direccionamiento ideológico, carecería de todo sentido que la restricción solo se aplicara a una de las citadas clases de agrupación política".* (Negrillas fuera del texto)

128. Entonces, la doble militancia en nuestro ordenamiento jurídico es tridimensional, es decir, no solo irradia la disciplina partidista, sino que también protege al elector y al sistema democrático en materias como por ejemplo de bancadas.

129. Piénsese, por un momento en una colectividad política, en la que no gana una alcaldía municipal y sus integrantes al concejo optan por convertirse en una agrupación de oposición a esta, si algunos miembros de bancada apoyaron a su propio partido y otros al del ganador. ¿Habrá posibilidad de ser materialmente una opción sería de oposición conforme lo contempla la Ley 1909 de 2018?, es decir, ¿podría quien favoreció al mandatario electo con su apoyo prohibido, ser parte de la disidencia y promover por ejemplo control político al burgomaestre?. Estos y otros interrogantes, son los que fundamentan en los sistemas políticos, la sanción a quien incurre en doble militancia, por cuanto hacen que su desconocimiento conlleve, como en este evento, a la desnaturalización del régimen de bancadas, elemento esencial de nuestra democracia.

130. Estos entendimientos, permiten concluir sin duda alguna, que si bien es posible que la disciplina interna del partido no se viera afectada, también es cierto, que la doble militancia en su concepto más amplio, protege el sistema democrático en virtud de los principios *pro electoratem, pro hominum, prohomine* y *pro sufragium*.

131. Por manera que, este argumento de impugnación debe ser negado, toda vez que no es suficiente para revocar el fallo impugnado.

2.5.6 El concepto del Ministerio Público de primera instancia en donde señaló que no existe la materialización de la mencionada prohibición.

132. En este caso, el demandante se apoya en el concepto de primera instancia del

Ministerio Público para solicitar se revoque la decisión del a quo. Al respecto, se debe señalar, que el artículo 277.7 Superior dotó a los agentes de Ministerio Público, para intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

133. En desarrollo del mandato Constitucional, el artículo 303 de la Ley 1437 de 2011, estableció las atribuciones de éste en su condición de: *"…demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales."*

134. Dependiendo del rol, el agente del Ministerio Público, puede ser i) demandante o ii) sujeto procesal de especial vinculación, es decir, actúa como un sujeto procesal que lleva ante el juez una causa para ser decidida o, participa en la defensa en igualdad de condiciones del derecho al debido procesos de quienes integran la Litis en procura del ordenamiento jurídico.

135. Ni en la norma Superior, ni en las adjetivas que rigen la materia, se dotó al funcionario de la procuraduría que interviene en los diferentes medios de control, de funciones jurisdiccionales que impidan el juez en el marco de su autonomía funcional decidir los asuntos de su competencia, concretamente el problema jurídico, de forma disímil al concepto por éste planteado.

136. Ello sería tanto como entender que en los medios de control en donde participe un agente del procurador, es éste el que decide el litigio y el juez solamente se ocupa de materializar dicha decisión en la sentencia, lo cual rompería de tajo el rol Constitucional y legalmente establecido para cada uno de ellos, llegando al punto de desconocer la independencia que existe entre la función jurisdiccional y la del Ministerio Público.

137. Por manera que, al ser al juez al que le corresponde decidir de fondo el conflicto puesto a su consideración, se debe respetar su autonomía y separación de funciones, sin que pueda ser predicable que tiene el concepto vinculación alguno para el operador judicial, en la toma de sus decisiones.

138. Entonces, al ser estos agentes sujetos procesales, deben someterse a la decisión que adopte el juez en sus providencias y, en caso de no encontrarlas ajustadas, pueden conforme el ordenamiento jurídico, la protección del patrimonio público y la garantía de los derechos fundamentales, impugnarlas basados en dichos conceptos.

139. De manera que, no existe mérito alguno frente a este argumento para revocar la decisión apelada.

2.6 Conclusión

140. Por lo señalado, se confirma la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Cauca, en sentencia del 10 de septiembre de 2020, por medio de la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda, al considerar que ni la objeción de conciencia ni la autorización que otorguen las colectividades políticas, pueden ser patentes para librar al demandado de incurrir en doble militancia en la modalidad de apoyo, que prohíben los artículos 107 Superior y 2 de la Ley 1475 de 2011.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en uso de facultades constitucionales y legales,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la que se declaró la nulidad del acto de elección del señor Oyther Manuel Candelo Riascos, como concejal del municipio de Popayán, período 2020-2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COMPÚLSASE copias al Partido de Unidad Nacional, Partido de la U y a sus directivas, ante el Consejo Nacional Electoral, conforme la parte motiva de este proveído.

TERCERO: EXHORTAR al Partido de Unidad Nacional, Partido de la U, para que en lo sucesivo se abstenga de proferir decisiones que contraríen la Constitución Política y las normas que rigen los procesos electorales, conforme se expuso en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

QUINTO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.- F) LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA, Presidente, ROCÍO ARAÚJO OÑATE, Magistrada; LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Magistrada; CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, Magistrado.

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	Colombia
ÓRGANO ELECTORAL:	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta.
TEMA:	Nulidad electoral
NÚMERO DE CAUSA:	50001-23-33-000-2020-00002-1
FECHA DE EMISIÓN:	15 de abril de 2021
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Recurso de apelación
ACTO QUE SE RECURRE:	Sentencia de primera instancia
ACCIONANTE (S):	Concejal del Municipio de Villavicencio-Meta.
ACCIONADO (S):	Tribunal Administrativo del Meta
DECISIÓN:	Confirmar la sentencia proferida el 22 de octubre del 2020.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	En la sentencia de instancia no se valoraron en debida forma las pruebas presentadas por su parte. Además, que el demandado vulneró con su actuar la prohibición de doble militancia política, que constituye causal de nulidad de los actos de elección por voto popular. Razón por la cual, solicita considerar cada una de las pruebas y que se proceda a revocar la sentencia de primera instancia.
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	El Tribunal Administrativo del Meta negó las pretensiones por considerar que no se demostró que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia política. Asimismo, que conforme la jurisprudencia se requiere acreditar los componentes de: sujeto activo, conducta prohibitiva y el elemento temporal, de los cuales solo el primero se constató.

ARGUMENTOS	
RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Mérito probatorio de los testimonios en un proceso.
RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	La Sala de lo Contencioso Administrativo reitera que las declaraciones que tienen como fin probar la doble militancia, como causal de nulidad, deben otorgar total certeza y convicción al juzgador, por lo requieren ser absolutamente claras, amplias conclusivas y concretas en su narrativa, para identificar la conducta constitutiva de la violación de la prohibición de doble militancia.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Prohibición de doble militancia.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	La prohibición de doble militancia en la legislación colombiana surgió con el fin de fortalecer los partidos y movimiento políticos, y de sancionar el transfuguismo político. La normativa es muy clara y precisa al prever que en ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político; quienes participen en consultas interpartidistas, no podrán inscribirse por otro partido en el mismo certamen; quienes aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos al partido o movimiento político al que se encuentran afiliados; así como, quienes siendo miembros de una corporación pública decidan presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

OBITER DICTA 2- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	La doble militancia y su modalidad de apoyo.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	La jurisprudencia señala los elementos necesarios que deben configurase para la doble militancia en la modalidad de apoyo, estos son: a) Sujeto activo, debe abstenerse de las conductas prohibidas; b) Conducta prohibitiva, se refiere a apoyar a un candidato distinto al inscrito por la organización política al que se encuentra afiliado; y, c) Elemento temporal, que solo puede ser ejercido en época de campaña electoral. A su vez, la Sala de lo Contencioso Administrativo estableció que la doble militancia en la modalidad de apoyo se puede configurar con un solo acto, puesto que no es necesario demostrar el desarrollo de varios eventos para justificar que se respaldó la aspiración de un candidato ajeno al de su partido, en contra de la lealtad que debe guardar a la colectividad que representa.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrado Ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 50001-23-33-000-2020-00002-01
Demandante: SAÚL VILLAR JIMÉNEZ
Demandado: WILLIAM ANTONIO SÁNCHEZ ESGUERRA - CONCEJAL DE VILLAVICENCIO (META) – Período 2020-2023
Tema: Doble militancia en la modalidad de apoyo.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 22 de octubre de 2020, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Meta, negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral interpuesta en contra del acto de elección de William Antonio Sánchez Esguerra, como concejal del municipio de Villavicencio – Meta, período constitucional 2020-2023.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones.

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Saúl Villar Jiménez, actuando en nombre propio, presentó demanda de nulidad electoral, conforme al siguiente *petitum*:

> "1°. Se decrete la Nulidad Parcial del Acta Parcial de Escrutinio contenida en el Formulario E-26 CON, expedida por la Comisión Escrutadora Departamental del Meta mediante la Cual (sic) se declaró electo como CONCEJAL DE VILLAVICENCIO, al Señor WILLIAM ANTONIO SANCHEZ (sic) ESGUERRA como CONCEJAL DE VILLAVICENCIO para el periodo Constitucional 2020 - 2023.
>
> 2°. Que como Consecuencia (sic) de lo anterior, se decrete la CANCELACION (sic) DE LA RESPECTIVA CREDENCIAL.
>
> 3°. Que, como consecuencia de lo anterior, se llame a ocupar el cargo de Concejal al Ciudadano que dentro de la misma lista siga en votación".

Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes:

1.2. Hechos.

Aduce el demandante que en los comicios electorales efectuados el 27 de octubre de 2019 para elegir las autoridades territoriales, William Antonio Sánchez Esguerra resultó electo como concejal del municipio de Villavicencio (Meta), por el partido Social de la Unidad Nacional-Partido de la U. Informa, igualmente, que para las mismas elecciones fue inscrita la señora Elda Lucy Contento Sanz, como candidata a la alcaldía del dicho municipio avalada por el Partido Social de la Unidad Nacional.

Señala que el concejal demandado incurrió en doble militancia política, que constituye causal de nulidad de los actos de elección por voto popular, en la medida que "participó de manera activa", en una reunión en tarima convocada por el presidente de la Junta de Acción Comunal en el Barrio Olímpico del municipio de Villavicencio, efectuada el 17 de septiembre de 2019, a las 8 p.m., en la cual brindó respaldo al señor

Leonardo Pérez, candidato a la alcaldía de dicho municipio, el cual fue inscrito con el aval del partido Autoridades Indígenas de Colombia – AICO, cuando ha debido acompañar la aspiración de la candidata del partido al que se encontraba afiliado. Además, agrega que el concejal demandado tenía su sede política en la misma cuadra en la que se efectuó la mencionada reunión.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

El demandante aduce como vulnerados los artículos 107 de la Constitución Política, 2º de la Ley 1475 de 2011 y numeral 5º del artículo 275 del CPACA.

En relación con la vulneración de la norma constitucional señala que el artículo 107, dispone que "*en ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica*".

Respecto del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, por medio de la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos y se dictan otras disposiciones relativas a los certámenes electorales, resaltó lo siguiente:

> "ARTÍCULO 2o. PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.
>
> Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.
>
> (…)"

En punto del artículo 275 del CPACA, citó el numeral 5 que establece como causal de nulidad electoral cuando "*5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad*".

Así las cosas, estima que se vulneraron dichas disposiciones, habida cuenta de la conducta del demandado en participar activamente en el evento político que se realizó en respaldo de la candidatura a la alcaldía de Villavicencio del señor Leonardo Pérez, del Partido Autoridades Indígenas de Colombia – AICO, cuando el partido de la U, al que pertenecía William Antonio Sánchez Esguerra, tenía candidata propia en esa contienda electoral en cabeza de la señora Elda Lucy Contento.

1.4. Trámite procesal.

1.4.1. Mediante auto del 14 de enero de 2020, se admitió la demanda, al encontrarse satisfechos los requisitos previstos en la ley procesal, providencia en la que se ordenó notificar al demandado, a los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil en el Meta y al Ministerio Público. De igual forma, se dispuso informar a la comunidad sobre la existencia del proceso.

1.4.2. La Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante escrito radicado el 29 de enero de 2020, contestó la demanda, en el cual indicó que se atenía a lo que resultara probado en el proceso y propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por estimar que la causal de nulidad invocada es aquella denominada de nulidad subjetiva por doble militancia política, de la cual no participó ni tuvo injerencia alguna.

1.4.3. A su turno, el concejal demandado, William Antonio Sánchez Esguerra, a través de apoderado, mediante memorial radicado el 3 de febrero de 2020, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones por estimar que no incurrió en la conducta que se le censura sobre doble militancia política, pues, no apoyó a ningún candidato diferente a los avalados por su partido y porque la conducta prohibida en la norma, debe ser probada plenamente en el proceso.

1.4.4. El 10 de julio de 2020, se llevó a cabo la audiencia inicial y en la etapa de saneamiento se ordenó desvincular a la Registraduría Nacional del Estado Civil, por cuanto, en el presente caso, no se debatían causales objetivas de anulación. Posteriormente, al considerar que no había excepciones previas o mixtas pendientes por resolver, fijó el litigio en los siguientes términos:

> *"(…) el asunto se centra a determinar si hay lugar o no a declarar la nulidad parcial del acto de elección contenido en el acta de escrutinio E-26 CON, por medio del cual se declaró electo como Concejal del Municipio de Villavicencio (Meta), al señor WILLIAM ANTONIO SÁNCHEZ ESGUERRA, candidato del Partido Social de Unidad Nacional, Partido de la U, para el periodo 2020-2023, expedida por la Comisión Escrutadora General del Departamento del Meta, al considerar que el elegido vulneró la normatividad consagrada en el artículo 107 de la Constitución Política, el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 y el numeral 5º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, al participar activamente en un evento político de respaldo al señor Leonardo Pérez como candidato a la Alcaldía de Villavicencio por el Partido AICO".*

Así mismo, se incorporaron al proceso las pruebas documentales aportadas con el escrito de demanda y con la contestación de la misma, y se decretaron las pruebas testimoniales solicitadas tanto por el actor, como por el demandado.

1.4.5. El 21 de julio de 2020, se realizó la audiencia de pruebas en la que se recibieron los testimonios de Elkin Stik Angarita Balanta, Jhon Alejandro Angarita Balanta y Alba Yolima Rojas Quevedo, solicitados por la parte actora y los de Jorge Pérez Barreto y Javier Antonio Romero Bayuelo, por la parte demandada. Terminada la etapa probatoria, se dispuso que las partes presentaran los alegatos de conclusión por escrito dentro de los diez (10) días siguientes y que, en el mismo término, el Ministerio Público presentara su concepto.

1.4.6. El Tribunal Administrativo del Meta, mediante sentencia del 22 de octubre de 2020, negó las pretensiones de la demanda y contra esta decisión la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido, en el efecto suspensivo, mediante proveído del 13 de enero de 2021, y ordenado el envío del expediente a esta Corporación.

1.4.7. A través de auto del 29 de enero de 2021, proferido por el magistrado ponente, en esta segunda instancia, se admitió el recurso de apelación, se puso a disposición de la parte contraria el escrito impugnatorio y se corrió traslado para que las partes presentara los alegatos de conclusión dentro de los tres (3) días siguientes. De igual manera, se ordenó que, al vencimiento del término del anterior, se corriera traslado al ministerio público para que emitiera su concepto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 293 del CPACA.

1.5. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo del Meta negó las pretensiones de la demanda, mediante sentencia del 22 de octubre de 2020, por considerar que no se demostró que el señor William Antonio Sánchez Esguerra incurrió en doble militancia política, decisión que fundamentó en lo siguiente:

Luego de explicar la figura de la doble militancia política en la modalidad de apoyo, indicó que, según la jurisprudencia, para su configuración, se debe acreditar los siguientes elementos: el sujeto activo, la conducta prohibitiva y el elemento temporal. Al respecto encontró acreditado el sujeto activo en tanto el señor William Antonio Sánchez Esguerra participó en la contienda política como candidato al concejo municipal de Villavicencio, inscrito por el partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U, para el período constitucional 2020-2023, resultando electo en dicha corporación administrativa, lo cual derivó del E-26 CON, acta parcial de escrutinio general del concejo del 27 de octubre de 2019.

En cuanto a la conducta prohibitiva, consistente en que el candidato no podía apoyar a la alcaldía municipal a persona distinta de aquella inscrita por su partido, en este caso, en tanto se le censura que apoyó al candidato Leonardo Pérez inscrito a la alcaldía de Villavicencio, por el Partido Autoridades Indígenas de Colombia AICO, señaló que se pretendió probar esta aseveración mediante fotos, la impresión de una conversación por Whatsapp y a través de testimonios que fueron recaudados en el plenario.

Así mismo, puso de presente las generalidades de los medios probatorios aportados, esto es, fotografías, mensajes de datos y el estudio de la figura de la tacha de testigos. En lo que respecta a las fotografías aportadas, consideró que no se cumplía con los requisitos legales para poder valorarlas con la convicción necesaria, dado que no se tenía certeza de la persona que las tomó, las condiciones en que se hizo, ni la fecha de las mismas. Agregó que de ellas solo se podía establecer la presencia de varias personas, pero sin que hubiere claridad de quiénes eran, ni qué se encontraban haciendo en dicho lugar. En consecuencia, concluyó que de dichos documentos no se podía derivar el apoyo brindado por parte del señor William Antonio Sánchez Esguerra al candidato a la alcaldía de Villavicencio, Leonardo Pérez.

Ahora bien, frente a la conversación por WhatsApp, aportada como prueba por el actor, el a quo señaló que en la demanda no se indicó lo que se pretendía probar con esta conversación; sin embargo, optó por valorarla en conjunto con el testimonio rendido por el señor Jorge David Pérez Barreto, Gerente de la campaña de Leonardo Pérez a la Alcaldía, para concluir que de ese mensaje de datos no se podía establecer, de forma indubitable, la doble militancia política que se le imputa al concejal William Antonio Sánchez Esguerra.

De otra parte, al analizar los testimonios solicitados por la parte actora, esto es, las versiones rendidas por los señores Elkin Stik Angarita Balanta, Alba Yolima Rojas Quevedo y Jhon Alejandro Angarita Balanta, el tribunal precisó que los mismos "son contestes en afirmar que el señor William Antonio Sánchez Esguerra, cuando se encontraba en campaña política para el cargo de Concejal del Municipio de Villavicencio por el Partido de la U para el periodo constitucional 2020-2023 apoyó en varias reuniones al candidato del partido AICO para la Alcaldía de Villavicencio, señor Leonardo Pérez". Así mismo, según se afirma, este apoyo se concretó "invitando a los asistentes a que votaran por el señor Leonardo Pérez. Además, que los testigos afirmaron "que los dos candidatos compartieron tarima en la cual se apoyaron mutuamente".

Sin embargo, el tribunal indicó que los testimonios no ofrecían certeza sobre la fecha exacta de la reunión, ya que los testigos "dijeron que fue el 16 de septiembre o de octubre o incluso que fue a finales de septiembre y principios de octubre" y de otro lado, afirmaron no tener conocimiento de si existió alguna clase de alianza o acuerdo político entre los candidatos, ni aportaron nombres de quienes asistieron a este evento, aspectos que constituyen falencias para establecer concretamente el apoyo brindado al candidato Leonardo Pérez por parte del demandado, lo que, por demás encuentra respaldo en los testimonios solicitados por la parte pasiva, que narraron que los candidatos no compartieron tarima y que el señor William Antonio Sánchez Esguerra, no invitó a nadie a votar por el candidato Leonardo Pérez. Así las cosas, al no encontrarse probada la conducta prohibitiva, consideró que no era necesario estudiar el elemento temporal.

Finalmente, hizo alusión a la tacha de falsedad que arguyó el Ministerio Público, respecto de las declaraciones rendidas por los señores Jhon Alejandro Angarita Balanta, Alba Yolima Rojas Quevedo y Elkin Stik Angarita Balanta, citados por la parte actora, para declarar que dicha tacha debía prosperar, pues, los mencionados testigos faltaron a la verdad, a pesar de encontrarse bajo la gravedad del juramento y con las advertencias correspondientes. En efecto, de un lado, trataron de ocultar el parentesco que les unía entre sí y, de otro, negaron ser colaboradores de la campaña política del candidato al Concejo Municipal de Villavicencio señor Alex Rincón, inscrito por la misma lista del Partido Social de la Unidad Nacional, quien estaría interesado en la anulación de la elección del concejal demandado, razón por la cual, se ordenó remitir copias de lo actuado a la Fiscalía General de la Nación- Seccional Villavicencio, para que se investigara la conducta de los testigos.

1.6. El recurso de apelación.

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, por considerar que no se valoró, en debida forma, los testimonios que se practicaron por solicitud de ella, en tanto en el fallo se señaló que fueron contestes en afirmar que el demandado apoyó la candidatura a la alcaldía de Leonardo Pérez; sin embargo, contradictoriamente, se arribó a la conclusión de que no eran confiables, por cuanto no daban certeza sobre la fecha exacta de la reunión en la que se manifestó el mencionado apoyo político.

Al respecto considera que, si bien, en la demanda se expresó que una de las tantas reuniones en las que el demandado brindó apoyo al candidato del partido AICO, Leonardo Pérez, se realizó el 17 de septiembre de 2019 y, que los testigos de la parte actora afirmaron que esta reunión se efectuó el 16 de septiembre de ese año, lo cierto es que el demandado sí vulneró con su actuación la prohibición de la doble militancia política.

Agregó que el Tribunal le dio tanta importancia a la fecha, que la inconsistencia aludida la estimó suficiente para poner en duda la veracidad de los testimonios, sin embargo, no aplicó la misma regla con el testimonio rendido por el señor Jorge Pérez, gerente de la campaña de Leonardo Pérez, quien, al referirse a la mencionada reunión, indicó que fue el sábado 15 de septiembre de 2019, cuando al verificarse el calendario, ese sábado corresponde al 14 de septiembre y no al 15 y, pese a ello, no fue tachado de falso por el tribunal.

Por las anteriores razones, solicitó a esta Corporación, valorar todas y cada una de las pruebas allegadas en conjunto, para proceder a revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

1.7. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

1.7.1. Parte demandante.

Durante el término concedido, la parte actora reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y agregó que, en la valoración probatoria referente a las fechas de la reunión aludida, el tribunal incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, defecto procedimental y "*administrativo*".

1.7.2. Parte demandada.

El apoderado de la demandada indicó que la reunión política desarrollada en el barrio Olímpico, se realizó el 15 de septiembre de 2019, y fue organizada por el presidente de la Junta de Acción Comunal del mencionado barrio. A este evento asistieron, además del demandado, varios candidatos de preferencia del presidente de la Junta, entre ellos Nohora Tovar, quien se postuló a la Gobernación del Meta inscrita por el Centro Democrático, Jorge Leonardo Pérez, aspirante a la Alcaldía de la ciudad de Villavicencio del partido Autoridades Indígenas de Colombia - AICO y Ascenet Díaz Fierro candidata a la Asamblea del Meta por el partido MAIS.

Afirmó que en la mencionada reunión no se ofreció ningún respaldo al señor Leonardo Pérez, candidato a la alcaldía de Villavicencio, ni ninguno de los candidatos compartió tarima, por el contrario, cada uno realizaba su intervención y se retiraba del evento. Lo anterior fue confirmado por los testigos Javier Antonio Romero Bayuelo y Jorge David Pérez Barreto.

Recordó que el tribunal encontró que las versiones rendidas por los testigos solicitadas por la parte actora, no ofrecían mayor credibilidad, como quiera que mintieron en varios aspectos de su declaración, en tanto quedó evidenciado que buscaban favorecer los intereses de su candidato al concejo de Villavicencio, Alex Rincón, quien ocupó el tercer lugar de votación por el partido Social de Unidad Nacional.

1.7.3. Ministerio Público.

A su turno, el Ministerio Público conceptuó que las fotografías aportadas no permiten establecer la doble militancia política de la que se acusa al demandante, pues, de ellas no se puede inferir nada diferente a la existencia de una reunión de un grupo de personas, sin saber la fecha, el lugar, el nombre de las personas que allí aparecen, el escenario ni el contexto en la cual se cumplió.

De otra parte, manifestó que el registro de la conversación por WhatsApp, no guarda conexidad con la situación fáctica que se debate en este proceso y que, en todo caso, ella ocurrió con posterioridad a la fecha de las elecciones, motivo por el cual, no se cumplió con el factor temporal.

En cuanto a los testimonios presentados por la parte actora, sostuvo que no podía dárseles plena credibilidad por cuanto no fueron concretos en la fecha en que el concejal William Antonio Sánchez Esguerra ofreció apoyo político a Leonardo Pérez. Además, no se determinó con contundencia los hechos constitutivos de la doble militancia, más allá de toda duda razonable y porque fueron tachados de falsos por tener un interés en la causa. Por lo tanto, solicitó que se confirmara la sentencia apelada.

1.8. Auto de saneamiento.

Al advertirse que en el presente proceso no se había vinculado al Consejo Nacional Electoral como autoridad que intervino en la expedición del acto enjuiciado, ya que el acto de elección -Formulario E-26CON-, fue expedido por la comisión escrutadora departamental, la cual está conformada por dos delegados de esa entidad[1]; por auto del 5 de abril de 2021, se dispuso poner en su conocimiento la

1 Artículo 175 del Código electoral.

nulidad saneable de que trata el numeral 8 del artículo 133 del C.G.P[2] ., para que, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, se pronunciará al respecto, término dentro del cual se guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152.8 del CPACA, así como el artículo 13, numeral 7º del Acuerdo 080 de 2019 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sección es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, en la que el Tribunal Administrativo del Meta negó las pretensiones de la demanda.

2.2. El acto acusado.

El demandante a través del contencioso electoral, pretende la nulidad parcial del Formulario E-26 CON, por medio del cual, se declaró la elección de los concejales del municipio de Villavicencio, para el período 2020-2023, específicamente, en relación con el señor William Antonio Sánchez Esguerra, elegido por el partido Social de Unidad Nacional.

2.3. Problema jurídico.

Conforme al fallo de primera instancia y a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a esta Sección determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia del 22 de octubre de 2020, mediante la cual, el Tribunal Administrativo del Meta negó las pretensiones de la demanda relacionada con la incursión en conductas constitutivas de doble militancia política, en la modalidad de apoyo, por parte del concejal William Antonio Sánchez Esguerra.

Así entonces, previo a resolver el caso concreto, la Sala abordará los siguientes tópicos: i) el marco normativo y jurisprudencial de la prohibición de doble militancia y ii) la causal de doble militancia en la modalidad de apoyo, para luego definir iii) el caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial de la prohibición de doble militancia.

La doble militancia en el ordenamiento jurídico colombiano tiene su génesis en el Acto Legislativo 01 de 2003, que modificó el artículo 107 de la Constitución Política, al prever que en ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica. Dicho Acto Legislativo también dispuso que quien participara en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podía inscribirse por otro en el mismo certamen electoral. Posteriormente, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2009, además de reiterarse las citadas prohibiciones, se añadió que quien siendo miembro de una corporación pública llegare a presentarse a la siguiente elección, por un partido político distinto, debía renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de las inscripciones.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-303 de 2010, al decidir la demanda de inconstitucionalidad del parágrafo transitorio 1º del artículo 1° del Acto Legislativo 1 de 2009, que modificó el artículo 107 de la Constitución, puso de presente que la antedicha regla tenía por finalidad propender por el fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, lo cual impacta positivamente en la vigencia del principio de la soberanía popular, al aseverar lo siguiente:

2 "ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
(…)
8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado".

"la prohibición de la doble militancia y del transfuguismo político, en los términos antes expuestos, constituyen herramientas de primera línea para la consecución del fin constitucional de fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, basado en el aumento del estándar de disciplina de sus miembros e integrantes. A su vez, el fenómeno del transfuguismo tiene importante incidencia en la vigencia del principio de soberanía popular, habida cuenta de las particularidades del sistema electoral colombiano".

Así entonces, la prohibición de la doble militancia política surgió con la finalidad de fortalecer los partidos y movimientos políticos y sancionar el transfuguismo político, como una costumbre perniciosa propia de nuestra praxis electoral que deslegitima el sistema democrático, de manera que se procura el respeto por la identidad de los partidos y se discipline la actividad política, ordenando que los miembros y militantes de los partidos mantengan su vinculación a la colectividad política, mientras no renuncien a ellos, bajo los parámetros ordenados por el legislador y que quienes ostenten alguna representación mantengan su identidad política, para no burlar la confianza depositada por sus electores en las urnas.

Por su parte, la Ley Estatutaria 1475 de 2011, por la cual, se adoptan reglas sobre organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos y se dictan disposiciones en materia de procesos electorales, al desarrollar la institución de la doble militancia, trajo una regulación que contempla otras hipótesis a las ya referidas:

"Artículo 2o. Prohibición de doble militancia. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o ***hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados.*** *Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones (…)*

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción" (Negritas fuera del original).

Es importante tener en cuenta que el legislador estatutario extendió el ámbito de aplicación de la figura de la doble militancia, en tanto eliminó la expresión que imponía que el partido o movimiento político debía contar con personería jurídica, que le adscribía el Acto Legislativo 01 de 2003. En consecuencia, dispuso que "*…En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político*". Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-490 de 2011, al revisar la constitucionalidad del citado artículo, determinó que "*el legislador estatutario puede incorporar una regulación más exigente o extensiva respecto a la prohibición de doble militancia*" y, por ende declaró este precepto ajustado a la carta política.

4. La doble militancia y su modalidad de apoyo.

La Sección Quinta de esta Corporación ha estructurado una línea jurisprudencial en materia de contenido, alcance y modalidades por las que se puede configurar la prohibición de la doble militancia[3], para distinguir cinco (5) hipótesis relacionadas con los sujetos a quienes va dirigida:

> ***"i) Los ciudadanos:*** *"En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica." (Inciso 2º del artículo 107 de la Constitución Política)*
>
> ***ii) Quienes participen en consultas:*** *"Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral." (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política)*
>
> **iii) Miembros de una corporación pública:** "Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política)
>
> **iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización:** "Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones." (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)
>
> ***v) Directivos de organizaciones políticas:*** *"Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos" (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)[4] ".*

Ahora bien, específicamente en relación con la doble militancia contenida en el inciso 2º del artículo 2º de la ley 1437 de 2011, conocida como doble militancia en la modalidad de apoyo, la jurisprudencia de esta Sección[5] ha señalado los elementos necesarios para su configuración:

> "3.3.10. Corresponde aclarar que la modalidad de doble militancia atribuida en este caso, está consagrada en el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, de la cual, como ya ha definido esta Sección, se pueden extraer los siguientes elementos configurativos de la prohibición a saber:
>
> i) **Un sujeto activo**, según el cual deben abstenerse de realizar la conducta prohibitiva, de un lado, los que detenten algún tipo de cargo directivo, de gobierno, administración o control dentro de la organización política, y de otro, los que hayan sido o aspiren a ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular.

3 Sobre la prohibición de la doble militancia, consultar las siguientes providencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado: sentencia del 31 de enero de 2019, Exp. 110001-03-28-000-2018-00008-00, M.P. Rocío Araújo Oñate; sentencia del 29 de septiembre del 2016, expediente 730001-23-33-000-2015-00806-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro; sentencia del 20 de noviembre de 2015, Exp. 11001-03-28-000-2014-00091-00, y sentencia del 28 de septiembre de 2015, Exp. 11001-03-28-000-2014-00057-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta sentencia 13 de enero de 2017.
Rad: 11001-03-28-000-2016-00005-00. M.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Actor: Arturo Rafael Calderón Rivadeneira. Demandado: Francisco Fernando Ovalle Angarita - gobernador del departamento del Cesar.

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, radicación 11001-03-28-000-2018-00008-00, M.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia de 31 de enero de 2019.

ii) **Una conducta prohibitiva** consistente en apoyar a un candidato distinto al inscrito por la organización política a la que se encuentren afiliadas las personas descritas anteriormente.

Ahora bien, no se puede perder de vista que la Sección Quinta del Consejo de Estado[6] ha señalado que esta modalidad de doble militancia incluso se materializa en los casos en los que la colectividad política, por alguna circunstancia[7], no tiene candidato político para el respectivo cargo uninominal, pero de manera libre, voluntaria, expresa y pública decide brindar su apoyo a determinado candidato inscrito por otro grupo político, pues ha entendido que esos eventos el conglomerado político opta por secundar a cierto candidato, pese a no tener uno propio.

Así las cosas, no cabe duda que lo que esta modalidad de doble militancia proscribe es la ayuda, asistencia, respaldo o acompañamiento de cualquier forma o en cualquier medida a un candidato distinto al avalado o apoyado por la respectiva organización política.

iii) **Un elemento temporal,** aunque no está expreso en la redacción de la norma, una interpretación sistemática y con efecto útil de esta disposición impone colegir que la modalidad de apoyo de doble militancia solo puede ejercerse en época de campaña electoral, la cual comprende desde el momento en el que la persona inscribe su candidatura hasta el día de las elecciones. Esto es así, porque solo durante ese lapso se puede hablar de candidatos en el sentido estricto de la palabra, y por ende, solo en este espacio de tiempo se podría ejecutar la conducta que la norma reprocha, es decir, el apoyo a las candidaturas[8]".

Así, incurren en doble militancia política en la modalidad de apoyo, descrita en el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, quienes desempeñen alguna clase de cargo directivo, de gobierno, administración o control dentro de la organización política o hayan sido o aspiren a ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular y apoyen a un candidato distinto al inscrito o avalado por el respectivo partido político.

Además, esta Sala ha establecido que la doble militancia en la modalidad de apoyo, se puede estructurar con un solo acto, en tanto, no es necesario demostrar la ocurrencia de varios eventos cuando se tratar de probar que se ha acompañado la aspiración de otro candidato en contra de la lealtad que debe guardar a la colectividad a la que se pertenece. Así mismo, que no es necesario que el apoyo brindado tenga incidencia real en el resultado electoral ni que el favorecido llegue al cargo o concrete su aspiración:

> "*Según los términos de la Ley 1475 de 2011, la doble militancia tiene lugar por el respaldo que el candidato haya dado a otro aspirante del partido político distinto de aquel al cual pertenece, sin que exija como requisito la existencia de actos sucesivos en desarrollo de la campaña.*
>
> *Esto implica que la conducta prohibida por la legislación electoral puede configurarse incluso con la ocurrencia de un solo acto de apoyo, que permita establecer que en alguna medida respalda al candidato de la organización política diferente al que se encuentra afiliado.*

6 Nota del original: "*Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 4 de agosto de 2016, radicación Nº 63001-23- 33-000- 2016-00008- 01 CP Alberto Yepes Barreiro Ddo. Stefany Gómez Murillo – Concejal de Armenia en este caso se analizó si la demandada, avalada por el partido Alianza Verde estaba incursa en la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo, porque acompañó la candidatura a la alcaldía de Armenia del candidato inscrito por el partido Liberal, porque al candidato de su partido se le había revocado la inscripción y Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación Nº 68001-23-33-000-2016-00043-01 CP Rocío Araujo Oñate Ddo. José Villar Diputado de Santander. En esta providencia se analizó si el demandado, avalado por el partido Centro Democrático estaba incurso en la prohibición de doble militancia por apoyo, debido a que acompañó al candidato del partido de La U a la alcaldía de San Gil, ya que el candidato de su partido había renunciado a su inscripción*".

7 Nota del original: "*V.gr. por renuncia del candidato que inscribió; porque simplemente se abstuvo de inscribir alguna candidatura; por la revocatoria de la inscripción de su candadito, entre otros*".

8 Nota del original: "*En este mismo sentido consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, Exp. 730001-23-33-000-2015-00806-01 C. P. Alberto Yepes Barreiro. Dte: Carlos Enrique Ramírez Peña; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de octubre de 2016, Exp 50001-23-33-000-2016-00077-01 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez. Dte Jenny Moreno Henao*"

Finalmente, la Sala considera que tampoco es necesario que el apoyo tenga incidencia real en el resultado de la elección, pues al regular la doble militancia la Ley 1475 de 2011 no incluyó ninguna condición de este carácter, ni limitó sus alcances a este tipo de factores.

El desconocimiento de la prohibición legal opera por el hecho de acompañar la aspiración del otro candidato en contra de la lealtad que debe guardar a la colectividad a la que pertenece, sin importar que el favorecido con el respaldo llegue al cargo o a la corporación pública.

En el ámbito del control de los actos electorales, las causales de nulidad establecidas en el ordenamiento jurídico se entienden en forma objetiva, lo cual significa que no atienden a posibles criterios de graduación ni de moderación, según la producción de un resultado, sino que simplemente el análisis busca determinar si la conducta quedó configurada"[9].

5. Caso concreto.

Conforme al escrito de apelación, se tiene que la inconformidad del recurrente radica en la valoración efectuada por el a quo de los testimonios practicados a solicitud suya, pues, en su consideración, con ellos se acredita plenamente la conducta prohibitiva consistente que el señor William Antonio Sánchez Esguerra, cuando fue aspirante al concejo de Villavicencio por el Partido Social de la Unidad Nacional, apoyó la candidatura de Leonardo Pérez a la alcaldía de dicho municipio, quien se encontraba inscrito por el partido AICO; por lo tanto, solicita que se valore nuevamente todo el material probatorio.

Sea lo primero señalar que no es procedente, en el presente caso, efectuar una valoración de todo el material probatorio allegado al plenario, sino de los testimonios practicados en el proceso, por cuanto el actor solo esgrimió argumentos de inconformidad respecto de la valoración de éstos y no expresó ningún reparo en contra de las consideraciones efectuadas en la sentencia de primera instancia, en relación con los demás medios de prueba. Lo anterior, en la medida que el artículo 328 del Código General del Proceso señala que "*el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley*".

De conformidad con lo anterior, la Sala estudiará el mérito probatorio de los testimonios rendidos en el proceso, con el fin de determinar si ellos son demostrativos de la conducta prohibitiva de la doble militancia que se le endilga al demandado. En el *sub júdice* se recaudaron tres testimonios solicitados por la parte actora, correspondiente a los señores Elkin Stik Angarita Balanta, Alba Yolima Rojas Quevedo y Jhon Alejandro Angarita Balanta.

El señor Elkin Stik Angarita Balanta, dijo haber sido el coordinador de la campaña de Leonardo Pérez Barreto y que, en dicho ejercicio, le constaba lo siguiente:

"PREGUNTA: Aquí lo que se acusa es al señor William Antonio Sánchez Esguerra es (sic) de haber participado en una reunión o en una manifestación pública, política en la época de la campaña anterior al día de la elección que se cumplió en el mes de octubre del año 2019, cuéntenos qué sabe de esos hechos, qué fue lo que pasó y por qué supuestamente se le está atribuyendo al señor William Antonio Sánchez Esguerra una posible causal legal de anulación que es de la doble militancia, cuéntenos cómo fue esa reunión, cómo fueron esas reuniones políticas en el sector donde usted tuvo conocimiento y qué pasó, quién organizaba las reuniones, quiénes concurrieron, cómo

9 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 31 de octubre de 2018, Exp. 11001-03-28-000-2018-00032-00, M.P Carlos Enrique Moreno Rubio.

fueron los hechos en general, cuéntenos. RESPUESTA: (...) muchas veces pues el doctor William en las reuniones lo que hacía era motivar a la gente (...) incitaba a que muchas veces en tarima a que la gente votara por el doctor Leonardo, que porque lo conocía de muchos años que eran amigos de infancia, tenían acercamiento, incitaba a la gente a que votara en tarima por el doctor Leonardo Pérez Barreto (...). PREGUNTA: Usted nos podría señalar fechas puntuales de esos hechos en donde hubo reuniones y donde concurrieran varios candidatos o fueron reuniones independientes del señor Leonardo y del señor William Sánchez Esguerra, cómo concurrían esas dos personas a un evento o no concurría normalmente. RESPUESTA: Si pues en las que estuve pues concurrieron ellos en muchas reuniones, hubo una inclusive en la cuadra del doctor William que la programó él y (sic) invitó al doctor Leonardo, la otra que el doctor nombra el día de la fecha el 16 de septiembre donde el doctor William llega a la reunión también es citado el doctor Leonardo y la doctora Nohora Tovar también. PREGUNTA: me repite esa fecha por favor que usted recuerda. RESPUESTA: Esa es creo que el 16 de septiembre o de octubre, es que en estos momentos no tengo los datos, pero yo las tengo anotadas (...) PREGUNTA: Dijo usted también que había escuchado de voz del señor concejal William Sánchez Esguerra el apoyo público al señor Leonardo Pérez, cuándo ocurrió eso y en qué tarima exactamente. RESPUESTA: Eso ocurrió en el barrio Olímpico al pie de la casa del señor William Esguerra cuando él hizo una reunión ahí y la otra también en el barrio Olímpico también pero por la cuadra del presidente de la Junta de Acción Comunal (...) PREGUNTA: nos puede precisar exactamente en qué consistía el apoyo del señor William al señor Leonardo Pérez. RESPUESTA: la función de él simplemente era incitar a la gente a que apoyara al doctor Leonardo Pérez porque eran muy allegados, muy amigos (...) PREGUNTA: A usted le consta si hubo algún acuerdo político entre el señor Leonardo y el señor William Esguerra. RESPUESTA: No, no, hasta allá no (...). PREGUNTA: Usted manifestó, habló de dos fechas, una 16 de septiembre de 2019 y otra del 16 de octubre posiblemente, usted nos podría precisar cuándo fueron esas reuniones. RESPUESTA: Mi doctor en estos momentos no tengo la fecha exacta porque no tengo la agenda donde tengo las reuniones (...) PREGUNTA: (...) recuerda qué otras personas estaban alrededor del señor William. RESPUESTA: (...) la verdad tanta gente, la verdad así claramente no recuerdo quiénes estaban ahí al pie. PREGUNTA: en la época de la campaña, si su actividad es proselitista, eventualmente con quien estuvo, ya nos dijo que era coordinador de Leonardo a la alcaldía, entonces al concejo con quién eventualmente trabajó. RESPUESTA: No, al concejo la verdad no tenía candidato (...)".

Según lo dicho por este testigo, el demandado "*muchas veces*", brindó apoyo al señor Leonardo Pérez, como candidato a la alcaldía de Villavicencio, pues, según explica "*el doctor William en las reuniones lo que hacía era motivar la gente (…) incitaba a que muchas veces en tarima a que la gente votara por el doctor Leonardo*". De otro lado, agrega que estuvo presente en reuniones en las que "*concurrieron ellos*", entiéndase William Sánchez y Leonardo Pérez. Al preguntársele exactamente en qué consistió el apoyo del señor William al señor Leonardo Pérez, su respuesta fue nuevamente "*la función de él simplemente era incitar a la gente a que apoyara al doctor Leonardo Pérez*".

De las anteriores afirmaciones no encuentra la Sala certeza sobre el apoyo que se dice brindó el concejal al candidato

a la Alcaldía, Leonardo Pérez, inscrito por un partido distinto al cual se encontraba afiliado el demandado, que por demás, no fue acreditado en el proceso, dado que no se allegó el formulario E-6AL correspondiente a su inscripción, en tanto, el testigo no precisó con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar del respaldo otorgado, sino que simplemente se limitó a decir, de forma general y vaga, que "*incitaba a la gente*".

Así las cosas, no basta con afirmar que "*muchas veces*" lo hizo, sin dar cuenta de qué manera, de qué forma, qué expresiones utilizó el demandado para solicitar el apoyo en favor del candidato a la alcaldía, para poder valorar la contundencia y efectividad de la conducta desplegada, pues como se ha indicado por la jurisprudencia de la Sección Quinta, no basta cualquier manifestación para configurar la doble militancia en la modalidad de apoyo, sino que es necesario que la misma tenga la efectividad, la contundencia y fuerza suficiente para entender que se otorgó el mencionado respaldo político[10]. Así mismo, no se pudo precisar las fechas de las reuniones en la cuadra del concejal William Sánchez Esguerra, ni la del barrio Olímpico auspiciada por el presidente de la Junta de Acción Comunal; tampoco brindó elementos adicionales, ni el testigo recordó qué personas se encontraban en dichas reuniones.

Por su parte, la señora Alba Yolima Rojas Quevedo, indicó que trabajó como líder de la campaña de Leonardo Pérez y sobre los hechos de la demanda, señaló lo siguiente:

> ***"PREGUNTA: al concejo y asamblea eventualmente estuvo con algún otro candidato. RESPUESTA: No, no señor, yo 100% estuve con la alcaldía. PREGUNTA: En específico usted participó presencialmente en alguna reunión donde concurrieran estas dos personas, el señor Leonardo Pérez y el señor William Antonio Sánchez Esguerra, en tarima, en algún evento, precísenos en dónde fue, en qué fecha si eventualmente sucedió y eventualmente también qué dijeron los candidatos acerca de sus alianzas políticas fundamentalmente. RESPUESTA: Pues fue (inentendible) en tres reuniones, una que fue en el barrio Olímpico, que fue donde la familia materna de Leonardo Pérez, la otra fue que nos invitó el presidente de la Junta del barrio Olímpico, el señor Vladimir, ahí también estuvo el señor William, y en los cumpleaños de Leonardo Pérez, también estuvo el señor William ahí, y nos decían que se unieran el concejo y la alcaldía que nos uniéramos todos pues porque eran ellos del mismo barrio, que podían llegar los dos tanto a la alcaldía como al concejo, o sea como hacer una alianza, entonces invitaban a la gente a votar por Leonardo (...). PREGUNTA: Señora Alba Yolanda, usted recuerda más o menos las fechas exactas de estas actividades proselitistas donde estuvieron compartiendo tarima el aquí demandado señor William Sánchez y el señor Leonardo Pérez, recuerda más o menos las fechas o para que época. RESPUESTA: Si, eso fue antes de las elecciones porque eso fue antes del cierre, más o menos eso fue finalizando septiembre, iniciando octubre del año pasado que se hicieron esas reuniones, hubieron varias pero la que más recuerdo es esa finalizando el mes de septiembre, como inicios de octubre. PREGUNTA: Diga (...) si usted escuchó al señor William Antonio Sánchez candidato para la época de los hechos al concejo apoyar o incitar a sus seguidores a que respaldaran el nombre de Leonardo Pérez como candidato a la alcaldía de Villavicencio. RESPUESTA: Si, si señor eso fue en la reunión del barrio***

10 Consejo del Estado, Sección Quinta, sentencia del 31 de octubre de 2018, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente 11001-03-28-000-2018-00032-00.

Olímpico la que nos invitó el presidente de la Junta, él nos dijo que nos invitaba que ayudáramos, que apoyáramos al que él iba a ser el próximo alcalde de Villavicencio, porque él era el del barrio entonces así podía con él, junto con William pues sacar el barrio adelante porque tenían los dos candidatos que eran del barrio. PREGUNTA: (...) para claridad de los hechos que se están investigando, cuando el señor William Sánchez aquí demandado en la presente acción, compartió tarima con el señor Leonado Pérez, cuando él hizo uso de la palabra qué les dijo, qué les dijo a los seguidores, precísele exactamente al despacho. RESPUESTA: Si, nos dijo que le apoyáramos, que le diéramos el voto porque él era el candidato, que el próximo alcalde y que si él ganaba como alcalde pues y si lo apoyaba al concejo entonces podían hacer como una alianza para que los dos candidatos, tanto el concejo como la alcaldía fueran ganadores entonces el barrio es el que ganaba, entonces como esa reunión más que todo era gente del sector, del Olímpico, entonces si, él nos motivaba a que votáramos por él, igual pues yo trabajaba para Leo pero entonces había muchísima gente que no, entonces nos motivaba que trajéramos gente para que votaran por Leonardo Pérez".

Por la forma como se emitió la declaración por parte de la señora Alba Yolima Rojas Quevedo, no se advierte una información fluida, amplia y precisa sino más bien, fragmentada y genérica. Esta testigo afirma que asistió a "tres reuniones", en la que estuvieron presentes el demandado y el candidato a la alcaldía, Leonardo Pérez. Indica que una fue en el barrio Olímpico, "donde la familia materna de Leonardo Pérez", la otra fue la que invitó el presidente de la Junta del barrio Olímpico, el "señor Vladimir", y la tercera en los cumpleaños de Leonardo Pérez, en la cual estuvo "el señor William". Al narrar en que consistió el apoyo indicó la testigo que "nos decían que se unieran el concejo y la alcaldía que nos uniéramos todos pues porque eran ellos del mismo barrio", y luego precisa "o sea como hacer una alianza, entonces invitaban a la gente a votar por Leonardo" (…) nos motivaba que trajéramos gente para que votaran por Leonardo Pérez". Al preguntársele puntualmente, si escuchó al señor William Antonio Sánchez apoyar o incitar a sus seguidores a que respaldaran el nombre de Leonardo Pérez como candidato a la alcaldía de Villavicencio, contestó: Si, si señor eso fue en la reunión del barrio Olímpico la que nos invitó el presidente de la Junta, él nos dijo que nos invitaba que ayudáramos, que apoyáramos al que él iba a ser el próximo alcalde de Villavicencio, porque él era el del barrio", de lo que se infiere que solo tuvo conocimiento de uno solo de los eventos narrados inicialmente y que, en principio, solo en uno de ellos se brindó el supuesto apoyo; sin embargo, como se verá más adelante, la declaración al concretarse a las circunstancias modales de lo afirmado se evidencia dubitativa y alejada de la contundencia necesaria, aunado a que negó y desconoció su relación cercana con otro de los testigos, quien sí reconoció que eran compañeros permanentes, así se denota esta versión de los hechos tan imprecisa que quita toda la certeza de la afirmación anterior.

En efecto, la señora Alba Yolima Rojas Quevedo, no se refiere de forma concreta, ni otorga datos complementarios, que den la certeza de su dicho, como por ejemplo, las fechas en que se realizaron las mencionadas reuniones, nombres de personas que pudieron acompañar dichos encuentros, la narración de la forma como se pidió el apoyo, sino que se limitó a decir que "él nos dijo que nos invitaba que ayudáramos, que apoyáramos al que él iba a ser el próximo alcalde de Villavicencio". En este orden, reitera la Sala que, para desvirtuar la presunción de legalidad de un acto de elección, las declaraciones dirigidas a probar la doble

militancia, como causal de nulidad de esta clase de actos, deben otorgar total certeza y convicción íntima en el juez en tanto deben ser absolutamente claras, amplias, conclusivas y concretas en su narrativa para poder identificar la conducta constitutiva de la violación de la prohibición de doble militancia.

En otro de los apartes se advierte que el magistrado sustanciador le pidió a la testigo que concretara si en algún momento los dos candidatos compartieron tarima, ante lo cual, su respuesta fue evasiva, pues no contestó concretamente la pregunta, motivo por el que, fue necesaria la intervención del Ministerio Público, para exigirle que precisara en qué reunión los dos candidatos compartieron tarima, requiriéndose nuevamente reiterarle que detallara tal hecho, en dos ocasiones, frente a lo que finalmente respondió: "la reunión que yo asistí que estaban los dos, que dieron su discurso cada uno fue en el del barrio Olímpico, la que nos invitó el presidente del barrio Olímpico, don Vladimir (...)". Esta ambigüedad y falta de contundencia, debilita la credibilidad de la versión, pues si una persona es testigo de un hecho, lo natural y corriente es que, ante la primera pregunta, se haga un relato claro, preciso y sin dubitación alguna, acerca de lo que realmente sucedió.

También se le preguntó a la testigo si conocía o tenía algún parentesco con el señor Jhon Alejandro Angarita Balanta, es decir, otro de los testigos que también declaró en esta causa judicial, a lo cual contestó que no, cuando de la propia versión del señor Jhon Alejandro Angarita Balanta, como seguidamente se constatará, se tiene que este afirmó, bajo la gravedad de juramento, que son compañeros permanentes. De igual manera, cuando se le pidió que indicara qué otras personas estuvieron en esas reuniones en las que el candidato William Sánchez Esguerra desde la tarima pública incitaba a que votaran por Leonardo Pérez, la testigo afirmó: "en las reuniones había hartísima gente, pero conocidos de uno no, pues están los líderes que trabajábamos con Leonardo", se le reiteró nuevamente precisar los nombres, pero la testigo dijo: "yo dar nombres no, yo hablo por mí (…)".

En estas condiciones, si la declarante tuvo la desfachatez de mentir, acerca de su verdadera relación de pareja que sostenía con el testigo Jhon Alejandro Angarita Balanta, y sistemáticamente, se rehusó a dar los nombres de las personas asistentes a las reuniones, ello evidencia un ánimo de ocultar la verdad y ofrecer una visión parcializada del asunto, que no permite otorgarle total credibilidad, incurriendo por demás, en los mismos vacíos y generalidades que el testigo Elkin Stick Angarita Balanta.

Por su parte el testigo Jhon Alejandro Angarita Balanta, dijo haber trabajado en la parte logística de la campaña de Leonardo Pérez, quien manifestó:

> ***"Estuve en tres reuniones (...) estuve en una grande que fue en el parque del Olímpico, la otra fue cerca de la casa de donde vive el señor William y la otra fue en la casa de donde se crio Leonardo Pérez que fueron los cumpleaños de él y pues ahí en las tres reuniones pues el señor William siempre llegaba a las reuniones de él, de Leonardo Pérez y nos invitaba a votar por él, a todos los conocidos, amigos, cercanos, todos. PREGUNTA: Qué sabe usted, por qué esa alianza, según lo que usted plantea, de William Sánchez Esguerra y de Leonardo Pérez, que antecedentes conoce usted entre ellos y de pronto si usted conoce si hubo una alianza, un pacto entre ellos para ayudarse. RESPUESTA: pues de eso, se fija porque él siempre, en las reuniones, como le digo, en las tres reuniones, todos hablan lo que es alcaldía y él, bueno gobernación todos los que estaban en eso pues hablaban en discurso y pues***

él decía que nos invitaba a todas las personas, conocidos del barrio, amigos que votáramos por Leonardo Pérez a la alcaldía, pues él lo presentaba como un gran amigo de hace muchos años y todo. (...) PREGUNTA: al concejo con quien participó usted en la contienda del pasado año 2019, a quien respaldó al concejo (...). RESPUESTA: No pues ahí si más de uno conocidos de varios partidos pues lo buscaban a uno, si me entiende, que les colaborara, pero el voto mío si fue privado, fue con un amigo que estuvo conmigo en el trabajo que yo voté, que fue del Polo".

Al testigo se le preguntó en otro de los apartes, con quién vivía y se limitó a responder "*yo ahí pago arriendo*", al reiterársele la pregunta dijo: "*con una señora y un señor, pago arriendo, en una casa*", luego se le preguntó que si la señora de la que hablaba era su esposa o su compañera permanente, a lo que manifestó que "*era su compañera*". En ese momento se le interrogó por el nombre de la compañera, y su reacción fue de perturbación, al tiempo que solicitó que se le repitiera la pregunta y en seguida dijo: "*se llama Alba Quevedo*", nuevamente se le pidió que repitiera el nombre y contestó: "Alba Quevedo". El magistrado le solicitó nuevamente que vocalizara bien y luego de un momento de silencio, dijo: "*Se llama Alba Yolima Rojas*". El Ministerio Público intervino para solicitarle que precisara de manera clara y completa el nombre de la compañera permanente, contestando: "*el nombre completo es Alba Yolima Rojas Quevedo*".

De esta forma, se advierte que, de manera burda, el testigo pretendió ocultar su relación sentimental con la deponente Alba Yolima Rojas Quevedo, dejando ver una clara intención de mentir en esta declaración, afectando la buena marcha de la administración de justicia y trayendo una visión tergiversada de los hechos, razón suficiente para que el tribunal hubiere ordenado compulsar copias de estas diligencias a la Fiscalía General de la Nación, para que investigara lo correspondiente.

También se le preguntó si en la casa en la que vivió antes tenía publicidad política de Leonardo Pérez y de otros candidatos, e indicó que sí. Cuando se le preguntó específicamente si tuvo publicidad del señor Alex Rincón, quien seguía en votación en la lista del partido Social de Unidad Nacional[11] dijo: "*no, no señor*". Seguidamente, el apoderado del demandado, quien estaba interrogando, solicitó permiso para poner de presente unas fotografías de la publicidad que tenía el testigo, a lo cual, el magistrado accedió a la presentación de aquellas. En ese momento se muestra en la cámara una publicidad del candidato Alex Rincón por el partido de la U y luego otra imagen en la que se ve al testigo y en la parte inferior se lee: "*Jhon Alejandro Angarita Balanta (…) acompañando a nuestro gran amigo al concejal Alex (no se logra ver completa esa línea) Rincón Hernández invitando a familiares, amigos, y conocidos a que conozcan el gran desempeño (no se logra visualizar el resto del contenido)*", posteriormente se le preguntó: "ese es usted" y respondió, lacónicamente: "*si, si señor*". En seguida se le pidió reconocer la fotografía del señor Alex Rincón y guardó silencio, a lo que el magistrado le solicitó que contestara la pregunta, contestando: "pues ahí en el afiche aparece, si señor". Luego se le preguntó: "*usted había dicho que no había apoyado candidato al concejo, cierto*" a lo que indicó: "si señor" luego se le interrogó por la contradicción en la que incurrió al haber dicho que no apoyó candidato al concejo, frente a lo cual, el testigo guardó silencio.

El interrogatorio continuó de la siguiente manera:

"PREGUNTA: usted estuvo en una campaña acompañando o liderando la actividad proselitista para el doctor Leonardo Pérez, usted nos

11 Formulario E-26CON.

puede precisar con qué otras personas trabajaba. RESPUESTA: se cortó el audio. PREGUNTA: en su equipo de trabajo para el doctor Leonardo Pérez con qué otras personas trabajaba, usted y quién más estaba con usted. RESPUESTA: pues con Leonardo Pérez trabajábamos muchos, muchas personas. PREGUNTA: no, con usted, con usted. RESPUESTA: o sea conmigo, por eso le digo trabajábamos hartos en logística. PREGUNTA: conoce usted a la señora Alba Yolima Quevedo, trabajó con usted para la campaña de Leonardo Pérez. RESPUESTA: si señor. PREGUNTA: Tengo entendido que el señor Elkin Angarita también es pariente suyo, cierto. RESPUESTA: si señor y trabajamos con Jorge David Pérez (...) él era el coordinador de la campaña de Leo, no ve que es el hermano de Leonardo Pérez. (...) PREGUNTA: En esas tres reuniones donde usted estuvo, usted vio al concejal William Sánchez Esguerra haciendo proselitismo político en favor del doctor Leonardo Pérez y si lo vio qué fue lo que dijo. RESPUESTA: si, como lo dije anteriormente él nos invitaba a votar por el gran amigo de él Leonardo Pérez a la alcaldía en las reuniones que yo compadecí (sic) y estuve. PREGUNTA: usted recuerda qué tanta gente había y qué otras personas con usted estaban allí que escucharon y miraron que él estaba en tarima con Leonardo Pérez. RESPUESTA: Muchos, mucha gente porque como le digo yo en la logística nosotros nos encargábamos de colocar las sillas desde que empezábamos la reunión hasta que terminábamos y pues ahí también tenemos con él pues prácticamente fotos y videos cuando estábamos haciendo todo (...) aunque la otra muchacha que mantenía con nosotros ella tenía el vídeo pero le robaron el celular (...) PREGUNTA: en la reunión que usted habla que se hizo entre el señor Leonardo Pérez y mi cliente el señor William Sánchez en el barrio Olímpico, usted recuerda quien convocó a ese reunión. RESPUESTA: La del Olímpico pues sí, obvio que ahí lo presentó Vladimir Conde que es el presidente de la Junta de allá, él convocó toda esa reunión, pero asistió Leonardo Pérez, asistió Nohora Tovar y William. PREGUNTA. En esa reunión también participó, si usted recuerda, la señora Alba Yolima Quevedo, su compañera permanente, recuerda. RESPUESTA: Si, si por eso le digo en todas las reuniones nosotros asistimos porque nosotros éramos la logística, teníamos que estar ahí".

Como se observa de lo anterior, este testigo también incurrió en los mismos vacíos de los dos testigos mencionados; pero, adicionalmente puso en evidencia sus contradicciones e incoherencias, pues, indicó que no conocía al señor Alex Rincón, y resulta que lo había acompañado en su campaña al Concejo de Villavicencio. Trató de ocultar la relación existente con la testigo Alba Yolima Rojas Quevedo, para terminar por aceptar que con ella lo ligaba una relación sentimental. Estas circunstancias resultan relevantes para valorar la imparcialidad, espontaneidad y veracidad de la declaración. Por tanto, lo que advierte la Sala es que el testigo no ofreció una narración real y fidedigna de los hechos, sino que demostró un interés por buscar un fallo anulatorio de la elección del concejal William Sánchez Esguerra, para favorecer el interés del candidato no elegido Alex Rincón, inscrito en la misma lista por el partido Social de Unidad Nacional, al cual había acompañado en su aspiración al concejo municipal.

En suma, las anteriores versiones estuvieron afectadas por carecer de veracidad. La señora Alba Yolima Rojas Quevedo dijo no conocer a quien resultó ser su pareja sentimental y tampoco lo mencionó como parte del grupo de trabajo de Leonardo Pérez, por lo que se concluye que ocultó información de manera

intencional. Cuando se les preguntó si habían apoyado a algún candidato al concejo, los tres fueron contestes en afirmar que no; sin embargo, esto fue desvirtuado, por lo menos frente al testigo Jhon Alejandro Angarita Balanta, quien mediante una publicidad efectuada en favor del candidato Alex Rincón, se sintió delatado, sin responder sobre su contradicción. Lo anterior, también fue ratificado por el señor Jorge David Pérez Barreto, hermano del candidato Leonardo Pérez y gerente de su campaña, quien fue llamado a rendir testimonio por la parte demandada, quien, en una parte de su intervención, como se verá más adelante, señaló que los señores Elkin Stik Angarita Balanta, Alba Yolima Rojas Quevedo y Jhon Alejandro Angarita Balanta tenían candidato propio al concejo de Villavicencio, esto es, el señor Alex Rincón inscrito por el partido Social de Unidad Nacional, en cuyo interés gravitaba la eventual anulación de la elección del concejal demandado.

Tal afirmación merece total credibilidad para la Sala, pues, como quedó claro, en los tres testimonios traídos al proceso por la parte actora, se afirmó que trabajaron en la campaña a la alcaldía de Villavicencio de Leonardo Pérez, en la que fungió como gerente el señor Jorge David Pérez Barreto, de lo cual se deduce su cercanía, en tanto, este último también manifestó conocer a los tres testigos de muchos años atrás y que les tenía aprecio, por lo que no se advierte animadversión en su dicho.

También salió a la luz que dos de los testigos eran parientes, esto es, **Jhon Alejandro Angarita Balanta y** Elkin Stik Angarita Balanta, lo cual también se trató de ocultar. Además, los tres fueron reticentes, en dar información detallada de las personas que acompañaron los supuestos encuentros o reuniones políticas ya que ninguno brindó datos al respecto, todo lo cual denota una visión sesgada y amañada de los hechos que se trajeron al proceso.

De otra parte, según lo afirmado por Alba Yolima Rojas Quevedo, una de las reuniones en la que el candidato al concejo William Antonio Sánchez Esguerra solicitó a los comparecientes que apoyaran a Leonardo Pérez fue en la que se llevó a cabo en el barrio Olímpico, a la que fueron invitados por el presidente de la Junta de Acción Comunal, frente a ese encuentro, especificó que los dos candidatos, William Sánchez y Leonardo Pérez, compartieron tarima.

Lo anterior resulta controvertido por el señor Javier Antonio Romero Bayuelo, testigo de la parte demandada, quien dijo ser cercano a ambas campañas y frente a este punto expresó:

> "*nosotros llegamos de una reunión en la cual estábamos con William, William habló, salió pero no se encontraba en ese momento el doctor Leonardo Pérez, no estaba en ese momento en el que William estaba, en el que William habló y William salió, no estaba, estaba sino estoy mal su jefe de campaña el señor Jorge David Pérez, que creo que fue el que habló, luego llegó después, saludó, pero ya William se había ido, en ningún momento ni compartieron tarima, ni estuvieron presentes en ningún momento ellos dos*"

También Jorge David Pérez Barreto, en el testimonio rendido a solicitud del demandado, indicó que el señor Leonardo Pérez no alcanzó a llegar al momento cumbre de la reunión y que fue él quien subió a la tarima para saludar a las personas, "*cuando Leonardo llegó ya no había nadie, ni candidatos ni nadie, estaba solo (…) no habían candidatos ya en tarima (…) no estuvieron en tarima juntos porque (…) mi hermano no llegó a tiempo, (…) mi hermano no estuvo en tarima con William (…) yo fui el que estuvo en tarima, Jorge David Pérez estuvo en tarima dando las gracias por la espera y pidiendo disculpas por llegar tarde a la reunión, o sea que no coincidieron los candidatos, ningún candidato coincidió en tarima a esa reunión*".

De lo anterior se observa, que los candidatos Leonardo Pérez y William Sánchez, no concurrieron simultáneamente a la reunión que se realizó en el barrio Olímpico y mucho menos que compartieron tarima, si bien la conducta prohibitiva no consiste en que los candidatos compartan o no tarima, lo cierto es que esos datos adicionales que se brindan para detallar los hechos, si permiten al juzgador llegar a la convicción y certeza de lo que se expone, o por el contrario, poner en duda lo manifestado y, eventualmente, evidencia la necesidad de contrastarlo con otros medios probatorios, si los hay.

Como se ve, son varios los puntos en los que el dicho de los testigos de la parte actora han sido controvertidos, los que por demás no tienen ningún otro respaldo que permita llegar a la convicción de lo afirmado, por lo cual, no se puede dar por probada la conducta prohibitiva más allá de toda duda razonable, pues, por el contrario, esas manifestaciones generaron más incertidumbres que certezas, máxime cuando se evidenciaron **maniobras engañosas con el fin de encubrir soterradamente condiciones personales de los testigos y su apoyo político a otro candidato al concejo por el partido de la U**, quien, como se dijo anteriormente, quedó en una posición posterior a la que ocupó el hoy demandado, lo que vició **su dicho y su credibilidad, razones por las cuales el Ministerio Público en primera instancia los tacho de falsos y en la sentencia apelada el a quo ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se investigara su actuación, por faltar a la verdad en las versiones rendidas en el proceso.**

Ahora, de los testimonios rendidos en el proceso a solicitud de la parte demandada se destaca lo siguiente:

El señor Jorge David Pérez Barreto, quien como ha quedado consignado es hermano de Leonardo Pérez y fue el gerente de su campaña a la alcaldía de Villavicencio, manifestó:

"sí participé activamente en las elecciones pasadas a la alcaldía de Villavicencio, ya que mi hermano Leonardo Pérez era candidato a la alcaldía por el movimiento AICO y oficié como gerente de campaña de Leonardo Pérez (...) PREGUNTA: usted nos puede explicar si dentro de su rol, gerente de campaña, si hicieron reuniones en el barrio Olímpico en el cual usted nació y también vivió por ese tiempo, si tiene fechas por favor nos las puede suministrar. RESPUESTA: (...) se hicieron muchas reuniones en el barrio Olímpico (...) con muchos candidatos al concejo, con muchos candidatos a las gobernaciones, candidatos a alcaldías, los amigos hicieron reuniones y nos invitaron, específicamente estuve leyendo la defensa que usted presentó y hablan de una reunión del 17 de septiembre que la hizo el señor presidente del barrio Olímpico para nosotros, para sus invitados porque la hizo fue él, donde invitó a Nohora Tovar, yo estuve en tarima, fui yo el que estuvo en tarima, cuando ya casi no había público, ya se habían retirado los invitados de preferencia de quien organizó la reunión, pero creo, si no me falla la memoria y revisando los archivos no fue el 17 de septiembre, eso fue como el 15, eso fue un sábado que concurrimos a esa reunión; sin embargo, la fecha que presenta la demanda no es exacta. PREGUNTA: Doctor Jorge, usted recuerda dentro de su gerencia de campaña haber hecho algún acuerdo político con el doctor William Sánchez Esguerra para el apoyo de él al doctor Leonardo Pérez. RESPUESTA: No recuerdo no, estoy seguro, como gerente de campaña hicimos el trabajo que nos corresponde legal de apoyos políticos, sabíamos que el partido de la U tenía candidata a la alcaldía de Villavicencio, creo que duró hasta ocho días antes que por redes sociales se especuló del retiro de la doctora Lucy Contento a la campaña de la alcaldía, pero nosotros no hicimos alianzas con el partido de la U justamente

porque tenía candidata a la alcaldía, no tuvimos esa oportunidad (...)".

Luego el Ministerio Público al interrogarlo, puso en contexto del testigo que en las declaraciones rendidas por Elkin Stik Angarita Balanta, Alba Yolima Rojas Quevedo y Jhon Alejandro Angarita Balanta afirmaron que el demandado brindó apoyo al candidato Leonardo Pérez al solicitar que públicamente que votaran por él, frente a ello se manifestó en los siguientes términos:

> ***"Eso es una infamia decir esas afirmaciones sin sustento porque yo conozco al Elkin, a Jhon, a Yolima hace muchos años, fui candidato a la asamblea del partido de la U, donde ellos me ayudaron, conozco a su mamá que es la presidenta del barrio Villa Ortiz, etapa 1, soy allegado a su familia, son mis amigos, si, ellos tenían candidato propio al concejo, Alex Rincón del partido de la U, y eran las disputas políticas del barrio normal porque cada uno con su candidato al concejo pero un único candidato a la alcaldía que era Leonardo, entonces ellos peleaban por su candidato al concejo, esas afirmaciones lo dejan a uno intranquilo y son injustas porque afirmar eso es faltar a la verdad, este señor William Sánchez es una persona humilde, que luchó por su concejo, apoyado por el barrio, así como nosotros, que no lo logramos, hizo su campaña limpiamente, trabajando duro con el barrio, que muchos no le ayudaron, como Elkin, Elkin no le podía ayudar porque él era parte del equipo político de Alex Rincón, del mismo partido, con quienes trabajaron arduamente de la mano para lograr su cometido. Escuchar sus palabras doctora lo deja a uno inquieto en el sentido de que no es cierto que William haya hecho eso, no me consta, caminé el barrio Olímpico permanentemente y vemos los resultados políticos, no se dio eso, jamás la tuvimos esa oportunidad, si la hubiéramos tenido esa oportunidad tal vez habríamos ganado la alcaldía, pero no lo logramos y los concejales era la guerra política interna, uno ve es solamente es como una alianza para tumbar al que ganó y el que sigue es el otro, la zancadilla política (...)".***

En cuanto a la reunión que se realizó en el barrio Olímpico indicó:

> ***"Como la agenda era tan, tan apretada para mi hermano, él no alcanzó a llegar a la cumbre de la reunión, cuando yo llegué estaba Nohora Tovar en tarima, ya se había ido Asceneth que la conozco hace muchos años y ni la he vuelto a ver, era candidata a la asamblea y ya se había ido el candidato al concejo invitado por la comunidad, alcancé a llegar, cuando Nohora Tovar se bajaba de tarima, ya se despedía, se iba para otra reunión, y subo a tarima yo solo, había muy poquita gente, ya se había terminado casi la reunión y mi hermano llegó cuando ya estaba que se venía un aguacero, alcanzó a saludar y se fue (...). PREGUNTA: de acuerdo a esa manifestación que usted realiza quiere decir que cuando usted llegó ya el candidato al concejo, el señor William Sánchez, no estaba en la reunión de ese día en el barrio Olímpico, ya se había retirado. RESPUESTA: él no estaba, yo no lo miré, (...) pero yo no vi por ningún lado a William Sánchez, ni sabía que había ido, después me dijeron que había ido (...)".***

Este testigo afirma que entre la campaña de Leonardo Pérez y William Sánchez no existió un acuerdo político, a su vez, al precisar la fecha de la reunión en el barrio olímpico indicó que "*si no me falla la memoria y revisando los archivos no fue el 17 de septiembre, eso fue como el 15, eso fue un sábado que concurrimos a esa reunión; sin embargo, la fecha que presenta la demanda no es exacta*", también consideró una "*infamia*" lo afirmado por los testigos de la parte actora, lo que enmarcó dentro

de una disputa política por el concejo al formar parte del equipo de Alex Rincón y, en cuanto a la reunión que se efectuó en el barrio Olímpico, se reitera, que manifestó que los candidatos no estuvieron en un mismo momento, ya que cuando Leonardo Pérez arribó, el señor William Sánchez ya se había marchado.

En punto de la valoración de este testimonio, el recurrente señaló que no se puso en duda su veracidad a pesar que también incurrió en una inconsistencia en cuanto a la fecha de la reunión en el barrio Olímpico esto es, en cuanto afirmó que "*se realizó el sábado 15 de septiembre*", pues, revisado el calendario se constata que ese sábado sería 14 y no 15, por lo que considera que no se le dio el mismo tratamiento frente a los testimonios traídos al proceso por la parte actora, los que fueron puestos en duda por no coincidir con la fecha citada en la demanda.

Considera la Sala que, en efecto, el señor Jorge David Pérez Barreto, también incurrió en la misma imprecisión relacionada con la fecha de la mencionada reunión en el barrio Olímpico. Sin embargo, las razones por las cuales no se les otorgó crédito a los testigos allegados por la parte actora, fueron el ocultamiento de información, las múltiples contradicciones, el sesgo y la falta de precisión y claridad a la hora de narrar los hechos constitutivos de la doble militancia. De manera que más allá de la imprecisión en que pudo incurrir el testigo Jorge David Pérez, ello no era óbice para dejar de valorar su versión en conjunto como lo hizo el tribunal, pues, por el contrario, del mismo se observa univocidad, precisión y fuerza de convicción para tenerlo como cierto.

De otra parte, Javier Antonio Romero Bayuelo, quien, como se dijo fue cercano tanto a la campaña de Leonardo Pérez, como a la de William Sánchez, afirmó:

"Se realizaron dos reuniones grandes, una en la cuadra del señor Vladimir Conde, como usted lo dice, y otra aquí frente a mi casa, aquí en mi cuadra, frente a mi cuadra estuvo el equipo político del doctor Juan Guillermo Zuluaga, estuvo, el aspirante a la asamblea Raúl Vargas, estuvo William Sánchez y estuvo el doctor Leonardo Pérez invitado por mí, porque somos muy amigos y arriba estuvo creo, no recuerdo muy bien, estuvo creo que Nohora Tovar, estuvo Asceneth, William y Leonardo. Nosotros llegamos de una reunión en la cual estábamos con William, William habló, saludó, salió, pero no se encontraba en ese momento el doctor Leonardo Pérez, no estaba en ese momento en el que William estaba, en el que William habló y en el que William salió, no estaba, estaba si no estoy mal su jefe de campaña el señor Jorge David Pérez, que creo que fue el que habló, Leo llegó después, saludó pero ya William se había ido, en ningún momento ni compartieron tarima, ni estuvieron presentes ellos dos. PREGUNTA: si usted estuvo cuando estuvo William, puede hacernos una reseña breve de qué dijo William en su intervención púbica en ese momento de la reunión que organizó el señor Vladimir Conde, qué dijo. RESPUESTA: Claro William hablaba mucho sobre el apoyo de incentivar los programas en los cuales las personas tendrían oportunidad para hacer programas y proyectos personales, sacar adelante programas de proyectos personales, hablaba del apoyo social, hablaba de mejorar el barrio, bueno muchas otras cosas que él decía en su discurso político. PREGUNTA: De manera específica invitó a votar por Leonado Pérez o eso es cuento, discúlpeme. RESPUESTA: En ningún momento tocó el tema de Leonardo, ni pronunció el nombre de Leonardo Pérez, en ninguna de dos las reuniones en las que yo estuve presente

(...) pero en ningún momento en ninguna de las dos reuniones el doctor William nombró a Leonardo Pérez".

Como se ve este testigo da una visión diferente a la señalada por los testigos de la parte actora respecto de lo que dijo el demandado en la reunión convocada por el presidente de la Junta de Acción Comunal del barrio Olímpico, pues afirma que el candidato William, en su intervención, se refirió a asuntos relacionados con el apoyo a los proyectos personales, apoyo social y de mejorar el barrio pero que "en ningún momento tocó el tema de Leonardo, ni pronunció el nombre de Leonardo Pérez".

En suma, las declaraciones traídas por la parte demandada son unívocas al señalar que en la reunión del barrio Olímpico no concurrieron los dos candidatos, que la campaña de Leonardo Pérez no recibió apoyo del ahora demandado y que éste no invitó a votar por el candidato del partido AICO, afirmaciones que merecen la credibilidad por parte de la Sala, pues, son coherentes y no fueron desvirtuados con otros medios probatorios.

Así las cosas, como la prueba sobre la cual se edifica la doble militancia política debe ser contundente respecto de todos los elementos que la configuran, entre ellos, la conducta prohibitiva y no dejar espacio a interrogantes, precisamente por tratarse de un derecho de raigambre constitucional, esto es el derecho a ser elegido, y en el presente asunto los testimonios en los que insistió la parte actora recurrente no tienen la virtualidad de generar dicha convicción, se impone a la Sala confirmar la sentencia apelada.

Finamente, en punto a la tacha de falsedad argumentada por el Ministerio Público, aducida por la familiaridad de los testigos y por las inconsistencias en las que incurrieron en su dicho, debe señalar la Sala que la misma no supone per se, que se deba descartar de plano, sino que le corresponde al juzgador someterlos a una rigurosa valoración, contrastación y constatación probatoria para determinar su credibilidad y cerciorarse de la eficacia probatoria de los mismos.

En ese sentido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación consideró que:

> "*motivos y pruebas de la tacha [de falsedad] se analizarán en la sentencia, a menos que se haya propuesto por medio de incidente. Vale decir que la tacha de los testigos no hace improcedente la recepción de sus testimonios ni la valoración de los mismos, sino que exige del juez un análisis más severo con respecto a cada uno de ellos para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria*"[12].

Dentro de ese marco, en el sub júdice los testimonios que fueron tachados de falsos por el Ministerio Público, no se descartaron de plano, sino que se sometieron a una estricta valoración y contrastación, llegando la Sala a la conclusión de que no prestan credibilidad, motivo por el cual con ellos no se logró acreditar la conducta de doble militancia de la que se acusó al señor William Antonio Sánchez Esguerra, por lo que se confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

12 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de enero de 2012, expediente 11001-03-15-000-2011-00615-00(PI), M.P.: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Meta, negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

TERCERO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE, F) ROCÍO ARAÚJO OÑATE, Presidente (Aclara voto); LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA, Magistrado; LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Magistrada; CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, Magistrado.

Esta providencia fue generada con firma electrónica, la que tiene plena validez y efectos jurídicos, conforme con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y el Decreto 2364 de 2012.

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	Colombia
ÓRGANO ELECTORAL:	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta.
TEMA:	Prohibición a las corporaciones públicas de elección popular al remplazo por faltas temporales de las personas contra quienes se haya proferido orden de captura, conforme las causales determinadas en la ley.
NÚMERO DE CAUSA:	11001-03-28-000-2019-00024-00
FECHA DE EMISIÓN:	13 de mayo de 2021
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Nulidad electoral
ACTO QUE SE RECURRE:	Acto de llamamiento efectuado por el Senado de la República.
ACCIONANTE (S):	Óscar Rodríguez Ortiz y otro.
ACCIONADO (S):	Senado de la República
DECISIÓN:	Declarar la nulidad del acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo en su condición de senadora de la República.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	**Óscar Rodríguez Ortiz.-** Señala que el acto acusado pasó por alto la prohibición señalada en el artículo 134 de la Carta Política, que prohíbe a las corporaciones públicas de elección popular el reemplazo por faltas temporales contra quienes se haya proferido orden de captura, conforme las causales determinadas en la ley. En consecuencia, la curul de la señora Merlano Rebolledo no podía ocuparse por nadie. **David Ricardo Racero Mayorca.-** Considera que el artículo 134 de la Carta Política, respecto a las personas contra quienes se dicte orden de captura por delitos relacionados con los mecanismos de participación democrática, determina que no es procedente efectuar su remplazo en las corporaciones de elección popular, razón por la cual no se podía sustituir la vacante de la señora Aída Merlano Rebolledo.

ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	**Soledad Tamayo.-** Se opone a la demanda y propone las siguientes excepciones: (I) caducidad, (II) inepta demanda y (III) agotamiento de la jurisdicción. Asimismo, asevera que el acto de llamamiento no se encuentra viciado de nulidad por haber operado la silla vacía, dado que, si bien la curul provista fue la de la senadora Aída Merlano Rebolledo, también es cierto que la falta generada no se debió a la medida de aseguramiento dictada en su contra sino a la declaratoria de nulidad de su elección. Además, sostiene que la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección de la señora Merlano Rebolledo, como senadora de la República para el período 2018-2022, generándose así la vacancia absoluta, por lo cual no se puede aplicar la silla vacía, ya que la sanción habría expirado. **Senado de la República.-** Afirma que la señora Aída Merlano Rebolledo fue electa como representante a la Cámara por el Departamento de Atlántico para el período 2014-2018 y, antes que éste finalice, la Corte Suprema de Justicia, el 06 de abril de 2018, ordenó su captura. Conforme con el artículo 134 Superior, la representante a la Cámara no fue reemplazada durante el término en que se presentó su falta temporal y, por ende, se castigó al partido que la avaló restándole la curul obtenida en las elecciones de 2014. Posteriormente, la señora Aída Merlano resultó electa senadora para el período 2018-2022, sin que se pudiera juramentar como tal por estar privada de la libertad. Entre tanto, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró nula su elección y ordenó la cancelación de su credencial, sin que de la sentencia se dictara la sanción de la silla vacía; lo cual a su juicio era lógico, dado que el partido había purgado la sanción en la Cámara de Representantes, en el período anterior.

ARGUMENTOS	
RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Configuración de la “silla vacía”.

RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	La prohibición de reemplazo se la conoce doctrinariamente como "silla vacía", mediante este mecanismo se busca sancionar a los titulares de los escaneos y a los partidos políticos que respaldaron o avalaron a los congresistas que fueron condenados y/o investigados por participar en actividades delictivas con grupos armados ilegales al margen de la ley, narcotráfico, delitos contra la administración pública, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad; por lo que, quedarse sin el titular de la curul significa que la representación del partido político se disminuye y, en consecuencia, su poder de decisión político se afecta.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Cosa juzgada.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	La cosa juzgada es una herramienta de naturaleza procesal, a través de la cual los asuntos que tengan sentencia ejecutoriada no podrán volver a ser juzgados por el órgano jurisdiccional. El Código General de Procesos señala tres elementos que deben configurarse para que proceda la institución de la "cosa juzgada", es decir, para que el nuevo proceso presente identidad de partes, objeto y causa *petendi*, como se detalla a continuación: **1) Partes.-** Quienes concurran al nuevo proceso deben ser idénticas personas, naturales o jurídicas, a las que figuraban como sujetos procesales en el anterior. **2) Objeto.-** Las pretensiones elevadas en el nuevo proceso son iguales a las reclamadas en el primero. **3) Causa *petendi*.-** El motivo o razón que fundamentó la primera demanda tiene correspondencia con lo solicitado en la segunda.

OBITER DICTA 2- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Principio de *non bis in ídem.*

OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	El principio de *non bis in ídem* es un derecho de aplicación inmediata que protege a cualquier sujeto activo de una infracción y prohíbe dos o más juicios y sanciones por un mismo hecho; está fundamentado en la seguridad jurídica y la justicia material. Por ende, los hechos y conductas que fueron resueltos a través de los procedimientos reconocidos por la ley, no deben ser debatidos ni penados en un nuevo juicio.

OBITER DICTA 3- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Control de nulidad electoral.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	El control de nulidad electoral procede para tres actos: 1) Los de elección por voto popular o por cuerpos electorales; 2) Los de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas; y, 3) Los de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas, por lo que la pretensión de nulidad debe estar dirigida contra estas decisiones, lo que no excluye que se realice un análisis de legalidad de las actuaciones previas al acto que declaró la elección, nombramiento o llamamiento.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 11001-03-28-000-2019-00024-00 (principal)
11001-03-28-000-2019-00034-00
Demandantes: ÓSCAR RODRÍGUEZ ORTIZ y OTRO
Demandado: ACTO DE LLAMAMIENTO SOLEDAD TAMAYO TAMAYO COMO SENADORA DE LA REPÚBLICA

Tema: Sanción del artículo 134 de la Constitución por orden de captura o condena por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver las demandas de nulidad electoral presentadas por los ciudadanos Óscar Rodríguez Ortiz y David Ricardo Racero Mayorca, contra el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo, en su condición de senadora de la República, para el período 2018-2022.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demandas

1. Los ciudadanos Óscar Rodríguez Ortiz y David Ricardo Racero Mayorca, con las demandas de la referencia pretendieron la anulación del acto de llamamiento efectuado por el Senado de la República a la señora Soledad Tamayo Tamayo para que ocupara la curul de la señora Aída Merlano Rebolledo en esa Corporación, para lo que resta del período 2018 - 2022.

2. Adicionalmente, el señor Óscar Rodríguez Ortiz solicitó que como consecuencia de la nulidad del acto de llamamiento, se declare sin valor jurídico la posesión de la demandada como senadora de la República y se compulsen copias a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación por las posibles conductas delictivas que se tipifiquen en relación con el acto acusado.

3. El señor David Ricardo Racero Mayorca también pretendió que se declare que el Partido Conservador Colombiano no puede suplir la vacancia de la curul de la senadora Aída Merlano Rebolledo, debido a que existe una prohibición constitucional de reemplazo.

4. A la demanda presentada por el señor Óscar Rodríguez Ortiz le correspondió el radicado 11001-03-28-000-2019-00024-00 y a la elevada por el señor David Ricardo Racero Mayorca el número 11001-03-28-000-2019-00034-00, procesos que fueron acumulados mediante providencia del 16 de octubre de 2020, de conformidad con el artículo 282 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. Hechos

5. A continuación, se destacan de manera unificada los hechos más relevantes que expusieron los demandantes.

6. Mediante Resolución No. 1596 del 19 de julio de 2018, el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de los senadores de la República para el período 2018-2022. De conformidad con dichos resultados, al Partido Conservador Colombiano se le asignaron 14 curules, entre las que se encontraba la reconocida a la señora Aída Merlano Rebolledo.

7. Destacaron que durante el año 2018 la Corte Suprema de Justicia adelantó una investigación contra la señora Aída Merlano Rebolledo, por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir, corrupción al sufragante, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego y ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas, relacionados con la existencia de una organización para la presunta compra de votos para las elecciones que se llevaron a cabo el 11 de marzo de 2018. Destacaron que dentro de dicho trámite se profirió orden de captura[1], medida de aseguramiento intramural y resolución de acusación[2], circunstancias que impidieron que la elegida se posesionara como congresista, pues para ese momento se encontraba privada de su libertad.

8. De otra parte, resaltó el señor David Ricardo Racero Mayorca, que el 16 de mayo de 2019 el Consejo de Estado en sentencia de única instancia, declaró

1 El demandante David Ricardo Rocero Mayorca refirió que dicha orden fue del 4 de junio de 2018, mientras el actor Óscar Rodríguez Ortiz indicó que tal circunstancia aconteció el 6 de abril de 2018.

2 El demandante Óscar Rodríguez Ortiz señaló que la medida de aseguramiento fue dictada el 9 de abril de 2018 y la resolución de acusación el 18 de julio de 2018.

la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo como senadora de la República para el período 2018-2022. Lo anterior, en palabras del actor, "*porque encontró acreditado la existencia y funcionamiento de una organización destinada a la compra de votos en su favor, liderada por ella*", concluyendo que "*además de coaccionar a los votantes",* realizó prácticas *"contrarias a los principios democráticos que deben regir los procesos electorales*".

9. Relataron que como consecuencia de las anteriores circunstancias, el 28 de mayo de 2019, el presidente y el secretario del Senado de la República llamaron a la señora Soledad Tamayo Tamayo para que ocupara la vacante de la ciudadana Aída Merlano Rebolledo.

10. Destacó el demandante David Ricardo Racero Mayorca que el referido llamamiento se hizo aunque el Consejo Nacional Electoral solo un día después (el 29 de mayo de 2019) certificó el orden de votación de la lista inscrita por el Partido Conservador Colombiano a la referida Cámara.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

1.3.1. Expediente 2019-00024-00

11. El señor Óscar Rodríguez Ortiz sostuvo que el acto acusado desconoció el artículo 134 de la Carta Política, que prohíbe en las corporaciones públicas de elección popular, el reemplazo por falta temporales de las personas contra las cuales se haya proferido orden de captura, relacionada con la comisión de los delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad.

12. Señaló en consecuencia, que la curul de la señora Merlano Rebolledo no podía ser ocupada por nadie, debido a la privación de su libertad relacionada con los delitos de concierto para delinquir, corrupción al sufragante, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego y ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas, por lo que, con el acto demandado, el presidente y secretario del Senado de la República vulneraron el artículo 134 de la Constitución Política.

13. Agregó que los autores del acto de llamamiento actuaron con desviación de las atribuciones que les corresponde, pues "*el presidente del Senado y secretario se unieron para "interpretar a su acomodo dicha prohibiciones de reemplazo y a modo propio procedieron a desconocer su juramento de cumplir con la Constitución, la ley y los reglamentos*".

1.3.2. Expediente 2019-00034-00

14. El señor David Ricardo Racero Mayorca consideró desconocidos (I) el artículo 134 Superior y (II) el artículo 278 de la Ley 5 de 1992.

15. En cuanto al artículo 134 Superior resaltó, que respecto de las personas que se profiera orden de captura por delitos contra los mecanismos de participación democrática no había lugar a predicar su reemplazo en las corporaciones de elección popular, de manera tal, que no era procedente suplir la vacante de la senadora Aída Merlano Rebolledo, comoquiera que contra la misma se dictó orden de captura por la Corte Suprema de Justicia, por la presunta comisión de los delitos de corrupción al sufragante, concierto para delinquir, tráfico, porte o tenencia de armas y ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas de ciudadanía.

16. Argumentó que el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente[3] que el objeto de la norma antes referida es responsabilizar a los partidos políticos cuando sus

3 Hizo referencia a una sentencia del 30 de agosto de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, sin precisar el radicado.

integrantes han sido condenados por los delitos en ella contemplados, o cuando con relación a éstos se ha proferido medida de aseguramiento. En ese orden de ideas, aseveró que de no declararse la nulidad del acto de llamamiento aquí enjuiciado, se estaría permitiendo que la representación del partido político en el Senado se mantenga y, en consecuencia, que su poder de decisión político se vea beneficiado, a pesar de que esto sea consecuencia de las actuaciones ilegales de una de sus miembros, quien fruto de conductas irregulares obtuvo 82.601 votos para ser elegida como senadora en el periodo 2018-2022.

17. Con fundamento en el artículo 278 de la Ley 5 de 1992 indicó, que en los eventos que hay lugar a realizar el llamado a ocupar vacantes en el Congreso de la República, previamente debe constatarse por parte del Consejo Nacional Electoral cuál es el candidato al que le correspondería suplir la vacancia, exigencia que en este caso no se cumplió, en atención a que la señora Soledad Tamayo Tamayo fue llamada el 28 de mayo de 2019, aunque la autoridad electoral antes señalada sólo hasta el día siguiente profirió la mentada certificación.

18. Agregó que, incurriendo en falsa motivación, el secretario general del Senado para justificar el llamamiento controvertido indicó que la sentencia del 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, "*en ningún momento decretó en su providencia el no llamado a un candidato a suplir dicha vacante*". Reprochó tal afirmación en atención a que el mencionado fallo de nulidad electoral nada dijo sobre el reemplazo de la anterior senadora, motivo por el cual a partir del mismo no podía justificar la decisión acusada en esta oportunidad, en especial, cuando los servidores públicos sólo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución y la ley.

1.4. Contestación de las demandas

19. La señora Soledad Tamayo Tamayo, a través de apoderado, se opuso a las demandas por las razones que a continuación se sintetizan:

20. En cuanto a la radicada 2019-00034-00, propuso las excepciones de (I) caducidad, (II) inepta demanda y (III) agotamiento de la jurisdicción. La primera, porque a su juicio, para los actos de llamamiento, respecto de los cuales la norma procesal no precisa desde cuándo se deben contabilizar los 30 días para presentar la demanda de nulidad electoral, corren a partir de su comunicación, lo que tuvo lugar el 28 de mayo de 2019, por consiguiente, el medio de control debió ejercerse hasta el 12 de julio de 2019, pero el libelo genitor se radicó el 15 de los mismos mes y año. La segunda, porque de este no es posible establecer una línea clara y precisa que permita encausar los supuestos de hecho en alguna de las causales de nulidad electoral. Y la tercera, en consideración a que contra el acto de llamamiento se interpuso con anterioridad una demanda que fue admitida primero (2019-00024-00), con los mismos supuestos fácticos y de derecho, por lo que bajo la figura del agotamiento de la jurisdicción, es la única respecto de la cual se debe tramitar la controversia.

21. Frente al fondo del asunto aseveró, que el acto de llamamiento no se encuentra viciado de nulidad por haber operado la *silla vacía*[4] dado que, si bien la curul provista fue la de la senadora Aída Merlano Rebolledo, también es cierto que la falta absoluta generada no fue con ocasión de la medida de aseguramiento dictada en su contra, sino de la declaratoria de nulidad de su elección.

4 Expresión que empleó para hacer referencia a la prohibición de proveer un reemplazo en las corporaciones de elección popular, por las circunstancias expuestas en el artículo 134 de la Constitución Política

22. Indicó que si bien la señora Merlano Rebolledo fue cobijada con medida de aseguramiento en centro carcelario, ello ocurrió cuando ostentaba la condición de representante a la Cámara por el departamento del Atlántico, período 2014-2018, razón por la cual, ante la falta temporal que ello generó, la célula legislativa no dispuso de su reemplazo en virtud del artículo 134 Superior, prohibición que solo era predicable para dicho período constitucional, esto es, hasta el 20 de julio de 2018.

23. Señaló que la medida intramural se decretó e hizo efectiva el 6 de abril de 2018 y las elecciones de Congreso de la República fueron declaradas el 19 de julio de 2018, contienda electoral en la que resultó electa la señora Merlano Rebolledo sin que pudiera posesionarse en el cargo por estar privada de la libertad.

24. En el entretanto, sostuvo que la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección de la señora Merlano Rebolledo como Senadora de la República para el período 2018-2022, generándose así la vacancia absoluta, de la cual no se puede predicar la *silla vacía,* por cuanto la sanción había expirado, debido a que ésta solamente cobija el período para el cual fue elegido quien resultare privado de la libertad, el cual feneció el 20 de julio de 2018.

25. Insistió en que el acto de llamamiento que se hizo a la señora Soledad Tamayo Tamayo, no fue producto de la sanción de *la silla vacía* derivada de la detención de la señora Aída Merlano en su condición de representante a la Cámara, sino que se llevó a cabo con ocasión de la declaratoria de nulidad de su acto de elección como senadora, lo cual tiene sustento en el hecho que desde el 20 de julio de 2018 hasta el 28 de mayo de 2019 dicha curul no se había proveído y solo como consecuencia del fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 16 de mayo de 2019, se provisionó la vacante.

26. Concluyó que no es posible extender los efectos de la *silla vacía* a la declaratoria de nulidad de la elección como senadora de la señora Aída Merlano aunque ésta se encuentre privada de la libertad, toda vez que esa decisión tiene como efectos el de retrotraer las situaciones jurídicas hasta antes del momento mismo de la elección, generando una nueva situación consolidada que permite establecer una vacancia absoluta de la curul susceptible de ser proveída en aplicación de la regla establecida en el inciso 1° del artículo 134 de la Constitución Política.

27. Agregó que ampliar la sanción de la silla vacía, que reiteró, se ejecutó respecto de la curul que ocupó la señora Aída Merlano en la Cámara de Representantes, lo que conllevó que una vez fue privada de su libertad ese cargo no fuera provisto, a la vacancia absoluta de la curul al Senado de la referida ciudadana, producto de la declaratoria de nulidad de la anterior elección por la Sección Quinta del Consejo de Estado, "*conllevaría a transgredir el principio del "non bis in ídem" y darle aplicación extensiva a una disposición restrictiva de las libertades políticas, que por virtud de los principios constitucionales y generales de derecho no puede ser limitadas sin mandato superior expreso; mucho menos tratándose de cercenar derecho fundamentales como el de elegir y ser elegido a través de la aplicación del inciso 2 del artículo 134 Superior, normativa que per se es de orden público jurídico y cuya aplicación por vía analógica se encuentra proscrita*".

28. Finalmente, argumentó que la declaratoria de nulidad de una elección a diferencia de la prohibición de que trata el artículo 134 de la Constitución Política, no constituye una sanción al partido político que avaló la candidatura de un ciudadano que fue capturado o condenado por los delitos previstos en la anterior norma, razón por la cual constituye un error castigar al Partido Conservador con la imposibilidad de suplir la vacante que se generó producto del fallo de nulidad electoral contra la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo.

1.5. Intervención del Senado de la República

29. El secretario general del Senado de la República, en su condición de representante judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo los siguientes argumentos:

30. Aseveró que la señora Aída Merlano Rebolledo resultó electa representante a la Cámara por el departamento de Atlántico para el período 2014-2018 y, antes de la terminación de éste, la Corte Suprema de Justicia el 6 de abril de 2018 ordenó su captura.

31. Conforme con el artículo 134 Superior, la representante a la Cámara no fue reemplazada durante el término en que se presentó su falta temporal y por ende se castigó al partido que la avaló restándole la curul obtenida en las elecciones del año 2014[5].

32. Luego de lo anterior, la señora Aída Merlano resultó electa senadora para el período 2018-2022 sin que se pudiera juramentar como tal por estar privada de la libertad. En el entre tanto, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró nula su elección y ordenó la cancelación de su credencial, sin que de la sentencia se predicara la imposición de la sanción de la *silla vacía*, lo cual a su juicio era lógico, dado que el partido había purgado la sanción en el período inmediatamente anterior en la Cámara de Representantes.

33. Afirmó que "*no es viable y sería un abuso de autoridad, exigir una nueva sanción al Partido Conservador Colombiano por los mismos hechos, por cuanto conforme al principio general del derecho Non bis in ídem, el cual, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones, como por ejemplo que se sancione a un partido político dos veces por los mismos hechos durante dos periodos constitucionales diferentes – 2014-2018 y 2018-2022*".

34. Arguyó que la declaratoria de nulidad del acto de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, implica que éste nunca existió ni nació a la vida jurídica, por ende, no le es predicable la sanción contemplada en el artículo 134 Superior, dado que ella fue una mera expectativa que no surtió efectos.

35. Respecto al vicio de nulidad por desconocimiento del artículo 278 de la Ley 5 de 1992, agregó que el acto acusado se dictó conforme lo prescrito en él y en el artículo 275 de la misma ley, llamando a ocupar la vacancia al candidato no elegido que seguía en orden de acuerdo con el formulario E-26 SEN y la Resolución No. 1596 de 2018 del Consejo Nacional Electoral por medio de la cual declaró la elección de los senadores de la República, sin importar que el llamamiento se hubiere hecho antes de haberse expedido la certificación por parte de la entidad antes señalada, que precisara la persona que debía ocupar la curul, pues una vez cumplidos los requisitos previstos en las anteriores normas, "*se debe proceder a tomar juramento al Congresista que corresponda dentro de los 8 días siguientes al llamado, so pena de perder la investidura*".

1.6. Intervención del Consejo Nacional Electoral

36. Dentro del trámite 2019-00034, el apoderado de esta entidad propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en consideración a que no intervino en el acto de llamamiento

5 Refirió que una vez se conoció de la captura de la señora Aída Merlano Rebolledo, por hallazgos relacionados con la presunta compra de votos en su campaña electoral para el Senado de la República, la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes dictó los siguientes actos administrativos: 1. Resolución N° 0862 del 9 de abril de 2018 "por el cual se ejecuta una medida preventiva disciplinaria – suspensión provisional de una Honorable Representante a la Cámara". 2. Resolución N° 1448 del 6 de julio de 2018 "por el cual se levanta la suspensión provisional de una Honorable Representante a la Cámara". 3. Resolución N° 1449 del 6 de julio de 2018 "por el cual se suspende la condición Congresional a una Honorable Representante a la Cámara". 4. Resolución N° 1467 del 10 de junio de 2018 "por el cual se declara vacante temporalmente una Curul en la Corporación".

censurado, ni en las actuaciones administrativas preliminares al mismo, asuntos respecto del cuales no tiene competencia.

1.7. Decisión de excepciones previas y mixtas, decreto de pruebas, fijación de litigio y otras actuaciones

37. En la primera parte de la audiencia inicial, celebrada el 27 de noviembre del 2019, el despacho conductor declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Consejo Nacional Electoral[6], negó las excepciones previas y mixtas propuestas por la demandada -ineptitud sustantiva de la demanda, agotamiento de jurisdicción y caducidad del medio de control-[7]. Dicha negativa fue confirmada en sede de súplica, mediante providencia adoptada por los demás integrantes de la Sección Quinta el 18 de diciembre de 2019.

38. Ante la firmeza de las medidas adoptadas en lo concerniente a las excepciones propuestas, mediante auto del 31 de enero de 2020, se dispuso citar a las partes para reanudar la celebración de la audiencia inicial, el 12 de febrero de la misma anualidad. Sin embargo, un día antes el apoderado de la demandada solicitó el aplazamiento de la diligencia judicial, para lo cual aportó excusa, circunstancia que fue aceptada por el despacho ponente.

39. Asimismo, estando el expediente en la Secretaría de la Sección Quinta, el 13 de febrero de 2020 el apoderado judicial del Senado de la República presentó escrito de recusación con el fin de que quien funge como instructora del proceso acumulado, fuera separada de su conocimiento, asunto que fue resuelto desfavorablemente por los demás integrantes de la Sala, en providencia del 19 de marzo del año que cursó, notificada el 2 de julio de 2020, teniendo en cuenta la suspensión de términos judiciales que tuvo lugar desde el 16 de marzo de 2020 al 30 de junio del mismo año, como consecuencia de la pandemia por COVID-19-[8]

40. El 30 de septiembre de 2020, en aplicación del Decreto 806 de la misma anualidad, el despacho conductor adoptó las siguientes decisiones: (I) incorporar al expediente los documentos aportados por la parte demandante en los escritos introductorios; (II) la sentencia del 27 de mayo del 2020, identificada con el número 56400, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se condenó a la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, por los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y el porte ilegal de armas; (III) negar las demás solicitudes probatorias efectuadas por la parte demandante y demandada[9];

6 Teniendo en cuenta la naturaleza del vicio endilgado al acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo, se consideró que no tiene relación alguna con las actuaciones desplegadas por el Consejo Nacional Electoral, ni con las competencias establecida para tal entidad, toda vez que según el artículo 265 de la Constitución Política no le corresponde dilucidar lo concerniente a la denominada "silla vacía", por ende, no se encontró mérito para mantener su vinculación en el presente proceso.

7 Esto como resultado de considerar que los cargos y el concepto de la violación fueron plasmados de manera clara y precisa en las demandas; que la normativa que actualmente rige el medio de control de nulidad electoral no contempla la procedibilidad del agotamiento de la jurisdicción, por el contrario, expresamente previó la figura de la acumulación en el artículo 282 de la Ley 1437 de 2011, con lo cual se torna imposible al operador judicial acudir a otras instituciones procesales ajenas para resolver el trámite especial del presente proceso y; que según el informe requerido a la Secretaría General del Senado de la República, el acto acusado no fue publicado, aunque debió darse a conocer de dicha forma de conformidad con el artículo 36 de la Ley 5 de 1992, el parágrafo del artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995 y la sentencia C-646 de 2000, motivo por el cual respecto del mismo no ha corrido el término de caducidad de que trata el artículo 164, numeral 2°, literal a) de la Ley 1437 de 2011, y en consecuencia, no había lugar a predicar la caducidad de la demanda.

8 Ver los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA2011527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

9 1) Oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que certifique los períodos constitucionales para los que resultó electa la señora Aída Merlano Rebolledo como representante a la Cámara y Senadora de la República.
2) Oficiar al Secretario General del Senado de la República o a quien haga sus veces para que certifique si la señora Aída Merlano Rebolledo tomó posesión del cargo como senadora para el período 2018-2022 y en caso tal explique las razones por las cuales no tomó posesión y explique en qué momento se generó la vacancia absoluta de su curul y porqué motivos fue suplida.
3) Fijar fecha y hora para adelantar diligencia de inspección

(IV) notificar a éstas la propuesta de dictar sentencia anticipada[10] y otorgar cinco días para que se pronunciaran al respecto.

41. La negativa de las pruebas fue impugnada por la parte demandada, que adicionalmente manifestó no estar de acuerdo con que se dictara sentencia anticipada, circunstancias frente a las cuales la magistrada ponente en auto del 3 de noviembre de 2020 confirmó la negativa de las pruebas y con posterioridad, el 19 de noviembre del mismo año, citó a los sujetos procesales a reanudar la celebración de la audiencia inicial para el 27 de noviembre de 2020[11].

42. En la diligencia de continuación de la audiencia inicial se fijó el litigio en los siguientes términos:

> *"(…) determinar si el acto de llamamiento de la señora* ***Soledad Tamayo Tamayo*** *como Senadora de la República, para lo que resta del período constitucional 20182022, que consta en el oficio de 28 de mayo de 2019 es nulo por contrariar lo normado en el artículo 134 de la Constitución Política y 278 de la Ley 5 de 1992.*
>
> *60. Concretamente, la Sala de decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado deberá determinar al momento de dictar sentencia si el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República es nulo por haberse expedido con:*
>
> ***i) Infracción de las normas en que debía fundarse***
>
> *61. Dado que con el acto de llamamiento se desconoció el artículo 134 Superior que contempla la prohibición de proveer una vacante en una corporación pública cuando ésta tenga como fundamento una medida de aseguramiento o una condena producto de un delito contra los mecanismos de participación democrática en cabeza de quien deba ocupar la curul.*
>
> *62. Para el estudio de este problema jurídico se deben resolver los siguientes interrogantes:*
>
> *63. ¿Se podría predicar que los efectos de la sentencia de nulidad electoral con radicado 11001-03-28-000-2018-00084-00 inciden o no en la materialización de la prohibición consagrada en el artículo 134 Superior en el caso en concreto?*
>
> *64. ¿Es posible predicar la figura del non bis in ídem en el caso en concreto teniendo en cuenta que al Partido Conservador Colombiano no se le permitió suplir la vacancia temporal que se presentó en la Cámara de Representantes como consecuencia de la captura de la señora Aída Merlano Rebolledo en el período 2014-2018?*

judicial sobre el expediente contentivo del proceso penal que se adelanta por la Corte Suprema de Justicia contra la Senadora Aída Merlano, ello con el fin de determinar la fecha exacta en que se dictó la orden de captura.
4)Trasladar desde el expediente 2019-00024 el informe rendido por el secretario general del Senado de la República con oficio de 8 de julio de 2019, visible a folios 37 a 40, para probar que el llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo tuvo su fundamento en la sentencia de nulidad electoral de la elección de la señora Aída Merlano.
5) Declaración del señor Jorge Humberto Mantilla, quien fungió como secretario general de la Cámara de Representantes en la legislatura 2014-2018, para que deponga sobre si a partir de la detención preventiva de Aída Merlano se ejecutó la sanción de la silla vacía, respecto de su curul en dicha célula legislativa.
6) Declaración de los señores Ernesto Macías y Gregorio Eljach, en su condición de presidente y secretario general del Senado de la República, respectivamente, para que depongan que el llamamiento enjuiciado se efectuó por razón y con ocasión de la declaratoria de nulidad de la elección de la señora Aída Merlano.
7) Declaración de la señora Aída Merlano Rebolledo en las instalaciones carcelarias para que conforme las circunstancias de tiempo, modo y lugar indique cómo se llevó a cabo su detención preventiva, el cargo que ocupaba a la fecha, su trayectoria política en el Congreso y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se declaró la silla vacía en la curul que ocupaba en la Cámara de Representantes.
8) Publicaciones de prensa destacadas por los demandantes, acerca del llamamiento cuestionado.
9) Declaración de la demandada sobre aspectos relativos a la comunicación del acto de llamamiento y su posesión.

10 Teniendo en cuenta la posibilidad de dictar sentencia de anticipada cuando existe común acuerdo entre las partes, conforme lo establece el artículo 13.2 del Decreto 806 de 2020.

11 Se exponen las anteriores circunstancias en aras de dar cuenta de lo acontecido entre la primera y la segunda parte de la audiencia inicial.

ii) Expedición irregular

65. Frente a este cargo se deberá verificar, si en el trámite de expedición del acto enjuiciado, se tuvo o no en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 278 de la Ley 5 de 1992 referente a que previo a proferir el acto definitivo de llamamiento debe obrar certificación de la organización electoral en la que conste en orden descendente quien es el candidato no electo que sigue en la lista para ocupar la curul. De ser negativa la respuesta, se deberá determinar su incidencia en el acto de llamamiento

iii) Falsa motivación

66. ¿Es falsa la motivación del acto demandado al tener como fundamento la sentencia de nulidad electoral proferida el 16 de mayo de 2019 con radicado 11001-03-28-000-2018-00084-00 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, cuando dicha providencia conforme lo establece el artículo 278 de la Ley 5 de 1992 no precisó la forma de suplir la vacante?".

1.8. Alegatos de conclusión

1.8.1. De la parte demandante

43. El señor Óscar Rodríguez Ortiz indicó que durante el trámite se acreditó que el acto de llamamiento cuestionado, se dictó con desconocimiento de la prohibición de que trata el artículo 134 de la Constitución Política y la jurisprudencia que se ha construido alrededor del mismo, acerca de la proscripción de proveer vacantes de corporaciones de elección popular de personas que fueron capturadas o condenadas por los delitos que establece la misma disposición, con lo cual adicionalmente se causó un "*gran detrimento al erario público que debe ser investigado por las autoridades competentes*".

44. Agregó, que "*es de conocimiento público, debido a que el cargo que ocupaba Merlano era constitucionalmente irreemplazable (,) la Corte Suprema ordenó al Congreso declarar la silla vacía al partido político ya que no se podrían beneficiar de los votos obtenidos de manera ilegal y con corrupción, hecho que se materializó con su retiro en el pasado mes de julio de 2020*".

45. En ese orden insistió en la declaratoria de nulidad de la decisión censurada y que con el objeto de que "*sea reparada la Nación por estos hechos, se compulse copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación por los disciplinables y punibles que se tipifiquen por esta conducta*".

46. Agregó que la sentencia que declaró la nulidad del acto de elección de la senadora Aída Merlano Rebolledo, no debe tener incidencia en la aplicación de la figura de la "silla vacía", de un lado, porque no dio alguna orden o instrucción relativa al reemplazo de la curul sobre la que recayó la decisión, y de otro, porque el artículo 134 de la Constitución es de aplicación inmediata y directa, de manera tal que los delitos que dieron lugar a su configuración, relacionados con las elecciones al Senado de la República para el período 2018-2022, deben tener incidencia en la curul que se obtuvo de forma contraria a los mecanismos de participación democrática en dicha corporación, so pena de que el Partido Conservador se vea beneficiado conservando la curul, a pesar de que avaló a una candidata que obró en contra del ordenamiento jurídico, que es precisamente lo que se pretende con la sanción de que trata la norma constitucional antes señalada.

47. Reiteró que como la sentencia que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo nada indicó sobre la posibilidad o imposibilidad de suplir la vacante, el acto de llamamiento controvertido al invocar como fundamento tal providencia, claramente incurrió en falsa motivación, máxime cuando no debe perderse de vista que los servidores

públicos sólo pueden hacer lo que está permitido por la Constitución y las leyes.

48. Finalmente, insistió en la existencia de expedición irregular, en atención a que para dictarse el acto de llamamiento debía contarse con la certificación en la que constara el listado de los candidatos que siguen en turno para ocupar la curul, conforme lo establece el artículo 278 de la Ley 5 de 1992, empero dicho documento sólo fue allegado un día después de proferido el acto acusado.

1.8.2. De la parte demandada

49. Reiteró los argumentos expuestos por ella y el Senado de la República, para justificar que la vacante que dejó la señora Aída Merlano Rebolledo en la corporación antes señalada, en cuanto: (I) tuvo lugar con ocasión de la sentencia que declaró la nulidad de la elección y, (II) que la sanción al Partido Conversador por la captura de aquélla por delitos contra los mecanismos de participación democrática, se purgó respecto del cargo de representante a la Cámara en que fue designada para el período 2014-2018, motivo por el cual no es posible extenderla respecto de la vacante en la que fue llamada la señora Soledad Tamayo Tamayo, so pena de vulnerar el principio de *non bis in ídem*.

50. Destacó que existen 2 decisiones que deben tenerse en cuenta frente al caso de autos, en tanto dan cuenta que sobre la sanción a que hace alusión el artículo 134 Superior con ocasión a la conducta de la señora Aída Merlano Rebolledo existe cosa juzgada. La primera, el fallo del 16 de mayo de 2019 dentro del proceso de nulidad electoral 2018-00084-00, en el que la parte demandante además de la nulidad del acto de elección de la ciudadana antes señalada como senadora para el período 2018-2022, pretendió que "*se excluya igualmente, para ser llamado a reemplazar a la demandante en la Corporación, los integrantes de la lista inscrita por el PARTIDO CONSERVADOR COLOMBIANO para la circunscripción nacional al Senado de la República*", petición que fue negada, a pesar de declararse la nulidad de la designación acusada. La segunda, la sentencia del 3 de septiembre de 2018 dentro del proceso 2018-01294, que declaró la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, en la que tampoco se decretó la aplicación de la "silla vacía" respecto de la curul a la que fue llamada la señora Soledad Tamayo Tamayo.

51. Sobre los principios de *non bis in ídem* y cosa juzgada, trajo a colación algunas consideraciones de la referida sentencia del 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado y del fallo de tutela del 2 de julio de 2019 de la Sección Primera de la misma Corporación[12], sobre el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018[13], relativo a los casos en que por los mismos hechos se tramitan procesos de nulidad electoral y pérdida de investidura.

52. En cuanto el cargo de expedición de irregular, porque supuestamente el acto de llamamiento no tuvo en cuenta la certificación de la organización electoral en la que conste el orden descendente de los candidatos que podrían ser llamados afirmó:

> "*De lo anterior, simplemente se constata que la doctora SOLEDAD TAMAYO*

12 Rad. 11001-03-15-000-2019-01604-00.

13 "ARTÍCULO 1o. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.
Se observará el principio del debido proceso conforme al artículo 29 de la Constitución Política.
PARÁGRAFO. Se garantizará el non bis in ídem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura.
En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal".

TAMAYO seguía en el orden descendente de candidatos no electos. No obstante, en ningún apartado del artículo 278 de la Ley 5 de 1992, vincula la expedición de dicho certificado con el sistema de remplazos establecido, por cuanto el remplazo se generó por la nulidad electoral de Aída Merlano, la cual fue proferida (el) 16 de mayo de 2019 (…), donde en ningún momento establece sanción alguna (…)

Así las cosas, determinar la valoración sobre el impacto de los efectos por parte del juez electoral que debió hacerlo en su momento, resulta inocuo, como quiera que no es atribuible a la doctora SOLEDAD TAMAYO TAMAYO que las autoridades judiciales electorales competentes no le realizaran, y si el propio Senado de la República a través de su presidente y secretario general de la época determinaron realizar el mencionado llamamiento es porque legalmente podían hacerlo, al no existir sustento legal robusto que permitiera dar una aplicación distinta al artículo 278 de la Ley 5 de 1992".

1.8.3. Alegatos del Senado de la República

53. Reiteró los argumentos que expuso al contestar la demanda sobre la imposibilidad de predicar que el acto de llamamiento acusado es contrario al artículo 134 Superior, so pena de violar el principio de non bis in ídem y desconocer que la vacante se generó con ocasión del fallo de nulidad electoral contra la designación de la senadora Aída Merlano, situación ante la cual el Senado siguió el procedimiento legalmente establecido en la Ley 5 de 1992, llamando a la persona que según el formulario E-26 SEN respectivo debía ocupar la curul, "*sin importar que el llamado se hubiere hecho antes de haberse expedido la certificación del Consejo Nacional Electoral, pues una vez, cumplido con estos requisitos se debe proceder a tomar juramento al Congresista que corresponda dentro de los 8 días siguientes al llamado, so pena de Perder la Investidura, si fuere por su culpa*".

1.9. Concepto del Ministerio Público

54. Solicitó que se declare la nulidad del acto de llamamiento por las siguientes razones:
55. Indicó que la Sala de Juzgamiento de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de septiembre de 2019, condenó a la señora Aída Merlano Rebolledo como autora de los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y porte ilegal de armas, decisión que fue confirmada el 27 de mayo de 2020 por la Sala de Casación Penal de la misma Corporación, que además precisó, que respecto de la vacante que dejó aquélla como senadora de la República, operó la silla vacía en aplicación del artículo 134 constitucional, en consecuencia, dispuso remitir el fallo a la mesa directiva del Senado para que atendiera la norma superior, pues estimó que el llamado que se hizo a ocupar la mentada curul carece de justificación, máxime cuando la señora Merlano Rebolledo se encontraba capturada por delitos contra los mecanismos de participación democrática, asociados a su elección como senadora.

56. No obstante, aseveró que la sentencia que se profiera en el trámite de la referencia no carece de objeto, pues el acto de llamamiento produjo efectos durante un lapso, y además, que resulta necesario se establezca una clara línea interpretativa sobre el alcance del artículo 134 de la Constitución Política.

57. Seguidamente, hizo un recuento de los hechos que rodearon la medida de aseguramiento y condena de la señora Aída Merlano Rebolledo y los procesos de nulidad electoral y pérdida de investidura adelantados en su contra, destacando que, a juicio de la parte demandada, la vacante que dio lugar al acto de llamamiento no se generó por la orden de captura de aquélla, sino por el fallo que declaró la nulidad de su elección, por lo que no resultaba aplicable la norma antes señalada;

posición que manifestó no compartir, en consideración a que un debido entendimiento del precepto invocado da cuenta de que la vacante se generó por el hecho que la referida ciudadana para el momento en que fue elegida estaba en la imposibilidad de posesionarse en razón a la medida privativa de su libertad, asociada a la presunta comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática, lo que implicaba que mientras se profiriera una decisión de libertad provisional o una sentencia absolutoria, el cargo no podía ser ocupado, así posteriormente se presentaran otras circunstancias frente a la elegida.

58. En tal sentido recordó, que uno de los propósitos principales del artículo 134 Superior es hacer exigible a las organizaciones políticas el hecho de avalar candidatos respecto de los cuales se dictaron órdenes de captura o condenas por los delitos mencionados en el mismo precepto, y por lo tanto, que mientras la situación penal no fuera aclarada, -absolución o condena- no podría disponerse de la curul frente a la cual se concedió el aval al candidato involucrado.

59. En ese orden de ideas, sostuvo que "*desde el momento en que se declaró la elección de AIDA MERLANO REBOLLEDO como senadora -19 de julio de 2018-, la medida de seguridad de detención en establecimiento carcelario impedía al partido político que la avaló hacer uso de la curul hasta tanto se tomara una decisión que definiera la situación jurídica de aquella. No se trata de una nueva sanción para el partido, como lo intentan advertir en los escritos de contestación, sino la prolongación de las consecuencias de su conducta, en donde la organización que la avaló estaba obligada a responder entre otras, con i) la pérdida de la posibilidad de hacer uso de la curul hasta tanto se profiriera la sentencia penal (…).* Añadió "*que si bien el partido Conservador no pudo hacer uso de la curul que ocupaba AIDA MERLANO REBOLLEDO como representante a la Cámara 2014-2018, cuando en abril de 2018 se hizo efectiva la medida y, por el tiempo que le restaba del período -3 meses-, lo cierto es que MERLANO REBOLLEDO fue electa senadora y fue frente a esta curul, en la que se proyectaron los efectos de la decisión que la tenía privada de libertad y, que como tal, le impidió tomar posesión del cargo, lo que igualmente imposibilitaba al partido hacer uso de ella, como en efecto no lo hizo hasta tanto se consideró que la sentencia del Consejo de Estado lo habilitaba para ello*".

60. Destacó que "*no se puede hablar de una doble sanción para el partido que inscribió a MERLANO REBOLLEDO, en tanto este había avalado a la investigada para el cargo que ocupaba al momento en que se dictó la medida de seguridad detención preventiva en establecimiento carcelario y que dio origen a su captura, período 2014-2018, e igualmente la avaló para el cargo para el cual fue electa, Senado de la República, período 2018-2022, en donde, por la conducta objeto de investigación no pudo tomar posesión y, en consecuencia, el partido estaba obligado a esperar que se definiera la situación jurídica de aquella, lo que se configuró con la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 20 de mayo de 2020 que condenó a MERLANO REBOLLEDO por uno de los delitos que enuncia el artículo 134 constitucional, fundamento para advertir la imposibilidad del partido conservador de ocupar la curul para el período constitucional que restaba 2018- 2022*".

61. De otra parte argumentó, que el fallo de nulidad electoral contra la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo no tiene la virtualidad de afectar o cambiar el correcto entendimiento del artículo 134 de la Constitución Política, porque una vez se configura la situación de silla vacía, el partido que respaldó al candidato involucrado sólo puede disponer de la curul una vez se resuelva el respectivo proceso penal, pues sólo así se cumple el propósito del Constituyente de responsabilizar a las agrupaciones

políticas por conceder avales a personas sujeto de investigaciones por los hechos punibles descritos en la norma constitucional.

62. Aseveró que entender que desaparece la configuración de la silla vacía por la declaración de la nulidad de la elección del congresista, su incapacidad permanente, o cualquier otra situación que origine una falta absoluta, implicaría vaciar de contenido la sanción que el Constituyente impuso a los partidos y movimientos políticos por otorgar avales a personas que son llamadas a responder ante la justicia penal por determinados delitos.

63. Así la cosas, concluyó que la "*mesa directiva del Senado de la República no podía llamar a la demandada a ocupar la curul que le correspondía a MERLANO REBOLLEDO, bajo el argumento de la configuración de una falta absoluta en razón de la nulidad electoral declarada por la Sección Quinta, porque esa circunstancia, se insiste, no podía enervar los efectos previstos en el artículo 134 constitucional sobre la imposibilidad del partido o movimiento político de ocupar la curul, hasta tanto se defina la situación jurídica que dio origen a la silla vacía*".

64. En cuanto al cargo de falsa motivación, luego de exponer de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado los principales eventos en que tiene lugar, simplemente afirmó que es evidente su configuración, "*porque la mesa directiva omitió tener en cuenta hechos diversos a la nulidad electoral que declaró la Sección Quinta, los cuales le hubieran impedido de proferir el acto acusado*".

1.10. Solicitud de conocimiento del asunto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

65. En escrito presentado el 14 de diciembre del 2020, el apoderado de la parte demandante solicitó que el fallo del proceso de nulidad electoral de la referencia fuera proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, considerando que "*existen motivos de importancia jurídica, de trascendencia social y criterio de especialidad", que a su juicio, conllevan a "la necesidad de definir, en sentencia de unificación jurisprudencial, aspectos esencial (sic) del tema objeto de debate, consistente en la definición de la aplicación de silla vacía (sic) para una curul en el Senado de la República cuando quiera que esta ya ha sido decretada en la Cámara de Representantes y analizar sus implicaciones o intromisiones competenciales de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia en el marco de un proceso penal sobre la materia*".

66. Esta petición fue negada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante auto del 16 de marzo de 2021, en consideración a que: (I) La argumentación expuesta por el apoderado de la demandante no permite identificar aspectos subjetivos u objetivos que lleven a determinar la trascendencia social que alega tiene el presente asunto. (II) Ante la presunta importancia jurídica, se limitó a citar una sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado[14], en la que se describe el contenido de este concepto, sin dar cuenta de su aplicación al caso concreto. (III) Respecto del "*criterio de especialidad*", se advirtió que legalmente no constituye un parámetro para que el asunto sea asumido por la Sala Plena de la Corporación.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

67. La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia el presente proceso, en

14 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 26 de marzo. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación 54001-23-31-000-2002-01809-01 (45523).

virtud de lo establecido en el numeral 3º[15] del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13 del Acuerdo No. 080 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.2. Problemas jurídicos

68. Como se estableció en la fijación del litigio, el problema principal consiste en determinar si el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como Senadora de la República, para lo que resta del período constitucional 2018-2022, que consta en el oficio de 28 de mayo de 2019, es nulo por contrariar lo normado en los artículos 134 de la Constitución Política y 278 de la Ley 5 de 1992, y/o incurrir en falsa motivación por tener presuntamente como fundamento la sentencia de nulidad electoral proferida el 16 de mayo de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del radicado 11001-03-28-000-2018-0008400.

69. En cuanto a la violación del artículo 134 Superior deben resolverse varios interrogantes a saber.

A. Si frente a la posibilidad de predicar o no respecto de la curul al Senado de la República en que fue elegida la señora Aída Merlano Rebolledo, existen pronunciamientos con fuerza de cosa juzgada que condicionen el juicio de legalidad sobre el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo para ocupar el mencionado cargo.

Concretamente, se hace referencia a la sentencia del 16 de mayo de 2019 del proceso de nulidad electoral 2018-00084-00, a través de la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció sobre la legalidad de la elección de la entonces senadora Aída Merlano Rebolledo; y al fallo del 3 de septiembre de 2018 dentro del proceso 2018-01294, mediante el cual la Sala 23 Especial de Decisión de la Sala Plena de la misma corporación decidió una demanda de pérdida de investidura contra la anterior ciudadana, pronunciamientos a los que hizo alusión la parte demandada al alegar de conclusión.

De otro lado, se incluirá entre las providencias a analizar, la sentencia del 27 de mayo del 2020, identificada con el número 56400, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se confirmó la condena a la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, por los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y porte o tenencia ilegal de armas de fuego de defensa personal.

La revisión de la presunta configuración de cosa juzgada se efectuará en razón a que de conformidad con el artículo 187 del CPACA en concordancia con el artículo 281 del CGP, la sentencia debe pronunciarse sobre las excepciones alegadas y cualquier otra que se encuentre probada, lo que implica el análisis de las circunstancias que se opongan total o parcialmente a la prosperidad de las pretensiones elevadas.

B. En segundo lugar, debe establecerse si respecto de la curul a la que fue llamada la demandada, operó o no la prohibición de que trata el artículo 134 Superior, por la orden de captura o medida de seguramiento contra la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, que tuvo como sustento la presunta comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática. Para tal efecto, se analizarán especialmente dos circunstancias:

15 El numeral 3° del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, ha sido invocado por esta Sección en otras oportunidades, cuando se han controvertido actos de llamamiento para ocupar vacantes de Congresistas de la República. En tal sentido ver: (I) Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 17 de mayo de 2018, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-28000-2017-00031-00. (II) Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 17 de julio de 2014, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-28-000-2013-00040-00.

Si se podría predicar que los efectos de la sentencia de nulidad electoral del 16 de mayo de 2019 con radicado 11001-03-28-000-2018-00084-00, inciden o no en la materialización de la prohibición consagrada en el artículo 134 Superior en el caso en concreto.

Si es posible predicar la figura del non bis in ídem, teniendo en cuenta que al Partido Conservador Colombiano no se le permitió suplir la vacancia temporal que se presentó en la Cámara de Representantes, como consecuencia de la captura de la señora Aída Merlano Rebolledo en el período 2014-2018.

70. Esclarecidos los anteriores asuntos, corresponde establecer si el acto demandado al tener presuntamente como cimiento la sentencia de nulidad electoral proferida el 16 de mayo de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, incurrió en falsa motivación.

71. De otra parte, frente al artículo 278 de la Ley 5 de 1992, fundamento del cargo de expedición irregular, se debe verificar si para la expedición del acto enjuiciado se siguió o no el procedimiento establecido en dicha norma, referente a que previo a efectuar el llamamiento debe obrar certificación de la organización electoral en la que conste quién es el candidato no electo que sigue en la lista para ocupar la curul. De ser negativa la respuesta, se deberá determinar su incidencia en el acto de llamamiento.

72. Antes de resolver las cuestiones planteadas, en especial las atinentes al artículo 134 de la Constitución Política, se realizarán algunas consideraciones sobre la prohibición de reemplazar a los miembros de corporaciones de elección popular respecto de los cuales se han dictado órdenes de captura o sentencias condenatorias, por los delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

2.3 De la prohibición del artículo 134 constitucional

73. La aludida prohibición, contenida en el artículo 134 de la Constitución Política, ha presentado algunas modificaciones, que en anteriores oportunidades ha descrito la Sección[16] a fin de resaltar sus elementos más relevantes.

74. El artículo 134 original de la Constitución[17] se ocupó de regular cómo debían suplirse las vacancias absolutas generadas por los congresistas, indicando simplemente que lo serían "*por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente*".

75. Posteriormente, con el Acto Legislativo Nº 01 de 1993[18], se amplió el ámbito de aplicación de la norma, al hacer referencia no sólo al Congreso, sino a los miembros de las corporaciones públicas. Además, estimó que "*era necesario establecer con mayor detalle cómo debía escogerse a la persona que supliría la falta absoluta, para lo cual se consagró la figura de los suplentes*"[19].

76. En el año 2009 a través del Acto Legislativo 01, se estipuló que los miembros de las corporaciones públicas de elección popular no tendrían suplentes;

16 Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 30 de agosto de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2017-00606-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 16 de mayo de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2018-00467-01.

17 ARTICULO 134. Las vacancias por faltas absolutas de los congresistas serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente.

18 En virtud del cual el artículo 134 quedó así: "Las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral."

19 Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 30 de agosto de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33000-2017-00606-01.

se previó una regulación más específica en cuanto a las faltas temporales y absolutas de los miembros de aquéllas y; se implementó un mecanismo para depurar la composición de las mismas y sancionar a las colectividades políticas que respaldaron a candidatos involucrados en investigaciones de carácter penal relacionadas "*con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad*".

77. En virtud del Acto Legislativo Nº 01 de 2009, el artículo 134 de la Constitución rezaba:

> *"Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada, y aceptada por la respectiva Corporación, sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de investidura, condena penal o medida de aseguramiento* ***por delitos distintos a los relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad*** *o cuando el miembro de una Corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el Parágrafo Transitorio 1o del artículo 107 de la Constitución Política.*
>
> *En tales casos, el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.*
>
> *Como consecuencia de la regla general establecida en el presente artículo,* ***no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad****. La sentencia condenatoria producirá como efecto la pérdida definitiva de la curul, para el partido al que pertenezca el miembro de la Corporación Pública.*
>
> *No habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo.* ***La renuncia de un miembro de corporación pública de elección popular, cuando se le haya iniciado vinculación formal por delitos cometidos en Colombia o en el exterior, relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, generará la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal o edil, y no producirá como efecto el ingreso de quien corresponda en la lista****. Las faltas temporales no darán lugar a reemplazos.*
>
> *Cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una Corporación Pública, para todos los efectos de conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas.*
>
> *Si por faltas absolutas, que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falte más de dieciocho (18) meses para la terminación del período.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El régimen de reemplazos establecido en el presente artículo se aplicará para las investigaciones judiciales que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo" (El destacado es nuestro).

78. Sobre la referida reforma, la Sección en providencia del 30 de agosto de 2017 indicó:

"Como puede observarse, a través el Acto Legislativo Nº 01 de 2009 no solo se eliminó la figura de los suplentes, sino que se creó un sistema complejo que, según las circunstancias, derivaría bien en la ***figura del llamamiento,*** *o en lo que comúnmente se conoció como la "Silla Vacía".*

En efecto, la aludida reforma constitucional buscó diferenciar los eventos en los que era posible que la vacancia dejada por un miembro de una corporación pública permitiera que una nueva persona pudiera ocupar el cargo. Por ello, la Constitución distinguió entre la falta temporal y la falta absoluta.

Frente al primero evento -falta temporal- se consagró, simple y llanamente que esa circunstancia no daría lugar al reemplazo; por su parte, respecto al segundo evento -falta absoluta- se determinó que dependiendo de la causa que la originara se podía hacer o no el reemplazo correspondiente.

Así las cosas, si la falta absoluta se originaba en circunstancias de fuerza mayor como la muerte o la incapacidad física absoluta para el desempeño del cargo, el miembro de la Corporación Pública podía ser sustituido por el candidato de su partido que le siguiere en votación y no hubiese resultado electo -en el caso de listas abiertas-, o por quien continuara en orden de inscripción -en el evento de lista cerrada-, es decir, en esos casos sería posible hacer un llamamiento.

Lo propio sucedería si la falta absoluta se derivaba de la declaratoria de nulidad de la elección, de la renuncia aceptada, la sanción disciplinaria, la pérdida de investidura y/o la condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.
En ***contraste****, el Constituyente prohibió el reemplazo del miembro de la Corporación Pública cuya falta absoluta se originara en la orden de captura emitida "dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad." En otras palabras, si la incapacidad para desempeñar el cargo de elección popular se fundamentaba en las causas antes descritas, no existía la posibilidad de que la curul pudiera ser ejercida por otro candidato del partido de la persona que había sido despojada de su dignidad.*

Lo anterior, por cuanto como se explicó en precedencia lo que se buscaba era depurar a las colectividades políticas e imponerles, si se quiere, una sanción por permitir que personas con nexos con grupos al margen de la ley militaran en sus filas. En efecto, la consecuencia directa de esta prohibición era la imposibilidad de reconformar la bancada, y por ende, limitar la toma decisiones de la colectividad (…)"[20] (subrayado fuera de texto).

79. A las anteriores consideraciones resulta necesario agregar como se indicó en providencia del 5 de septiembre de 2013[21], que el inciso 4° del artículo 134 Superior (en virtud de la aludida reforma) precisó que "*las renuncias no justificadas con ocasión a la vinculación formal por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación*

20 Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 30 de agosto de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33000-2017-00606-01.

21 Consejo de Estado, Sección Quinta, contra la sentencia del 5 de septiembre de 2013, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 54001-23-31-000-2012-00097-01.

democrática o de lesa humanidad, la cual trae como consecuencia la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal y edil y la imposibilidad de ser reemplazado. ***Con este aparte de la norma el constituyente quiso evitar que los partidos eludieran su responsabilidad para ser objeto de la sanción de la silla vacía, esto es, con o sin dimisión en razón a las acciones graves anteriormente señaladas no hay lugar al reemplazo, por lo tanto, los efectos son para el acusado y para la colectividad a la que pertenece***" (subrayado y destacado propio).

80. Finalmente, en el año 2015 se llevó a cabo la más reciente reforma al artículo 134 Superior, en la que se establecieron algunas reglas para la provisión de faltas absolutas y temporales de los miembros de las corporaciones públicas, mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, y además, en lo referente a la silla vacía, por un lado, se incluyeron los delitos dolosos contra la administración pública, y de otro, se subrayó que **en ningún caso** la curules que se encuentren en la situación de que trata la misma norma podrán ser provistas con otros candidatos, esto en aras de destacar el carácter autónomo y estricto de la referida prohibición. Con la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 02 de 2015, la norma actualmente es del siguiente tenor:

"Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

***En ningún caso** podrán ser reemplazados quienes **sean condenados** por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. **Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente** en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes **se profiera orden de captura** dentro de los respectivos procesos.*

Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.

Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad ***y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.***

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo."

81. Los elementos más relevantes de esta norma fueron descritos en el auto del 8 de agosto de 2019 proferido dentro del presente proceso[22], al resolver la solicitud de suspensión provisional del acto de llamamiento cuestionado, así:

"Conforme con lo anterior, es claro que los congresistas no pueden tener suplentes, como ocurría en el pasado; sin embargo, la norma establece que cuando se generen algunas vacancias absolutas o temporales, la curul puede ser ocupada por candidatos no elegidos según el orden de inscripción –en el caso de lista cerrada- o de votación –en el evento de lista abierta con voto preferente-.

De manera concreta, la norma constitucional consagra como vacancias absolutas que dan lugar a reemplazo:

- *La muerte.*
- *La incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo.*
- *La declaratoria de nulidad de la elección.*
- *La renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación.*
- *La sanción disciplinaria de destitución.*
- *La pérdida de investidura.*

De igual forma, establece como faltas temporales que dan lugar a reemplazo:

- *La licencia de maternidad.*
- *Y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos* ***diferentes*** *a los relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad.*

Ahora bien, la norma también consagra casos específicos en que los congresistas no pueden ser reemplazados:

- *Aquellos que han sido condenados por los delitos antes relacionados. (Falta definitiva)*
- *Quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente a procesos penales por dichos delitos. (Falta definitiva)*
- *Quienes han sido objeto de orden de captura dentro de los referidos procesos penales. (Falta temporal)*

Esta prohibición de reemplazo es la que se conoce doctrinariamente con el nombre de "silla vacía"; con ella se busca que la agrupación política que avaló o respaldó al congresista que posteriormente resultó investigado y/o condenado por los delitos anteriormente relacionados, pierda la curul en el Congreso, a manera de sanción por la conducta cometida por el avalado.

Frente al punto, esta Corporación ha dicho: "(...) la introducción de esta norma en el ordenamiento jurídico se convierte en una medida que acentúa la depuración de las Corporaciones Públicas, lo que trae como consecuencia que aquellas tengan un reajuste institucional en su interior que a su turno también implicará un mejor ejercicio del Poder Público y un equilibrio en su ejecución.

Adicional a lo anterior, la sanción a los partidos políticos por la ampliación de la silla vacía a delitos contra la Administración Pública hace que aquellos adopten filtros en la escogencia de los candidatos. Así, en ese control previo, se garantizará que el ejercicio del poder público se realice por personas decorosas lo que permite que el poder no se desborde en favor de intereses personales sino que se ejecute en beneficio del interés general, manteniendo de esta forma un equilibrio del Poder Público". [23]

Asimismo, la norma persigue disciplinar a los partidos políticos, según se desprende de los debates que se presentaron durante la discusión en el Congreso del proyecto

22 Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de agosto de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-0328-000-2019-00024-00.

23 Ponencia para primer debate en segunda vuelta al proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado. Gaceta del Congreso del 13 de mayo de 2015.

que dio lugar a la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015:

"Para complementar los esfuerzos de democratización e institucionalización de los partidos, se propone avanzar también en la lucha contra la corrupción, para lo cual la reforma también establece la implementación de la Silla Vacía para los delitos dolosos contra la administración pública, como mecanismo no solo sancionatorio para los partidos, que no hagan el análisis y seguimiento de las calidades y antecedentes del candidato necesarios para dar su aval y presentarlo dentro de su lista, sino que constituye en sí mismo un estímulo para la disciplina de partidos, en la medida en que obliga a establecer dinámicas internas para la selección de los candidatos".

***El mecanismo de la silla vacía constituye entonces una sanción tanto para los partidos políticos, como para los titulares de las curules**. Así, en la ponencia para primer debate en segunda vuelta se estableció:*

*"Desde la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, el Constituyente derivado estableció que aquellos miembros de Corporaciones Públicas que incurrieran en delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad en ningún caso podrían ser reemplazados en su cargo. Esta prohibición fue denominada la silla vacía, constituida como **una sanción para los titulares de los escaneos y, en suma, para los partidos políticos, puesto que las curules que habían obtenido a través de los sufragios electorales, a partir de la vigencia de esa norma, quedan sin titular lo que a su turno significa que la representación del partido político se disminuye y, en consecuencia, su poder de decisión político también se afecta**". (…)".*[24]

Ahora bien, en lo que respecta al alcance del efecto de la silla vacía, es decir la prohibición de reemplazar al servidor público, encuentra la Sala que evidentemente dicha medida impacta la integración y el funcionamiento del Congreso de la República y sus comisiones."[25]

*Conforme con lo expuesto, **la denominada "silla vacía" es una sanción para los partidos y movimientos políticos que han avalado congresistas** que han participado en actividades delictivas relacionadas con grupos armados ilegales al margen de la ley, narcotráfico, contra la administración pública, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad; **que impide la agrupación política en cuestión ocupe con otro integrante, la curul del congresista investigado o condenado, lo cual afecta además el quorum de la respectiva Cámara**"* (subrayado y destacado fuera de texto).

2.4 Caso concreto

2.4.1. De la presunta existencia de cosa juzgada

82. Como lo ha precisado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, la cosa juzgada "*se trata de una institución de naturaleza procesal, en virtud de la cual "[…] los asuntos respecto de los que exista una decisión ejecutoriada no pueden volver a ser ventilados ante la jurisdicción […]"*[26]*. Asimismo, se explicó que*

24 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 5 de septiembre de 2013. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00097-01.

25 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente 11001-03-06-000-2017-00202-00 (2364). Concepto del 6 de diciembre de 2017. M.P. Dr. Germán Bula Escobar.

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia proferida el 7 de diciembre de 2017; proceso identificado con el número único de radicación 05001233300020150225 3-01 Consejero Ponente, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

dicha institución ha sido asimilada al principio del non bis in ídem y que este tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltos a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. […] En igual sentido, la Corte Constitucional ha considerado que la cosa juzgada es una institución orientada a garantizar la seguridad jurídica y la definió como la "[…] cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto […]"[27]"[28].

83. Añádase a lo anterior, que el artículo 303 del Código General del Proceso[29] aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, señala que se configura la cosa juzgada cuando el nuevo proceso presenta identidad de partes, objeto y causa petendi, elementos respecto de los cuales esta corporación ha precisado:

> "(…) se configura la cosa juzgada cuando el nuevo litigio presenta identidad en los siguientes tres elementos, a saber:[30]
>
> **i. Partes.** Quienes concurren al nuevo proceso deben ser idénticas personas, naturales o jurídicas, que figuraban como sujetos procesales en el anterior.
>
> **ii. Objeto.** Las pretensiones elevadas en el nuevo proceso son iguales a las reclamadas en el primero ya decidido.
>
> **iii. Causa *petendi*.** El motivo o razón que fundamentó la primera demanda se corresponde con el invocado en la segunda"[31].

84. Se recuerda en qué consiste la cosa juzgada, en consideración a que la parte demandada la invocó para argumentar que se han proferido 2 pronunciamientos que definieron que respecto de la curul a la que fue llamada no aplica la sanción de la silla vacía, es decir, la prohibición de proveerla porque la persona que fue elegida para la misma con anterioridad, fue capturada por delitos contra los mecanismos de participación democrática.

85. La primera providencia a la que se hace alusión, es la sentencia del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad electoral 2018-00084-00, que anuló la elección como senadora de la señora Aída Merlano Rebolledo para el período 2018-2022. Al revisar con detenimiento esta providencia, en la que se dio cuenta de cuál fue la fijación de litigio y de los problemas jurídicos a resolver, se advierte que las consideraciones efectuadas giraron en torno a:

- Si se debe declarar la nulidad del acto de elección de la señora Aída Merlano Rebolledo como senadora de la República para el período 2018 – 2022.
- Con tal propósito, se valoraron las pruebas invocadas por la parte accionante para acreditar las prácticas contrarias a la libertad del elector adelantadas por la señora Merlano Rebolledo.
- Luego de encontrar acreditado lo anterior, se estableció que tales

27 Corte Constitucional, sentencia T-565 de 18 de octubre de 2016; magistrada ponente, doctora Gloria Stella Ortiz Delgado.

28 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo del 22 de octubre de 2019, M.P. Hernando Sánchez Sánchez. Rad. 11001-03-15-000-2018-01294-01

29 «Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.(…)».

30 Al respecto, se puede consultar la sentencia del 26 de octubre de 2017, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, expediente 76001-23-33-000-2013-00041-01 (0692-16), M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

31 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 25 de febrero de 2021, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Rad. 25000-23-42-000-2018-02360-01(5803-19).

conductas, de tipo subjetivo, atentaron contra los principios democráticos que deben regir los procesos electorales y por tanto, que el acto demandado fue proferido con violación de las normas en que debía fundarse, concretamente, los artículos 40 numeral 1 y 258 de la Constitución Política.

- Se precisó que la causal invocada es de naturaleza subjetiva, que busca reprochar conductas corruptas, contrarias a la democracia, y por tanto, que bastaba con demostrar que la demandada incurrió en prácticas corruptas tendientes a afectar la libertad de los votantes, para declarar la nulidad de su elección, independientemente de las conclusiones a las que en otros procesos, como por ejemplo de tipo penal o de pérdida de investidura, se arribe.
- Además, que por ser una causal de nulidad subjetiva, no había lugar a excluir la votación obtenida por la demandada.
- Finalmente, en lo que tiene que ver con la pretensión de declarar la nulidad de la Resolución 1539 del 16 de julio de 2018, a través de la cual el Consejo Nacional Electoral negó la solicitud elevada por la Procuraduría General de la Nación de no declarar la elección de la demandada, se precisó que es un acto no susceptible de estudio en el medio de control de nulidad electoral, por lo que no había lugar a acceder a tal solicitud.

86. Por lo tanto, en modo alguno se evidencia que se haya planteado como problema a resolver, si respecto de la curul para la que fue elegida la señora Aída Merlano como senadora para el período 2018-2022, había lugar o no a predicar la silla vacía, en consecuencia, tampoco se efectuaron consideraciones o adoptaron decisiones sobre tal asunto, pues las únicas determinaciones giraron alrededor de (I) la legalidad de la elección de la anterior ciudadana y (II) la imposibilidad revisar en sede de nulidad electoral, la validez de la resolución del CNE que negó la solicitud elevada por la Procuraduría General de la Nación de no declarar la designación cuestionada en dicho proceso.

87. Además, como se desprende de los aspectos antes señalados, salta la vista que en el proceso que dio lugar al fallo del 16 de mayo de 2019, la parte demandada fue la señora Aída Merlano y tenía por objeto la anulación de su elección como senadora de la República, porque su designación se produjo con desconocimiento de principios democráticos que deben regir los procesos electorales y por tanto, de las normas que consagran éstos, como los artículos 40 y 258 de la Constitución Política, es decir, se trató de un trámite judicial con partes, objeto y causa petendi distintos al asunto de la referencia, por lo que es incorrecto considerar que existe cosa juzgada.

88. Es más, revisada con detenimiento la referida providencia, que guarda relación con la presente controversia, en la medida que analizó la legalidad de la elección de la persona que reemplazó la señora Soledad Tamayo Tamayo, se observa que no realizó ni adoptó decisión alguna respecto a si la curul para la que fue elegida la señora Aída Merlano Rebolledo le era o no aplicable la prohibición de que trata el artículo 134 de la Constitución Política, pues tal asunto no fue incluido en la fijación de litigio[32].

89. A la misma conclusión se llega respecto de la segunda providencia invocada por la parte demandada, el fallo del 3 de septiembre de 2018 dictado dentro del proceso 2018-01294[33], mediante el cual la

32 Según la transcripción de éste que hizo la sentencia del 16 de mayo de 2019.

33 Consejo de Estado, Sala 23 Especial de Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo del 3 de septiembre de 2018, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 11001-03-15-000-2018-01294-00.

Sala 23 Especial de Decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado declaró la pérdida de investidura a la señora Aída Merlano Rebolledo, que valga decir, fue confirmado por la Sala Plena de la misma Corporación mediante sentencia del 22 de octubre de 2019[34].

90. Lo anterior en la medida que según estos fallos, la controversia se circunscribió a establecer si había o no lugar a declarar la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, como senadora elegida para el período constitucional 2018-2022, cuestión que a la que se respondió afirmativamente, al comprobarse con ocasión de la investigación y el proceso penal adelantado en su contra, relacionado con hechos de corrupción para ser elegida en la anterior dignidad, que se violaron los topes máximos de financiación de las campañas electorales y que la mencionada ciudadana "*obró con la intención, el querer o la voluntad de quebrantar la ley o que fue negligente o descuidada y no tomó las medidas necesarias para evitar que ello ocurriera, es decir, que su actuación estuvo prevalida de dolo o culpa, según los precisos términos del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018*[35]", por lo que se configuró la causal de pérdida de investidura prevista en los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011.

91. Por lo tanto, en el proceso que dio lugar a la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, tampoco se realizó consideración alguna sobre la aplicación de la silla vacía y mucho menos se tomó alguna decisión sobre el particular, en razón a que tales asuntos ni siquiera fueron puestos de presente en la discusión correspondiente, por lo que no puede considerarse que constituyan pronunciamientos que condicionen el análisis de los aspectos determinantes de la controversia de la referencia, y mucho menos, que existe cosa juzgada frente a la misma, pues entre las partes, el objeto y la causa petendi de los procesos en cuestión no hay coincidencia.

92. Ahora bien, en ese acápite se ha estimado pertinente incluir la sentencia del 27 de mayo del 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la condena a la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, por los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y porte o tenencia ilegal de armas de fuego de defensa personal, cometidos con ocasión de su campaña electoral al Senado de la República para el período 2018-2022, en razón a que en dicha sentencia luego de establecerse la responsabilidad de la anterior ciudadana, se realizaron las siguientes consideraciones sobre la imposibilidad de llamar a otro candidato para que ocupara la curul, la cuales tuvieron lugar porque el Ministerio Público solicitó que se revocara la decisión de primera instancia[36] en cuanto se abstuvo de remitir copia del fallo condenatorio al Congreso para que se aplicara la figura de la silla vacía:

> "***Cuarto.*** *El Ministerio Público solicita que se revoque el numeral 11 de la decisión de primera instancia, en el que la Sala de primera instancia se abstuvo de remitir copia de la sentencia para que el Congreso de aplicación a la figura de la "silla vacía".*
>
> *En principio parecería que el aparte de la sentencia de primera instancia objeto de impugnación no contiene una decisión en sí misma. Sin embargo, la motivación, que se integra con la parte resolutiva de la providencia, permite apreciar que se trata de un acto sustancial relacionado con la aplicación directa de la Constitución y no de*

34 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo del 22 de octubre de 2019, M.P. Hernando Sánchez Sánchez. Rad. 11001-03-15-000-2018-01294-01.

35 Consejo de Estado, Sala 23 Especial de Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo del 3 de septiembre de 2018, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Rad. 11001-03-15-000-2018-01294-00.

36 Del 12 de septiembre de 2018, proferida por la Sala de Juzgamiento de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia.

un mero acto de trámite en el cual la Sala de Juzgamiento se abstiene de enviar copia del fallo a la Mesa Directiva del Senado de la República, por lo cual la Corte debe decidir el objeto de la controversia.

Se adujo en la sentencia impugnada que si bien la figura de la "silla vacía" es una sanción para los partidos políticos, no avizoraba relación entre el delito de corrupción al sufragante atribuido a la electa senadora ***Aida Merlano Rebolledo*** *y la posesión de Soledad Tamayo Tamayo, llamada a ocupar la curul de Senadora de la República en lugar de la procesada.*

Consideró igualmente que la autoridad competente para pronunciarse sobre esa materia es la Mesa Directiva de la respectiva Cámara, y que el Consejo de Estado tramita el proceso de nulidad de la curul de la condenada. Eso significa, expresó la Sala de Juzgamiento, que el problema se "halla pendiente de decisión por el órgano judicial constitucionalmente establecido para el efecto."

Al respecto se debe indicar que de conformidad con el artículo 134 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo número 02 de 2015: (…)

De otra parte, el numeral 3 del artículo 181 de la Constitución, dispone que los congresistas perderán su investidura, "Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse."

Como ***Aida Merlano Rebolledo*** *adquirió su condición de congresista desde el momento en que fue elegida Senadora de la República y desde el instante en que fue reconocida como tal por el Consejo Nacional Electoral,*[37] *al habérsele proferido medida de aseguramiento de detención preventiva como probable autora, entre otros delitos, del de corrupción al sufragante, solicitó permiso para posesionarse como senadora, autorización que no le fue concedida por la Sala Tres de Instrucción de la Sala de Casación Penal de la Corte.*

Eso no significa que la situación que aquí se analiza se deba resolver bajo los términos del régimen de la perdida de investidura y concretamente por no haberse posesionado la procesada como senadora dentro del término establecido en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política. El asunto es de mayor trascendencia: se trata de una situación en la que es imperioso aplicar directamente la sanción prevista en el artículo 134 de la Constitución Política, que con un fuerte acento ético dispone que quien sea condenado por delitos contra los mecanismos de participación democrática no puede ser reemplazado en ningún caso en la dignidad para la cual fue elegido.

En efecto, los congresistas –como ***Aida Merlano Rebolledo****, elegida y reconocida como tal por el Consejo Nacional Electoral –, en los términos del artículo 134 de la Constitución Política, "solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley", y "en ningún caso", cuando son condenados por delitos contra los mecanismos de participación democrática, como es el caso de la procesada. Es, pues, una sanción de orden constitucional que no requiere de un desarrollo legal para su aplicación y que en ningún caso se puede someter al régimen de faltas absolutas o temporales, pues de ser así la imperiosa sanción que contempla la Constitución Política sería inaplicable.*

En ese escenario, ante la condena por delitos contra los mecanismos de participación democrática, la Corte no puede evitar pronunciarse sobre la sanción que la Constitución prevé como consecuencia de la presente sentencia, aduciendo que es un asunto que no le incumbe, pues con ella se trata de impedir que por razón de la condena a uno de sus miembros, el partido al cual

37 Así lo decidió también la Corte Suprema de Justicia en el caso Santrich, en el que precisó que no es desde la posesión, sino desde el acto de reconocimiento por parte del Consejo Nacional Electoral que se adquiere la investidura y por tanto el fuero. Cfr. AP del 29 de mayo de 2019, Radicado 55395.

pertenece se beneficie reemplazando a quien es constitucionalmente irremplazable, como si no fuera poco ya el beneficio que obtiene el partido político al sumar al total de votos los que provienen del delito, afectando la cifra repartidora que permite ingresar al Congreso de la República a personas que de otra manera no accederían a esa dignidad, en perjuicio de quienes actuaron en el marco de la ley.

En ese contexto no se puede ignorar que la conducta contra los mecanismos de participación democrática, si bien fue realizada cuando Aida Merlano Rebolledo se desempeñaba como Representante a la Cámara, se diseñó con el fin de acceder al Senado de la República, y de allí la relación de imputación que surge entre el cargo de senadora para el cual fue elegida, la conducta con la que logró acceder a esa dignidad y la sanción constitucional que debe ser aplicada por esa razón. No corresponde entonces a esa relación de imputación entre la conducta juzgada y los efectos de la misma, que la "silla vacía", diseñada para evitar beneficios para el partido político al cual pertenece el condenado, se utilice para no reemplazar a ***Aida Merlano Rebolledo*** *en la Cámara de Representantes en las postrimerías del periodo constitucional, haciéndole esguinces a una institución destinada a impedir los graves efectos de la conducta juzgada en la conformación del Senado de la República, cargo al cual la procesada aspiró y fue elegida y que tiene una relación directa con la conducta por la cual fue juzgada y condenada.*

De manera que por las razones anteriores, la Corte dispondrá remitir copia de la sentencia a la Mesa Directiva del Senado para que aplique la Constitución en los términos indicados.

Además, como la Sala observa que se reemplazó a la electa senadora Aida Merlano Rebolledo en el Senado de la República sin ninguna justificación, pese a la expresa prohibición constitucional de hacerlo, pues se encontraba capturada por delitos contra los mecanismos de participación democrática asociados a su elección como senadora, se expedirán copias contra la Mesa Directiva del Senado de ese entonces, con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que en el ámbito de su competencia evalúe si se incurrió en alguna conducta que se deba investigar disciplinariamente con ocasión de ese proceder".

93. Con fundamento en las anteriores consideraciones, en el numeral 2° de la parte resolutiva del fallo se dispuso "*(r) emitir a la Mesa Directiva del Senado copia de esta decisión, con el fin de que de aplicación al artículo 134 de la Constitución Política*". También en el numeral 3° se ordenó "*(e) xpedir las copias a que se hizo mención en las motivaciones de esta decisión, con destino a la Procuraduría General de la Nación*".

94. Como puede apreciarse, el fallo de la Corte Suprema de Justicia a diferencia de las providencias invocadas por la parte demandante para justificar la supuesta existencia de cosa juzgada, sí realizó un pronunciamiento claro y expreso sobre la aplicación del artículo 134 de la Constitución y la discusión atinente a la provisión o no de la vacante para la que fue elegida Aída Merlano Rebolledo para el Senado de la República, período 2018-2022. Empero, sin perjuicio de la autonomía a partir de la cual el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria realizó las anteriores consideraciones, que fueron en su motivación indispensables para garantizar la aplicación directa de la Constitución, e incluso, de los efectos que tuvo frente a la permanencia de la demandada en el Congreso de la República, estima la Sala necesario aclarar que dicha providencia no constituye cosa juzgada respecto de la controversia del proceso de la referencia, atinente al acto de llamamiento que se le hizo a la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, y tampoco implica que el fallo que le ponga fin aquél carezca de objeto.

95. En cuanto a la inexistencia de cosa juzgada, debe resaltarse que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se profirió dentro de un proceso penal en el que las partes fueron el Estado Colombiano de un lado, que formuló la correspondiente acusación a través de la Sala Tres de Instrucción de la Sala de Casación Penal de aquélla, y de otra, la señora Aída Merlano Rebolledo; mientras en el presente proceso los demandantes son los señores Óscar Rodríguez Ortiz y David Ricardo Racero Mayorca y la parte demandada la conforman la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo y el Senado de la República que dictó el acto censurado. En cuanto al objeto de los procesos, en el de naturaleza penal se persiguió la condena de la señora Merlano Rebolledo por la comisión en su condición de autora, de los delitos de concierto para delinquir agravado, retención de cédulas de ciudadanía, corrupción al sufragante y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; entretanto en el de nulidad electoral se busca la exclusión del ordenamiento jurídico del llamamiento de Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República. En cuanto a la causa petendi, en el trámite penal se arguyó la comisión de tales delitos por la acusada durante su aspiración a ser elegida como como congresista de la República; mientras que en el procedimiento electoral se alega la violación de los artículos 134 de la Constitución Política y 278 de la Ley 5 de 1992 y la existencia de falsa motivación de la designación controvertida.

96. Todo esto para ilustrar, que no existe identidad de partes, objeto, ni causa petendi, por lo que no hay lugar a predicar la existencia de cosa juzgada, y también que las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia alrededor de la silla vacía se realizaron en el marco de un proceso penal, en el que no se estaba controvirtiendo la legalidad del acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo, y por ende, en el que no eran objeto de estudio las razones que expuso ésta y el Senado de la República para defender la legalidad de la designación cuestionada, asuntos de los cuales sí debe ocuparse el Consejo de Estado en virtud del ejercicio que se hizo del medio de control de nulidad electoral, por lo que le corresponde a éste de manera autónoma y exclusiva en virtud de los artículos 237.7 de la Constitución y 149.3 de la Ley 1437 de 2011, definir la legalidad del señalado llamamiento.

97. Asimismo, debe precisarse que las consecuencias que haya tenido la decisión de la Corte Suprema de Justicia de enviar copia del fallo al Senado de la República, con el fin de que se diera aplicación al artículo 134 de la Constitución Política, tampoco implican que la sentencia que se dicte en el presente trámite carezca de objeto, comoquiera en virtud del llamamiento que se le hizo a la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, la misma tomó posesión como senadora de la República[38] y por consiguiente, ostentó tal condición, lo que significa que el acto censurado produjo efectos, de manera tal que resulta necesario y pertinente el juicio de legalidad con el fin de establecer su validez, como lo ha precisado esta Sección[39].

2.4.2. De la aplicación del artículo 134 de la Constitución

98. Aclarados los anteriores aspectos, corresponde establecer si respecto de la curul a la que fue llamada la demandada, operó o no la prohibición de que trata el artículo 134 Superior, por la orden privativa de libertad contra la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, por la presunta comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática.

38 Como puede apreciarse en el acta de posesión correspondiente, del 29 de mayo de 2019 aportada con la demanda presentada por el señor Óscar Rodríguez Ortiz.

39 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación del 24 de agosto de 2018, M.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 47001-23-33-000-2017-00191-02.

2.4.2.1. De la configuración de la prohibición

99. Sobre el particular, a partir de las pruebas aportadas al proceso se tiene que:

- El demandante Óscar Rodríguez Ortiz y el Senado de la República, en la demanda y su contestación, coinciden en afirmar que contra la entonces integrante de la Cámara de Representantes Aída Merlano Rebolledo, el 6 de abril de 2018 la Corte Suprema de Justicia profirió orden de captura relacionada con la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir; corrupción al sufragante; fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego y; ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas[40].

- A través de la Resolución N° 1449 del 6 de julio de 2018 de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes[41], se suspendió la "*Condición Congregacional*" de la señora Aída Merlano Rebolledo, en aplicación del artículo 277 de la Ley 5 de 1992[42], teniendo en cuenta que la Sala de Instrucción N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 18 de abril de 2018 le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, como posible coautora de los delitos antes señalados, decisión que quedó ejecutoriada el 6 de junio de 2018 luego de que se resolvieran negativamente los recursos interpuestos.

- Mediante la Resolución N° 1467 del 10 de julio de 2018, la misma Mesa Directiva declaró vacante temporalmente la curul de la representante a la Cámara Aída Merlano, "*hasta tanto lo determine la autoridad judicial competente o la terminación del período congresual 2014-2018*". Para tal efecto se argumentó que la medida de aseguramiento dictada en contra de aquélla, está relacionada con delitos contra los mecanismos de participación democrática, por lo que resulta aplicable el artículo 134 de la Constitución Política.

- Las elecciones al Congreso de la República se llevaron a cabo el 11 marzo de 2018, certamen en el que participó la señora Aída Merlano Rebolledo.

- El Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución N° 1596 del 19 de julio de 2018[43], declaró la elección de los senadores de la República para el período 2018-2022, entre los cuales se encuentra la ciudadana Aída Merlano Rebolledo del Partido Conservador.

- Contra la designación de la señora Aída Merlano se presentó una demanda de nulidad electoral que fue conocida y decidida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que mediante sentencia del 16 de mayo de 2019[44] anuló el acto acusado por desconocimiento de los artículos 40 numeral 1 y 258 de la Constitución Política, al encontrarse acreditado

40 Hecho que también fue destacado en las sentencias del 3 de septiembre de 2018 y 22 de octubre de 2019 del Consejo de Estado, que declararon la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, dentro del proceso 11001-0315-000-2018-01294-00(01).

41 Aportada al contestar la demanda por el Senado de la República.

42 "ARTÍCULO 277. SUSPENSIÓN DE LA CONDICIÓN CONGRESIONAL. El ejercicio de la función de Congresista puede ser suspendido en virtud de una decisión judicial en firme. En este evento, la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista conocerá de tal decisión que contendrá la solicitud de suspensión a la Cámara a la cual se pertenezca. La Comisión dispondrá de cinco (5) días para expedir su dictamen y lo comunicará a la Corporación legislativa, para que ésta, en el mismo término, adopte la decisión pertinente. Si transcurridos estos términos no hubiere pronunciamiento legal, la respectiva Mesa Directiva ordenará la suspensión en el ejercicio de la investidura congresal, la cual se extenderá hasta el momento en que lo determine la autoridad judicial competente".

43 Aportada por el demandante David Ricardo Racero Mayorca.

44 Aportada por el demandante.

que durante la campaña electoral incurrió en prácticas corruptas tendientes a afectar la libertad de los votantes, al liderar una organización destinada a la compra de votos a su favor.

- El 28 de mayo de 2019, el Senado de la República llamó a la señora Soledad Tamayo Tamayo para que ocupara la vacante de la ciudadana Aída Merlano Rebolledo.

- Respecto del proceso penal en el cual se dictó la orden de captura y la medida de aseguramiento arriba señaladas, la Sala de Juzgamiento de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 12 de septiembre de 2019, condenó a pena privativa de la libertad a la ex congresista Aída Merlano Rebolledo, como autora de los delitos de concierto para delinquir agravado, corrupción al sufragante y porte ilegal de armas, al encontrar que desde al menos el año 2014, cuando fue elegida representante a la Cámara, hizo parte de una organización criminal, en virtud de la cual se cometieron varios ilícitos para lograr ocupar cargos de elección popular, entre los que se encontraba el de senadora de la República para el período 2018-2022 en el que fue designada, y respecto del cual se acreditó la configuración de los punibles por los que fue condenada[45].

- La anterior decisión fue confirmada mediante la sentencia SP954-2020 del 27 de mayo del 2020, dictada dentro del proceso 56400 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que precisó que "*no existe certeza que el delito de concierto para delinquir se hubiese estructurado*" desde las elecciones del 2014, pues respecto del mismo y los demás punibles por lo que fue condenada la excongresista, las pruebas dan cuenta de su comisión entre los años 2017 y en especial 2018, cuando se descubrió la organización para la obtención ilegal de votos a fin de garantizar su elección al Senado de la República.

100. A partir de las anteriores circunstancias, es claro que la orden de captura y la medida de aseguramiento dictadas contra la señora Aída Merlano Rebolledo, estuvieron relacionadas con la posible comisión de entre otros punibles, el de corrupción al sufragante, previsto en el artículo 390 de la Ley 599 de 2000, que se encuentra en el título XIV del Libro II, correspondiente a los delitos contra los mecanismos de participación democrática, que a su vez, hace parte de las conductas delictivas en virtud de las cuales se aplica la prohibición de proveer el remplazo de la vacante para la que fue elegido el miembro de la corporación de elección popular involucrado en el proceso penal, de conformidad con el artículo 134 constitucional.

101. Añádase a lo expuesto, que en el proceso penal al que fue vinculada y finalmente condenada la señora Aída Merlano Rebolledo, como se expuso con anterioridad, se juzgó su conducta principalmente, por hechos de corrupción para ser elegida senadora de la República para el período 2018-2022, y que la orden de captura y medida de aseguramiento se profirieron en el mes de abril de 2018, momento para el cual la señora Aída Merlano Rebolledo era integrante de la Cámara de Representantes.

102. Para la Sala es claro que en aplicación del inciso 2° del artículo 134 constitucional, al proferirse la orden de captura relacionada con un delito contra los mecanismos de participación democrática, contra la entonces representante a la

45 Según el resumen y análisis que se hizo de dicha providencia en el fallo que la confirmó, del 27 de mayo del 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incorporado de oficio al presente trámite

Cámara Aída Merlano Rebolledo, la curul en la que fue elegida no podía ser provista mediante la figura del reemplazo, porque así lo prohíbe la norma antes señalada, con el fin de depurar la conformación del Congreso de la República excluyendo a los ciudadanos contra los que existe medida privativa de la libertad o condena por los punibles establecidos en la misma, y sancionar a la agrupación política que respaldó a dicho candidato, impidiéndole proveer la curul con otro militante, como se expuso en detalle en el capítulo 2.3 de la parte motiva de esta providencia, al explicar los elementos y propósitos de la señalada prohibición.

103. Sobre la aplicación del inciso 2° del artículo 134 constitucional a la curul que ocupó la señora Merlano Rebolledo a la Cámara de Representantes no existe discusión en el presente trámite, como lo corrobora incluso la Resolución N° 1467 del 10 de julio de 2018 de la Mesa Directiva de aquélla, que declaró vacante la curul para la que fue elegida hasta que se resolviera su situación penal, que por estar relacionada con uno de los delitos de que trata la norma antes señalada, no podía ser provista mediante reemplazo.

104. Ahora bien, la discusión gira en torno a si dicha prohibición se extiende o no a la curul al Senado de la República para la cual fue elegida la señora Aída Merlano Rebolledo, para el período constitucional 2018-2022, misma fue llamada a ocupar la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, para lo cual deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

- Las elecciones al Congreso de la República se llevaron a cabo el 11 marzo de 2018, certamen en el que participó la señora Aída Merlano Rebolledo.

- Contra la anterior ciudadana el 6 de abril de 2018 se dictó orden de captura y el 18 del mismo mes se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, entre otros delitos, por la presunta comisión de corrupción al elector.

- El 19 de julio de 2018, a través de la Resolución N° 1596 del Consejo Nacional Electoral, se declaró la elección de los senadores de la República para el período 2018-2022, entre los cuales se encuentra la señora Aída Merlano Rebolledo del Partido Conservador.

- La situación penal de ésta se resolvió hasta el 27 de mayo de 2020, cuando se confirmó la sentencia condenatoria del 12 de septiembre de 2019, que la halló responsable entre otros delitos, de corrupción al sufragante que tuvo lugar en la campaña electoral para las elecciones al Senado de la República.

105. De las anteriores circunstancias se evidencia que las medidas privativas de la libertad se produjeron después de las elecciones al Congreso de la República, pero antes de que la señora Aída Merlano Rebolledo fuera declarada electa, y también, que la situación penal de ésta se definió hasta el 27 de mayo de 2020, ante lo cual surge la inquietud si durante el tiempo en que permanecieron las decisiones relacionadas con la privación de su libertad y en discusión la comisión del delito de corrupción al sufragante, podía llamarse en reemplazo para la curul del Senado a otro candidato del Partido Conservador, interrogante que a juicio de la Sala, a la luz del inciso 2° del artículo 134 de la Constitución Política debe responderse de manera negativa, en atención a que el mismo, luego de su reforma por el Acto Legislativo 02 de 2015, prescribe de manera categórica, sin contemplar excepciones, que "**en ningún caso**" pueden ser reemplazados los miembros de corporaciones públicas contra los cuales se profiera orden de captura (con más razón

los condenados) entre otros, por delitos contra los mecanismos de participación democrática, lo que quiere decir, que hasta que no se definiera la situación penal del elegido, la curul de manera alguna podía ser provista, inclusive, como lo indica la misma norma desde el Acto Legislativo 01 de 2009, aunque el miembro de la corporación de elección popular investigado o juzgado renuncie, pues se recuerda, la norma superior no sólo busca excluir como miembros de aquélla a las personas que estén involucradas por tales punibles, sino también exigir de las agrupaciones políticas que los respaldan, una revisión rigurosa de los requisitos y calidades de sus principales integrantes, so pena de ver disminuida su representación en el órgano de representación popular, sin que sirva de excusa o justificación para conservar la curul, que el integrante contra el cual se inició el proceso judicial de naturaleza penal renunció al cargo.

106. La exigencia que realiza el artículo 134 de la Constitución Política, que busca salvaguardar la legitimidad de las corporaciones de elección popular y **exigir de las agrupaciones políticas que asuman la cuota de responsabilidad que les asiste respecto de las curules que obtuvieron**, por permitir la militancia de personas con nexos con grupos al margen de ley o actividades del narcotráfico, que de manera dolosa afectaron a la administración pública, cometieron delitos de lesa humanidad y/o desconocieron las reglas constitucional o legalmente prevista de la contienda electoral, cobra especial relevancia en el caso de la exsenadora Aída Robledo Rebolledo, comoquiera que se comprobó tanto en el proceso penal adelantado en su contra, como en el juicio de la legalidad de su elección, e inclusive se destacó en sede de pérdida de investidura, que llegó al Senado de la República gracias a una organización criminal que lideraba para la compra de votos, es decir, por hechos de suma gravedad **respecto de los cuales el partido político que inscribió su candidatura debía estar atento, en virtud de la exigencia que realiza la Constitución a las agrupaciones políticas respecto sus militantes, en especial, los que se presentan al electorado como personas idóneas para desempeñar las dignidades más importantes en el país,** como se expuso en el numeral 2.3 de esta providencia al destacar los aspectos más significativos de la prohibición del artículo 134 constitucional.

107. En ese orden de ideas, sería contrario a la lógica del artículo 134 Superior, a las decisiones judiciales en virtud de las cuales se privó de la libertad a la señora Aída Robledo Rebolledo y se le halló responsable penalmente por conductas **directamente relacionadas con la curul que obtuvo en el Senado de la República, que el partido que la apoyó en su candidatura no asuma ningún tipo de responsabilidad frente a su participación en la anterior cámara**, y por ende, que pueda proveer con otro integrante la curul, aunque se insiste, el Constituyente fue enfático al indicar que ante tales eventos, en **ningún caso** había lugar acudir a la figura del reemplazo, en tanto la consecuencia constitucionalmente prevista es lo que se ha denominado la silla vacía, que impacta la capacidad de decisión de la agrupación política correspondiente, e inclusive, como expresamente lo reconoce el inciso 3° del artículo 134 ibidem[46], afecta el quorum de la corporación. En este punto no puede olvidarse en cuanto a la responsabilidad que le asiste al Partido Conservador Colombiano, que primero avaló y mantuvo en sus filas a la señora Robledo Rebolledo cuando aspiró y fue elegida representante a la Cámara, y posteriormente apoyó a dicha ciudadana en su aspiración al Senado, por lo que es respecto de los dos respaldos que brindó frente a las curules obtenidas en una y otra cámara, que la figura de la silla vacía tuvo y debe tener lugar.

46 Que reza: "Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas".

108. Dicho de otro modo, aunque la privación de la libertad de la señora Aída Robledo Rebolledo por la comisión de un delito contra los mecanismos de participación democrática, tuvo lugar cuando pertenecía a la Cámara de Representantes período 2014-2018, y por tal razón acertadamente respecto de la curul que ocupaba se aplicó la silla vacía, el hecho de que su situación penal continuara abierta y sólo fuera decidida confirmando la comisión del delito de corrupción al sufragante, hasta el 27 de mayo del 2020, implicó que la prohibición de proveer la curul se materializara respecto de la que obtuvo en el Senado de la República para el período 2018-2022, transitoriamente, mientras permanecían vigentes las providencia que ordenaron la privación de su libertad y luego de manera definitiva al ser condenada, con la consecuencia de que el partido político que la avaló tanto en su aspiración a la Cámara de Representante como al Senado y que se vio beneficiado por los votos obtenidos por dicha candidata, no tuviera la posibilidad de reemplazarla.

109. Bajo ese entendido, le asiste razón a la parte demandante al considerar que el llamamiento que se le hizo a la señora Soledad Tamayo Tamayo el 28 de mayo de 2019, para ocupar el cargo para el que fue elegida la señora Aída Merlano Bedolla es contrario a la prohibición de que trata el inciso 2° del artículo 134 de la Constitución, pues para esa fecha continuaba vigente la restricción de su libertad en virtud de un proceso en el que se le atribuían entre otros, la comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática en su aspiración al Senado período 2018-2022, por lo que el partido que la apoyó mientras no se dictara una decisión que levantara la medida de aseguramiento o se confirmara la inocencia de dicha ciudadana, no podía hacer uso de la curul mediante otro candidato en reemplazo.

2.4.2.2. De los supuestos efectos del fallo de nulidad electoral en la configuración de la silla vacía

110. Ahora bien, frente a esta situación tanto la demandada como el Senado argumentan que no se desconoció el artículo 134 Superior, porque el llamamiento se dio con ocasión a la vacante que se generó con la sentencia del 16 de mayo de **2019** que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, lo que implica considerar que la prohibición de suplir aquélla debido a la privación de la libertad que venía desde año el anterior, se vio interrumpida por el fallo que excluyó del ordenamiento jurídico el acto elección, circunstancia que a la luz del parágrafo del señalado artículo 134 es una falta absoluta que da lugar al reemplazo.

111. El anterior razonamiento no es de recibo, porque a través del mismo lo que se está indicando es que la prohibición de disponer de la curul por las situaciones de trata el artículo 134 Superior, no sólo cesa cuando se revoca la orden de captura contra el miembro de la corporación de elección popular procesado por los delitos señalados en la misma disposición o cuando es absuelto de toda responsabilidad frente a los mismos, sino también, cuando existen otras circunstancias que pueden acontecer durante el juicio penal, de las cuales puede predicarse una situación de vacancia, como el fallo que declara la nulidad de la elección.

112. Esta tesis claramente desconoce que el Constituyente de manera categórica prescribió que "**en ningún caso**" mientras el miembro de la corporación pública elegido tenga orden de captura o sea condenado por los referidos punibles, puede proveerse la curul correspondiente, inclusive, que debe restarse para la conformación del quorum de la corporación, de lo cual se evidencia la clara

intención de no establecer excepciones en la materia, para lo cual de forma también diáfana el texto constitucional indicó, que ni siquiera la manifestación libre y voluntaria de del servidor público involucrado de cesar cualquier vínculo con la corporación, habilita a que de la colectividad a la cual pertenece se nombre un reemplazo, lo cual como se ha destacado a lo largo de esta providencia, obedece a que la norma **en mayor medida persigue responsabilizar a las agrupaciones políticas que apoyaron a un candidato que por su proceder puede afectar la legitimidad de la corporación y que con su respaldo se presentó a la contienda electoral como una persona idónea para representar a la ciudadanía**, pero que posteriormente se vio envuelta en conductas graves como delitos de lesa humanidad, nexos con grupos armados ilegales o narcotraficantes, actuaciones contra la administración pública y/o los mecanismos de participación democrática.

113. Por lo tanto, si el Constituyente indicó que mientras permanezca la orden de captura o condena por los referidos delitos, la curul correspondiente no es susceptible de reemplazo "**en ningún caso**", incluso descartando que de la corporación se aparte voluntariamente el servidor involucrado, no es dable por vía de interpretación establecer excepciones, como la propuesta por la parte demandada a partir del fallo de nulidad electoral, que en este caso tiene la particularidad, de haber concluido que la entonces candidata del Partido Conservador Colombiano para llegar al Senado de la República incurrió en práctica corruptas, por lo que sería un contrasentido que a partir de la misma sentencia se predique que éste conserva el derecho a que otro de sus integrantes sea llamado a una curul que en parte fue obtenida por los votos que la señora Aída Merlano Rebolledo logró atentando contra los mecanismos de participación democrática, hecho que le mereció ser privada de su libertad antes de ser elegida senadora y condenada con posterioridad, y aún más importante para el caso de auto, que dio lugar a la silla vacía de conformidad con el artículo 134 de la Constitución Política.

114. Añádase a lo expuesto, (I) que los términos en que fue establecida la prohibición, de la cual el presupuesto de su aplicación es la orden de captura o codena por los referidos delitos; (II) la aclaración de que la renuncia del servidor involucrado no la enerva y; (III) el énfasis que hace al indicar que en **ningún caso** habrá lugar al reemplazo, dan cuenta del carácter autónomo de la silla vacía, y por consiguiente, que sólo un cambio de sentido de las decisiones de naturaleza penal que le dan origen haría cesar sus efectos, independientemente de las circunstancias que entretanto pudieren generar una vacante con posibilidad de llamamiento. Conclusión que se extrae del hecho que el artículo 134 constitucional separa las situaciones de vacancia susceptibles de reemplazo, de los únicos eventos en que éste no tiene lugar, esto es, la existencia de orden de captura o la condena contra los elegidos por los delitos señalados en dicho precepto, asunto respecto del cual además de que el servidor público sea apartado del cargo, se pretende que la colectividad a la que pertenece asuma la responsabilidad que le corresponde en cuanto a la selección y respaldo de sus integrantes en las corporaciones de elección popular, responsabilidad que no finaliza porque éstos fallezcan, padezcan una incapacidad física absoluta, se les declare de nulidad de la elección, renuncien, se les sancionen disciplinariamente con destitución, pierdan la investidura, etc.

115. Sostener lo contrario implicaría considerar que el único propósito de la silla vacía es separar de la corporación al miembro que es procesado, y que

respecto de éste la agrupación política que lo apoyó sólo responde mientras permanezca en aquélla, lo que haría inane el llamado que les hizo el Constituyente de verificar con rigor el cumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para ser y desempeñarse como servidores públicos de elección popular, so pena, de ver afectada su participación en los respectivos órganos colegiados, esto es, se desvirtuaría el propósito fundamental que inspiró la reforma constitucional en lo atinente a la responsabilidad de las colectividades con sus militantes.

116. Por lo tanto, no es posible predicar que la sentencia de nulidad electoral del 16 de mayo de 2019 con radicado 11001-03-28-000-2018-00084-00, evitó o interrumpió que respecto de la curul en el Senado de la República 2018-2002 en la que fue elegida la señora Aída Merlano Rebolledo y llamada la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, se materializara la prohibición consagrada en el artículo 134 Superior, pues ésta se generó desde el momento en que se ordenó la captura de la primera, permaneció durante todo el tiempo en que estuvo vigente el fundamento de la privación de la libertad y se confirmó con la condena entre otros, por delitos contra los mecanismos de participación democrática, lo que implicaba que el referido cargo en ningún momento ha sido ni será (esto último mientras permanezca el fallo condenatorio) susceptible de ser provisto mediante la figura del llamamiento.

117. Ahora bien, se hace énfasis en que cuando el artículo 134 de la Constitución establece como uno de los eventos de la silla vacía la orden de captura, implica que la prohibición de proveer la vacante respectiva se aplica mientras siga vigente la decisión judicial que justifica la privación de la libertad, lo que quiere decir que si en virtud de una orden judicial se recobra el goce de este derecho, lo que puede ocurrir antes del fallo o como consecuencia de una sentencia absolutoria, el partido político recupera la curul, sin que la alternativa de contar nuevamente con ésta devenga por ejemplo, de un fallo de nulidad electoral, esto es, de una providencia dictada en un medio de control ajeno e independiente al proceso penal, pues sólo en éste por disposición de la Constitución, se producen las decisiones que permiten la materialización de la silla vacía o que cesen sus efectos.

118. Bajo este entendimiento, en ningún momento debe olvidarse que son decisiones de naturaleza penal las que dan lugar a la silla vacía y por ende, que sólo las providencias que modifiquen el sentido de éstas tienen la virtualidad de hacer cesar la prohibición de proveer la respectiva curul, atribución que no se predica de las decisiones que se profieran en sede de nulidad electoral, ni siquiera del fallo que anula la elección[47].

119. Una conclusión en contrario, desconocería el carácter autónomo de la acción penal y del medio de control de nulidad electoral, y por consiguiente las significativas diferencias entre estos medios de acceso a la administración de justicia y el alcance de las decisiones que adoptan en virtud de los mismos.

120. Por lo tanto, aunque la declaratoria de nulidad de una elección genera una vacante susceptible de proveerse como lo indica el artículo 134 de la Constitución (inciso 1° y parágrafo transitorio), cuando sobre la curul en cuestión operó la figura de la silla vacía, la prohibición de proveerla se mantiene mientras permanezca la orden de captura o la sentencia condenatoria (inciso 2°), en especial teniendo en cuenta, que la vigencia de las decisiones

47 Cuyas consecuencias están previstas en el artículo 288 de la Ley 1437 de 2011.

de carácter penal permiten el juicio de reproche que se le hace a la agrupación política por haber respaldado al servidor público involucrado y dan lugar a que se le sancione con la pérdida del escaño, sanción que como se ha indicado a lo largo de esta providencia, es independiente de que aquél rompa cualquier vínculo con la corporación popular, pues ante todo se pretende castigar a la colectividad.

2.4.2.3. De la supuesta violación del principio de *non bis in ídem*

121. De otra parte, en contra de la materialización de la prohibición consagrada en el artículo 134 de la Constitución, se alegó que de predicarse la misma para la curul del Senado a la que fue llamada la demandada, implicaría sancionar por segunda vez al Partido Conservador Colombiano por los mismos hechos, esto es, los relacionados con el proceso penal que se adelantó contra la señora Aída Merlano Rebolledo, con fundamento en los cuales se le impidió a la colectividad finalizando el período institucional, contar con la curul en la que fue elegida aquélla en la Cámara de Representantes.

122. Cuando se invoca el *non bis in ídem*, se hace alusión a "*un derecho fundamental de aplicación inmediata, que protege a cualquier sujeto activo de una infracción y prohíbe dos o más juicios y sanciones por un mismo hecho*"[48], derecho que está fundamentado en "*la seguridad jurídica y la justicia material*"[49].

123. A primera vista pareciera cierto que de aplicarse la figura de la silla vacía a la curul a la que fue llamada la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo, se estaría privando por segunda vez al Partido Conservador de la posibilidad de contar con una curul con fundamento en los mismos hechos, la captura de la señora Aída Merlano Rebolledo por delitos contra los mecanismos de participación democrática. Empero, tal razonamiento pasa por desapercibidas dos circunstancias que a juicio de la Sala impiden considerar que el derecho al non bis in ídem se está vulnerado. La primera, que la prohibición de proveer la vacante se materializó durante el tramo final del periodo en la Cámara de Representantes (hasta el 19 de julio de 2018) y durante la totalidad del correspondiente al Senado de la República (del 20 de julio de 2018 al 19 de julio de 2022). Y la segunda y más importante, que el juicio de reproche que le cabe al Partido Conservador, no sólo se predica por el apoyo y la permanencia que le otorgó en sus filas a la ciudadana Merlano Rebolledo cuando fue representante a la Cámara, sino también por el brindado cuando se postuló y resultó electa senadora, lo que justifica que frente a las dos curules obtenidas asuma la responsabilidad que como colectividad le corresponde de conformidad con el artículo 134 Superior[50].

124. En cuanto a la primera situación, no debe olvidarse como líneas atrás se explicó, que la prohibición de proveer las vacantes para las que fue elegida a señora Merlano, no sólo comprendió el momento en que se ordenó la privación de su libertad y la culminación del periodo para el cual fue designada representante a la Cámara, esto es, hasta el 19 de julio de 2018, sino

48 Corte Constitucional, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

49 Sobre el particular la Corte Constitucional en la anterior sentencia aseveró: "En varias ocasiones, esta Corporación ha establecido que los fundamentos de existencia del principio non bis in ídem son la seguridad jurídica y la justicia material. En la sentencia T-537 de 2002, la Corte sostuvo que: "Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión.
En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in ídem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material."

50 Sobre la responsabilidad que le asiste a las colectividades y la figura de la silla vacía, se reiteran las consideraciones expuestas en el numeral 2.3. de la parte motiva de esta providencia.

que continuó durante todo el tiempo en que estuvo vigente el fundamento de la privación de la libertad y se consolidó con la condena en su contra, última decisión en virtud de la cual no hay posibilidad de que el cargo sea provisto a través de reemplazo hasta que culmine el periodo institucional.

125. Esta circunstancias es relevante, porque de considerarse que la referida prohibición sólo podía mantenerse durante el tiempo en que fue representante a la Cámara, significaría a su vez afirmar, que respecto de su elección al Senado de la República no hay silla vacía, es decir, que lo que hubo fue una simple vacante por el hecho de su captura, que se podía proveer sin inconveniente alguno mediante un acto de llamamiento, aunque es innegable que para el momento en que inicio el período de los senadores elegidos el 11 de marzo de 2018, se estaba adelantado el proceso penal contra la señora Aída Merlano por la comisión entre otros, de delitos contra los mecanismos de participación democrática, es más, que por tales conductas se restringió su libertad, es decir, estaban acreditados todos los elementos de juicio para aplicar el artículo 134 constitucional. Confirma esta situación, que del 20 de julio de 2018 (fecha en la que inició el primer periodo de sesiones en el Congreso[51]) al 29 de mayo de 2019, esto es, durante casi un año, no se nombró reemplazo en la mencionada curul, debido a la prohibición que se encontraba vigente, que de manera incorrecta como se explicó con anterioridad, se entendió interrumpida por el fallo de nulidad electoral del 16 de mayo de 2019.

126. Adicionalmente, se subraya que la aplicación de la referida prohibición impide considerar que todo lo acontecido con la situación judicial de la señora Merlano Rebolledo **única y exclusivamente** tuvo lugar antes de que finalizara el período para el que fue elegida representante a la Cámara, es decir, hasta el 19 de julio de 2018, así como tampoco afirmar que resultaba contrario al principio de non bis in ídem que por tales hechos, se le volviera a impedir al Partido Conservador Colombiano hacer uso de una curul en el Senado, en tanto se reitera, el referido proceso judicial continuó su curso más allá de la anterior fecha, durante pleno funcionamiento del Congreso conformado para los años 2018 – 2022, lapso durante el cual la elegida siguió privada de su libertad y finalmente fue condenada mediante sentencias del 12 de septiembre de 2019 y 27 de mayo del 2020, circunstancias que impedían e impiden proveer mediante remplazo la curul en aplicación del artículo 134 Superior, y que no se circunscribieron al estado de cosas para el momento en que se declaró vacante el cargo en la Cámara de Representantes.

127. De otra parte, en lo que atañe al Partido Conservador, como acertadamente lo destacó el Ministerio Público, no debe olvidarse que le otorgó su respaldo a la señora la Aída Merlano Rebolledo **en 2 oportunidades, respecto de 2 cargos distintos de elección popular, primero cuando fue elegida para la Cámara de Representantes y luego en su candidatura al Senado de la República. Esto quiere decir, que cuando se declaró por primera vez la silla vacía, recayó respecto a la colectividad política, por la responsabilidad que le asistía frente a los candidatos que respaldó para que llegaran y permanecieran en el Congreso de la República durante el período 2014-2018, circunstancia que le atañe por avalar y apoyar a los candidatos que fueron elegidos como senadores para el período 2018-2022, que de verse incursos en las situaciones previstas en el inciso 2° del artículo 134 constitucional, tiene**

51 Según el artículo 138 de la Constitución Política.

como consecuencia la configuración de la silla vacía.

128. Por lo tanto, en estricto sentido el juicio de reproche que se le ha hecho al Partido Conservador Colombiano en relación con las conductas delictivas de la señora Aída Merlano Rebolledo, **no se limita a la responsabilidad que asumió al incluirla en sus filas para que hiciera parte de la Cámara de Representantes, sino también por el apoyo que posteriormente le otorgó al inscribirla como candidata al Senado, por lo que resulta incorrecto afirmar que de aplicar la silla vacía respecto de la curul a la que fue llamada la demandada se desconoce el *non bis in ídem***, pues lo expuesto da cuenta que esta figura tendría lugar por hechos distintos en cuanto a la actuación de la colectividad se refiere, los cuales en un primer momento justificaron que perdiera la curul en la Cámara de Representantes y luego al respaldar la candidatura de la señora Merlano al Senado, que resulte imperativo aplicar el artículo 134 Superior frente la curul que se le reconoció en éste

2.4.2.4. Conclusión sobre la vulneración del artículo 134 Superior

129. Por las razones expuestas, se concluye que el acto de llamamiento que se hizo de la señora Soledad Tamayo Tamayo al Senado de la República para el período 2018-2022, se realizó respecto de una curul que conforme al artículo 134 de la Constitución Política no era ni es susceptible de reemplazo, en atención a que para la misma fue elegida una ciudadana respecto de la cual se ordenó su captura y fue condenada entre otros, por la comisión del delito de corrupción al sufragante, un punible contra los mecanismos de participación democrática, lo que da cuenta que el acto controvertido es contrario a la norma superior invocada, que en su aplicación ni se vio afectada por el fallo de nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo del 16 de mayo de 2019, ni resulta contrario al principio de non bis in ídem respecto del Partido Conservador Colombiano.

2.4.3. Del cargo de falsa motivación

130. Respecto a la falsa motivación, vale la pena recordar que esta Corporación ha definido el alcance de la misma como causal de nulidad, así[52]:

"(...) es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad"[53].

En sentencia de 19 de mayo de 1998 la Sección Segunda puntualizó lo siguiente en relación con la falsa motivación de los actos administrativos:

"(..) La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable (...)"[54].

En conclusión, la falsa motivación se presenta cuando los supuestos de hecho

52 Consejo de Estado, Sección Tercera - Sub Sección B, sentencia del 6 de abril de 2011, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de agosto de 2017, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 13001-23-33-000-2016-00051-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 14 de marzo de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2018-00049-00.

53 Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 4 de marzo de 2000, Exp.1998-0503-01-9772, M.P. Daniel Manrique Guzmán.

54 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de mayo de 1998, expediente 10051, M.P. Clara Forero de Castro.

esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas o porque el autor del acto le ha dado a los hechos un alcance que no tienen[55]*."*

131. Esta causal de nulidad fue invocada por la parte demandante porque el secretario general del Senado justificó el llamamiento controvertido en la sentencia del 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, aunque tal providencia nada dijo sobre el reemplazo de la anterior exsenadora.

132. Al revisar el acto de llamamiento, en cuanto su motivación simplemente indicó:

"*Lo anterior, teniendo en cuenta que, se presentó vacancia definitiva en una de las curules que ostenta el Partido Conservador Colombiano, -artículo 275 ley 5ª 1992 – y que, según consta en certificación expedida por el Consejo Nacional Electoral, usted es quien tiene ese derecho*".

133. Como puede apreciarse, del tenor literal del acto acusado no se advierte que haya hecho referencia expresa al referido fallo de nulidad, aunque no desconoce la Sala, que en virtud de dos peticiones que elevaron los demandantes, relativas a la motivación del llamamiento, el secretario general del Senado de la República mediante los oficios SGE-CS-2072-2019 y SGE-CS-2074-2019 del 20 de junio de 2019[56], sí hizo alusión a la sentencia del 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, como circunstancia en virtud de la cual era procedente llamar al candidato no elegido en la lista del partido Conservador Colombiano según el orden de inscripción, razón que en el presente trámite la mencionada corporación de elección popular invocó como fundamento principal de la decisión cuya nulidad se pretende.

134. No obstante lo anterior, al revisar el acto objeto estudio, sobre el que recae el juicio de legalidad, no se observa que haya incluido dentro de su motivación la sentencia 16 de mayo de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado y mucho menos el alcance que se le dio, sino simplemente la existencia de una vacante que debía proveerse. En ese orden de ideas, en estricto sentido no puede afirmarse que dentro de las razones que arguyó para su expedición está la aludida decisión judicial y sus efectos, por lo que resulta impertinente construir a partir de ésta el cargo de falsa motivación, esto es, que al hacerse el llamamiento se expusieron razones engañosas o simuladas, pues en realidad las motivaciones desarrolladas atinentes a la providencia que declaró la nulidad de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo, están contenidas en otros pronunciamientos, como los mentados oficios y el escrito de contestación de la demanda del Senado de la República, que **no** hacen parte de la decisión enjuiciada. Por lo tanto, no se configura la causal de nulidad alegada.

2.4.4. Del cargo de expedición irregular

135. Finalmente, resta analizar el motivo de inconformidad según el cual, en el trámite de expedición del acto acusado se desconoció el artículo 278 de la Ley 5 de 1992[57], según el cual en los eventos que hay lugar a realizar el llamado a ocupar vacantes en el Congreso de la República, previamente debe constatarse por la

55 Sobre la falsa motivación puede consultarse la sentencia de 25 de febrero de 2009, M.P. Miriam Guerrero de Escobar, expediente 15797.

56 Aportados con los libelos introductorios.

57 "ARTÍCULO 278. REEMPLAZO. La falta absoluta de un Congresista con excepción de la declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial, autoriza al Presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción, y ocupar su lugar. En este evento el reemplazo deberá acreditar ante la Comisión de Acreditación Documental su condición de nuevo Congresista, según certificación que al efecto expida la competente autoridad de la organización nacional electoral.
Ninguna falta temporal del Congresista dará lugar a ser reemplazado". (Destacado fuera de texto).

autoridad electoral competente, cuál es el candidato que le corresponde suplir la vacante, exigencia que se asevera en este caso no se cumplió, en atención a que la señora Soledad Tamayo Tamayo fue llamada a ocupar la curul el 28 de mayo de 2019, aunque el Consejo Nacional Electoral sólo hasta el día siguiente profirió la mentada certificación.

136. Sobre el particular la Sala constata que la certificación que exige la anterior norma para tener certeza de quién es el candidato no elegido que según el orden de inscripción debe llamarse en el evento de vacantes que pueden ser provistas mediante reemplazo en el Congreso de la República, fue proferida el 29 de mayo de 2019[58], es decir, después de que se dictó el acto acusado, aunque el propósito del artículo 278 ibidem es que no se incurra en errores al realizar el llamamiento, como puede ocurrir cuando no se respeta el orden de elegibilidad, circunstancia que por ejemplo, podría acaecer si sólo se tiene en cuenta el acto administrativo que declaró la elección y no las decisiones judiciales posteriores que precisaron el número de votos de los candidatos, las curules que deben reconocerse a las distintas agrupaciones políticas o el orden en que deben asignarse éstas, lo que justifica que antes de hacer el llamamiento se consulte a la autoridad electoral competente sobre el candidato no elegido que debe ser llamado, con fundamento en información actualizada que garantice que la curul será ocupada por la persona que tiene derecho a la misma.

137. Así las cosas, salta a la vista que sí se incurrió en una irregularidad en el trámite de expedición del acto de llamamiento, que no es excusable por el hecho que el Senado de la República haya consultado el orden de elegibilidad de la resolución que declaró elección, pues el artículo 278 de la Ley 5 de 1992 es claro al identificar que la fuente que debe examinarse para tal determinación es la certificación que expida la autoridad electoral competente, debido a los cambios que puede presentarse (por las situaciones legalmente establecidas) frente al orden de elegibilidad después de la declaratoria inicial de los resultados electorales.

138. No obstante lo anterior, esta omisión desde la perspectiva de la causal de nulidad de expedición irregular carece de la trascendencia necesaria para que a partir de la misma puede sustentarse la ilegalidad del acto de llamamiento[59], comoquiera que la certificación que expidió el Consejo Nacional Electoral señaló que la candidata no elegida que seguía en orden de elegibilidad del Partido Conservador era la señora Soledad Tamayo Tamayo, esto es, a quien se le realizó el llamamiento controvertido en esta oportunidad, por lo que la pretermisión de la exigencia del artículo 278 de la Ley 5 de 1992 no significó el desconocimiento del orden de elegibilidad.

2.5. Resolución de las pretensiones

2.5.1 De la nulidad del acto electoral controvertido

139. Como se desprende del análisis que antecede, resulta procedente declarar la nulidad del acto de llamamiento acusado, únicamente por desconocimiento del de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 134 de la Constitución.

58 Según la copia de la misma aportada al presente proceso por la parte demandante.

59 Se recuerda que en materia de nulidad electoral en virtud del artículo 278 de la Ley 1437 de 2011 y el principio de eficacia al voto, sólo las irregularidades que puedan afectar el resultado del proceso de designación justifican la anulación de los actos controvertidos. Sobre el particular ver entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 13001-23-33-000-2016-00106-01. Consejo de Estado, Sección Quita, sentencia del 16 de marzo de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 54001-23-33-000-2016-0000201. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de diciembre de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-0328-000-2019-00036-00.

2.5.2 De las demás pretensiones

140. Se tiene que alrededor de la pretensión de declarar ilegal el llamamiento a la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo se hicieron otras peticiones. El señor Óscar Rodríguez Ortiz solicitó que se declare sin valor jurídico la posesión de la demandada como senadora de la República y que se compulsen copias a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación por las posibles conductas delictivas que se tipifiquen en relación con el acto acusado. Por su parte, el demandante David Ricardo Racero Mayorca también pretendió que se declare que el Partido Conservador Colombiano no puede suplir la vacancia de la curul de la senadora Aída Merlano Rebolledo, debido a que existe una prohibición constitucional de reemplazo.

2.5.2.1. De la pretensión de nulidad de la posesión

141. En cuanto a la pretensión de declarar ilegal la posesión de la señora Soledad Tamayo Tamayo se recuerda, que de conformidad con artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, son susceptibles del medio de control de nulidad electoral (I) los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, (II) los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas y (III) los de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas, razón por cual cuando se hace ejercicio del mentado medio de control, la pretensión de nulidad debe estar dirigida contra tales decisiones, lo que no excluye que en el análisis correspondiente se efectúe un análisis de legalidad de las actuaciones previas al acto que declaró la elección, nombramiento o llamamiento[60].

142. Se hace la anterior precisión, porque uno de los demandantes solicitó que se declare sin valor jurídico el acto de posesión de la señora Soledad Tamayo Tamayo, aunque el mismo no es susceptible de control judicial a través del medio de control de nulidad electoral, como de manera reiterada lo ha indicado esta Sección, en tanto no se trata del acto de elección, nombramiento o llamamiento. Ello se evidencia en las siguientes consideraciones contenidas en el fallo del 23 de noviembre de 2017[61]:

"Al respecto debe comenzar la Sala por señalar que la posesión o el acta que la contiene, no es un acto sometido a control judicial por los medios señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La posesión es una diligencia a través de la cual se cumple la solemnidad prevista a los servidores públicos en los términos del artículo 122[62] Superior, como requisito sine quanon para el ejercicio del cargo en el cual han sido designados, bien por elección, nombramiento o llamamiento.

De manera que su nulidad no puede ser demandada ni declarada a través del medio de control de nulidad electoral, pues no contiene una decisión de contenido electoral. Es una actuación posterior al acto controlable, en la que el funcionario presta solemne juramento de cumplir y defender la Constitución en el ejercicio de sus funciones.

Sobre este particular, la Sección reiteró recientemente esta posición en un auto[63] en

60 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 4 de mayo de 2001, M.P. Roberto Medina López, radicado No. 11001-03-28-000-2001-0026-01(2509). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 4 de octubre de 2012, M.P: Susana Buitrago Valencia, radicado No. 0800123-31-000-2011-00175-01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 16 de julio de 2018, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicado No. 11001-03-28-000-2018-00066-00. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 20 de junio de 2019, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicado No. 1100103-28-000-2019-00017-00.

61 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 23 de noviembre de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado N° 76001-23-33-000-2017-00053-01.

62 *"[…] Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. […]"*

63 Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Auto del 1° de Junio de 2017. Radicación

el que aludió a otros pronunciamientos que explican esta postura:

"En efecto, ha sido postura de esta Sección que el acto de posesión no es demandable, así se concluyó en fallo de 4 de septiembre de 2008[64]:

"La demanda se dirige también contra el acto de posesión del Rector designado, que tuvo lugar el 7 de diciembre de 2006. La Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno respecto a esta segunda pretensión, por cuanto, como lo ha establecido en reiteradas oportunidades, ***los actos de posesión no son actos administrativos porque no contienen decisiones*** *de la administración y* ***por lo mismo no son objeto de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo****.*

En efecto, la ***posesión en un cargo es una diligencia a través de la cual el elegido o nombrado presta juramento ante la autoridad competente "de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben",*** *en cumplimiento de la obligación señalada en el inciso segundo del artículo 122 de la Constitución Política, que la instituye en requisito previo e indispensable para ejercer como servidor público, y como tal no puede ser objeto de una acción de nulidad como si se tratara de un acto administrativo.*

Tesis que se reiteró en providencia de 5 de septiembre de 2013[65], según la cual:

"Frente a tales pretensiones, en primer lugar observa la Sala que el demandante incluyó entre las pretensiones la de declarar la nulidad del acta de posesión del señor Rodolfo Torres Castellanos como concejal, ***como si se tratara de un acto administrativo definitivo susceptible de ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad electoral lo cual resulta manifiestamente impropio e improcedente para el medio de control invocado****, pues tal como lo ha considerado esta Corporación, ello no constituye 'manifestación unilateral de voluntad y de conciencia de la administración capaz de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, no constituye acto administrativo'. (…)*

Entonces, ***al no constituir el acto de posesión un acto administrativo, sino una solemnidad para que los servidores públicos ejerzan el cargo para el que han sido nombrados, designados o elegidos, su nulidad no puede ser demandada*** *ni declarada en este proceso, en ese sentido esta providencia se limitará a examinar la legalidad de la Resolución No. 233 de 9 de agosto de 2012 'por medio del cual se declara una vacancia de una curul en el Concejo Municipal de Cúcuta y se provee su reemplazo".*

El haberse demandado la posesión como diligencia que protocoliza la designación (elección o nombramiento) implica que esta Sala, deba confirmar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda pero por lo aquí razonado, pues éste no es un acto frente al cual pueda recaer el control judicial"[66].

143. Por lo tanto, por resultar improcedente en el medio de control la formulación de referida petición conforme a la jurisprudencia de la Sección, no hay lugar a acceder a la misma.

número: 76001-23-33-000-2017-00372-01. Actor: Gustavo Alonso Rodríguez Rodríguez. Demandado: Concejo Municipal de Guadalajara de Buga. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

64 Rad. N° 2006-00193-00, actor: Germán Vergara Ochoa. C.P. Filemón Jiménez Ochoa

65 Rad. No. 2012-00097-01, actor: Julio César Vélez González, C.P. Lucy Jeannette Bermudez Bermúdez

66 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 23 de noviembre de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado N° 76001-23-33-000-2017-00053-01. Posición reiterada en Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 13 de febrero de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2020-00030-00

2.5.2.2. De la pretensión de expedición de copias

144. En cuanto a la petición de compulsar copias a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación para que adelanten las investigaciones pertinentes por las posibles conductas delictivas que se tipifiquen en relación con el acto acusado, se estima que la misma resulta innecesaria, en consideración a que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que hace parte del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, en el fallo del 27 de mayo de 2020 que condenó a la señora Aída Merlano Rebolledo y consideró que respecto de la curul en que ésta fue designada aplica la figura de la silla vacía, por lo que no había lugar al llamamiento, dispuso expedir copias con destino a la Procuraduría "*para que en el ámbito de su competencia evalúe si se incurrió en alguna conducta que se deba investigar disciplinariamente con ocasión de ese proceder*", entidad que también compareció al presente asunto a través de la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, a quien se le notificará la presente decisión. Por lo tanto, sobre los hechos que dieron lugar al llamamiento se ha informado al competente para que adelante las investigaciones respectivas.

2.5.2.3. De la pretensión de declarar la existencia de la silla vacía

145. Finalmente, frente a la solicitud de declarar que el Partido Conservador Colombiano no puede suplir la vacancia de la curul de la senadora Aída Merlano Rebolledo, debido a que existe una prohibición constitucional de reemplazo, como se precisó al admitir la demanda del señor David Ricardo Racero Mayorca[67], se estima que en realidad corresponde a una petición consistente en "*que se acepte el argumento principal sobre el cual se edifica la solicitud de nulidad, esto es, que según el artículo 134 Superior, la vacante de la anterior Senadora, contra la cual se dictó orden de captura por la presunta comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática, no puede suplirse de forma alguna, y por ende, que el llamamiento de la ciudadana Soledad Tamayo Tamayo es contrario al ordenamiento jurídico*", argumento con fundamento en cual se verificó la ilegalidad de la designación censurada y se confirmó la imposibilidad proveer la referida vacante, por lo que al accederse a la pretensión principal tal solicitud también se satisface.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo, en su condición de senadora de la República, para el período 2018-2022, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de las demandas, por las razones expuestas en el presente proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE, F) ROCÍO ARAÚJO OÑATE, Presidente; LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA, Magistrado; LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Magistrada (Aclara voto); CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, Magistrado

"Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081"

67 Mediante la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de agosto de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2019-00034-00.

COSTA RICA

GACETA AMERICANA
DE JUSTICIA ELECTORAL
2021

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	Costa Rica
ÓRGANO ELECTORAL:	Tribunal Supremo de Elecciones (TSE)
TEMA:	Consulta al referéndum nacional con la finalidad que se apruebe el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.
NÚMERO DE CAUSA:	Sentencia Nro. 0790-E9-2007
FECHA DE EMISIÓN:	12 de abril de 2007
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Autorización de recolección de firmas
ACTO QUE SE RECURRE:	Expediente Legislativo Nro. 16.047
ACCIONANTE (S):	Ciudadanos
ACCIONADO (S):	NO
DECISIÓN:	Se autoriza la recolección de firmas, en los términos señalados en los artículos 6, inciso e), 7 y 8 de la Ley sobre Regulación del Referéndum.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	Solicita al Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) que autorice la recolección de firmas necesarias para convocar a referéndum con la finalidad que los ciudadanos aprueben o desaprueben el "Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos".
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	NO

ARGUMENTOS	
RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Instituto del Referéndum.

RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	El gobierno de la República de Costa Rica, además de ser representativo es participativo, porque la soberanía la ejerce el pueblo y cuenta con tres poderes distintos e independientes. El pueblo es el soberano y mediante referéndum tiene la potestad de aprobar, derogar y reformar parcialmente la Constitución. El referéndum no procederá si el proyecto es relativo a: materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa. Asimismo, es un mecanismo de participación popular directa que complementa el ejercicio representativo del gobierno, el que prevalecerá respecto a la mayoría de decisiones (de los otros poderes). Busca evitar la demagogia como forma impura de la democracia, en el sentido que se presenta cuando se reconoce que la soberanía recae sobre el pueblo, pero el ejercicio concreto del poder se desvía del interés general.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Participación popular.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	La participación popular se concibe como aquella actividad ciudadana destinada a la elección de sus gobernantes, mediante el derecho a elegir y ser elegidos; así como, a contribuir y controlar la implementación y ejecución de las políticas públicas o decisiones estatales.

OBITER DICTA 2- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Tratado de Libre Comercio.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	Con relación al género "tratado" encontramos diversas categorías de instrumentos, según la materia regulada, su objetivo y finalidad. Dentro de las categorías de tratados comerciales, se ubican los de libre comercio. Los tratados de libre comercio tienen como objetivo y finalidad crear una zona de preferencias arancelarias mutuas y la reducción de barreras no arancelarias en los territorios de los países signatarios. En este caso, el Tratado de Libre Comercio no elimina los aranceles del ordenamiento jurídico, lo que busca es viabilizar el libre comercio de bienes y servicios.

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES (TSE)
Sentencia 0790-E9-2007

Descripción	**Referéndum nacional. Concepto, tipos y reglas. Excepcionalidad de la consulta. Restricciones por materia. Interpretación favorable a principio pro participación. Interpretación restrictiva del régimen de exclusiones Limitaciones constitucionales a la convocatoria del referéndum deben entenderse restrictivamente como corolario del principio pro participación, pro homine y pro libertate. Principio pro participación. Criterio de interpretación. Concepto de participación popular. Limitación restrictiva en admisibilidad.** El Tribunal Supremo de Elecciones detalla todos los elementos tomados en cuenta por el legislador al crear el instituto del referéndum en Costa Rica, mismo que promueve una mayor participación popular, que genere un eficiente control político y por ende un gran impulso al involucramiento ciudadano en la toma de decisiones trascendentales del país. Por otra parte se desarrolla claramente el principio "pro participación", máxima hermenéutica que obliga a interpretar de manera restrictiva las limitaciones legales que pesen sobre la participación política en los procesos consultivos. Además desarrolla todas las condiciones, requisitos de admisibilidad, restricciones, modalidades de convocatoria y limitaciones de este mecanismo de participación popular a la luz del Tratado de Libre Comercio, Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (TLC). Finalmente, el Tribunal Supremo de Elecciones adiciona varias consideraciones específicas sobre la tramitación de los diferentes tipos de referéndum.

N.° 790-E-2007. TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las trece horas del doce de abril de dos mil siete.

Gestión presentada por el señor José Miguel Corrales Bolaños y otros tendente a que este Tribunal autorice la recolección de firmas necesarias para convocar a un referéndum vinculante mediante el cual los ciudadanos aprueben o imprueben el "Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica - Estados Unidos" (TLC).

RESULTANDO

1.- Mediante escrito presentado ante la Secretaría del Tribunal el 22 de noviembre de 2006, el señor José Miguel Corrales Bolaños y otros ciudadanos solicitan la autorización de este Tribunal para la recolección de las firmas necesarias en orden a convocar al pueblo costarricense a un referéndum que apruebe o impruebe el "Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica – Estados Unidos", en adelante TLC (folios 1-13).

2.- Por resolución de las 9:10 horas del 13 de diciembre de 2006 el Tribunal previno a los gestionantes para que, en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente a la notificación del proveído, remitieran el texto del proyecto de ley que desean someter a referéndum (folios 14-15).

3.- En escrito presentado el 19 de diciembre de 2006, dentro del término conferido, el señor José Miguel Corrales Bolaños indicó que el proyecto de ley para

el cual se solicita la recolección de firmas es el expediente legislativo n.º 16.047, publicado en el Alcance n.º 44 a La Gaceta n.º 225 del martes 22 de noviembre de 2005 (folio 16).

4.- Mediante escrito presentado el 22 de diciembre de 2006, el señor José Miguel Corrales Bolaños, en ampliación al escrito presentado el 19 de diciembre de 2006, señaló, en lo que interesa, que el texto a consultar es el siguiente: "ARTICULO UNICO: apruébese o no en cada una de sus partes, el Tratado de Libre Comercio-República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América, suscrito el 05 de agosto de 2004, expediente legislativo número 16.047, publicado en el alcance Nº 44 a la gaceta Nº 225, del martes 22 de noviembre del año 2005" (folios 17-18).

5.- Por resolución de las 15:40 horas del 2 de enero de 2007, este Tribunal, una vez cumplida la prevención formulada mediante resolución de las 9:10 horas del 13 de diciembre de 2006, remitió la gestión al Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa para que procediera a evaluar el texto del proyecto normativo desde el punto de vista formal y se pronunciara al respecto, luego de haber realizado las consultas obligatorias correspondientes conforme lo dicta el artículo 6 inciso c) de la Ley denominada "Regulación del Referéndum" n.º 8492. En dicha oportunidad el Tribunal precisó que "(…) al pretenderse someter a referéndum la aprobación de un convenio internacional y según lo preceptuado en el inciso b) del artículo 10 de la Constitución Política, dicho trámite comprende la consulta preceptiva de constitucionalidad regulada en los numerales 96 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (…)" (folio 19).

6.- En escrito presentado el 26 de enero de 2007, el señor José Miguel Corrales Bolaños y otros ciudadanos pidieron que este Tribunal dirigiera exhorto a la Asamblea Legislativa para que suspendiera de inmediato la tramitación del TLC hasta que se verificara el referéndum; asimismo, que se advirtiera a ese Poder Legislativo que celebrado el referéndum y si éste no alcanzare el 40% de los votos favorables del padrón electoral, el TLC se tendría por derogado aunque se hubiere aprobado con 38 votos en vía legislativa (folios 29-37).

7.- En resolución n.° 2007-02159 de las 11:55 del 16 de febrero siguiente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dispuso no evacuar la consulta que la Directora de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, instruida expresamente al respecto por el Tribunal Supremo de Elecciones según se detalló en el resultando quinto, formulara ese mismo día. A la sazón, consideró que ese departamento legislativo carecía de competencia para plantear esa consulta, la cual además estimaba prematura. En tal sentido, el considerando tercero de la resolución de la Sala es preciso al señalar "(…) que el sistema de consultas legislativas a la Sala por su carácter excepcional, debe ser a texto expreso, aparte de que se tuvo la conveniente previsión de que aquellas procedieran una vez el proyecto en cuestión adquiriera una viabilidad jurídica clara, valga decir, cuando se hubiera aprobado en primer debate, superadas otras etapas que pudiéramos llamar por ahora, meramente preparatorias."

8.- Mediante resolución interlocutoria dictada a las 7:25 horas del 19 de febrero de 2007 este Tribunal denegó la petición indicada en el resultando trasanterior, para lo cual señaló en lo conducente: "(…) este Tribunal no accede a lo pedido toda vez que la gestión del señor Corrales Bolaños y de los ciudadanos que la acompañan, encaminada a que este Tribunal proceda a convocar a un referéndum vinculante mediante el cual los ciudadanos aprueben o imprueben el Tratado de

Libre Comercio con los Estados Unidos de América, Centroamérica y República Dominicana (TLC), no ha sido admitida al encontrarse en la etapa preparatoria prescrita por el numeral 6 inciso c) de la "Ley sobre Regulación del Referéndum" que, solo en caso de resultar admisible y de reunirse las firmas legalmente requeridas, produciría la activación formal del instituto del referéndum, por intermedio de su convocatoria oficial, momento procesal en el cual este Tribunal haría los pronunciamientos que sean procedentes" (folio 38).

9.- En oficio n.º CON-023-2007 presentado ante la Secretaría del Tribunal el 15 de marzo de 2007, la señora Gloria Valerín Rodríguez, Directora del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, presentó el resultado de la revisión formal de la gestión incoada por el señor Corrales Bolaños y otros ciudadanos, en torno a la convocatoria a un referéndum vinculante mediante el cual los ciudadanos aprueben o imprueben el TLC, en relación con lo cual indicó, entre otras cosas, que el Departamento a su cargo no hace consideraciones sobre el texto del Tratado, pues se trata de un convenio internacional que no puede ser modificado. Asimismo puntualizó que la pregunta que debe formularse sobre el texto sometido a referéndum es: "¿Aprueba usted el Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos", suscrito el 5 de agosto de 2004, expediente legislativo número 16.047, publicado en el Alcance No. 44 a la Gaceta No. 225, del martes 22 de noviembre de 2005? Sí / No" (folios 67-70).

10.- A través de memorial del 28 de marzo siguiente, el señor Corrales Bolaños solicita que se le indique a Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa enviar el TLC a la Sala Constitucional para la respectiva consulta de constitucionalidad (folios 94-96).

11.- En el procedimiento no se notan **defectos que causen nulidad o indefensión.**

Redacta la Magistrada Zamora Chavarría; y,

CONSIDERANDO

I.- OBJETO DE LA GESTIÓN Y SU NATURALEZA ELECTORAL: A la luz de lo dispuesto en los artículos 1 y 6 de la Ley número 8492 del 9 de marzo del 2006, denominada "Regulación del Referéndum", el señor José Miguel Corrales Bolaños y un grupo de costarricenses que lo acompañan, piden a este Tribunal la autorización pertinente para recoger firmas a fin de convocar a la ciudadanía costarricense a un referéndum vinculante a través del cual se apruebe o impruebe el TLC.

Este Tribunal, al pronunciarse sobre la solicitud que en su momento le fuera planteada para convocar a una consulta popular no vinculante sobre el TLC, mediante resolución n.º 3384-E-2006 de las 11:00 horas del 24 de octubre de 2006 precisó, en lo que es de interés, lo siguiente:

> "*En virtud de que la solicitud pretende que se autorice la celebración de una consulta popular no vinculante, en la que se apliquen las disposiciones de la Ley que dispone la Regulación del Referéndum, la gestión constituye materia electoral que se ubica en el ámbito de competencias otorgadas constitucionalmente a este Tribunal (…) Bajo este concepto de sufragio, la realización de una consulta popular para pronunciarse sobre un tema de trascendencia nacional, como lo es el TLC, aun cuando sus resultados no sean vinculantes para la Asamblea Legislativa, debe ser considerada materia electoral y por ende, es este Tribunal el que debe pronunciarse sobre la procedencia o no de la petición que aquí se formula*".

Congruente con lo entonces expuesto, la gestión que ahora se atiende se enmarca

dentro de las competencias electorales del Tribunal para analizar y emitir el pronunciamiento pertinente sobre la misma, razón por la cual merece ser admitida a trámite.

Aparte de la gestión principal, a folios 94-96 del expediente consta que, por memorial presentado el 28 de marzo de 2007 y con base en las razones que ahí se esgrimen, el señor Corrales Bolaños solicita a este Tribunal que le indique al Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa que debe enviar el TLC a consulta de la Sala Constitucional. Esta petición deviene improcedente a raíz de lo dispuesto por la propia Sala en la resolución n.º 2007-02159 de las 11:55 horas del 16 de febrero de 2007, precisamente con motivo de la consulta de constitucionalidad que previamente había formulado ese despacho parlamentario, debidamente instruido al efecto por el Tribunal Supremo de Elecciones, conforme se reseña en los resultandos 5 y 7 de la presente resolución. La sentencia de la Sala Constitucional expuso un criterio discrepante en relación con el del Tribunal, en tanto entendió improcedente la consulta preceptiva de constitucionalidad en el marco del trámite preparatorio del referéndum que interesa, por lo que, bajo el entendido de que a la Sala le corresponde interpretar en forma exclusiva y excluyente las disposiciones que regulan su competencia, la solicitud específica que a este respecto hace el señor Corrales Bolaños debe rechazarse ad portas, como en efecto se dispone.

II.- EL REFERÉNDUM Y SU REGULACIÓN EN COSTA RICA: 1) Consideraciones preliminares: La democracia representativa supone que, no obstante que la soberanía reside en la nación (art. 2º de la Constitución), su voluntad se expresa por intermedio de leyes elaboradas por sus representantes, cuyo respeto y acatamiento condicionará la validez del ejercicio de las funciones jurisdiccional y administrativa. El pueblo, a través del sufragio, delega en el cuerpo parlamentario el ejercicio de esa potestad legislativa (art. 105 constitucional).

No obstante lo anterior y en virtud de una reforma experimentada por la Constitución Política en el año 2003, se pasó a entender que el Gobierno de la República, además de "*representativo*", es "participativo" porque lo ejercen "el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí". Esta reformulación del numeral noveno constitucional cobra sentido a la luz de la modificación que simultáneamente sufrió el artículo 105 de la Carta Fundamental. Aunque se mantuvo el principio según el cual la potestad legislativa está, por regla general, en manos de la Asamblea por delegación popular, se innovó la normativa para prever que, excepcionalmente, el pueblo pueda avocar el ejercicio de esa potestad a través del instituto del referéndum:

> "*El pueblo también podrá ejercer esta potestad mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, cuando lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral; la Asamblea Legislativa, mediante la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros, o el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.*
>
> *El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.*
>
> *Este instituto será regulado por ley, aprobada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa*".

La reforma constitucional que comentamos es, sin duda alguna, una de las más trascendentales que se ha producido desde la promulgación de la Carta de 1949, no sólo porque la actualiza con la introducción de un instituto usual en el constitucionalismo contemporáneo mundial, sino, especialmente, porque el mismo ofrece oportunidades extraordinarias de profundización democrática. Esta implicación no se le escapaba al constituyente derivado, tal y como se consigna en el dictamen afirmativo rendido por la comisión legislativa que conocía del proyecto de reforma. En esa oportunidad se apuntaba:

> *"(…) Los suscritos diputados, miembros de la Comisión nombrada por la Asamblea Legislativa para informar acerca del proyecto de reforma parcial a la Constitución Política, expediente No. 10.905, rendimos el presente informe dentro del plazo establecido por el artículo 195, inciso 3, de la Constitución.*
> *La Comisión ha coincidido en la conveniencia de la reforma constitucional propuesta, a fin de introducir el referéndum y la iniciativa popular como instrumentos valiosos para profundizar, ampliar y fortalecer el sistema democrático a través de la participación del pueblo. El temor y la desconfianza en esa clase de instrumentos, y el distanciamiento del pueblo de la toma de las decisiones importantes que le conciernen de modo directo, retardan el desarrollo y el progreso de la democracia costarricense. La evolución que ésta ha experimentado, y el apego nacional a lo que ya es una tradición política, alientan el sentimiento de la Comisión para apoyar la reforma. Desde luego, la introducción en el sistema jurídico de mecanismos de consulta popular ha de hacerse con prudencia, de manera que sean compatibles con la necesidad que el país tiene de que los asuntos sometidos a los órganos constitucionales, en especial a la Asamblea Legislativa, sean objeto de decisiones oportunas. Hechas las cosas de esa manera, no hay ninguna buena razón para sostener que la democracia política perturba u obstaculiza el desarrollo económico y social. Por el contrario: sobre todo en el largo plazo, como lo demuestra (sic) el caso costarricense, la democracia política es una condición del desarrollo sostenido.*
>
> *De allí que la Comisión se incline por recomendar la reforma de la Constitución para incorporarle el referéndum y la iniciativa popular. Ya se recordará que ese texto legal es omiso en esta clase de instrumentos, salvo por lo que toca a la disposición sobre el plebiscito contenida en el artículo 168 para el caso específico (la creación de nuevas provincias) (...) El texto trascrito, que se cursará separadamente de acuerdo con los procedimientos legislativos correspondientes, incorpora la reforma a la Constitución sin adicionarle nuevos artículos, a fin de no alterar la familiaridad con sus actuales disposiciones. En lo fundamental, crea el referéndum en beneficio de la Asamblea Legislativa y del Poder Ejecutivo, pero también en cabeza de un segmento significativo del cuerpo electoral, bajo modalidades distintas (…) El texto recomendado coincide con los postulados de la Constitución, especialmente con su artículo 1, según el cual Costa Rica es una República democrática. Promueve, además, la organización popular con base en intereses coincidentes, para favorecer por ahí la unidad nacional. Genera reglas que aumentan la responsabilidad política de los órganos constitucionales, en particular la Asamblea y el Poder Ejecutivo, puesto que sus decisiones quedan expuestas a un contralor popular directo (…)".*

A mayor abundamiento, gran parte de la discusión legislativa atinente a la inclusión del referéndum en el numeral 105 de la Constitución Política refleja, por parte de los señores Diputados, todo un convencimiento en cuanto a la necesidad de implementar otra forma de impulso a las decisiones trascendentales del país y un control político del Estado,

básicamente la fiscalización de la labor parlamentaria, lo que brinda una gran claridad sobre la importancia que tuvo, en aquel momento, la incorporación de mecanismos de participación ciudadana en el texto constitucional. En efecto, el referéndum representó, en el animus de los legisladores, un instrumento amplio para la participación democrática, con un propósito firme cual era hacer decaer el carácter casi monopólico de la intervención gubernamental en todas las decisiones de la sociedad, en aras de dar paso a una democracia más madura.

Tal y como finalmente quedó receptado el referéndum en nuestro medio, es claro que el mismo no está previsto como una apuesta por la democracia directa ni como instrumento para cuestionar la legitimidad del gobierno democrático-representativo; se trata de un mecanismo de participación popular directa que complementa –y no enfrenta– el ejercicio representativo del gobierno, el cual será el que prevalezca respecto de la mayoría de las decisiones. La consulta al soberano es, pues, excepcional; a través de una adecuada regulación del instituto, es posible que ocasionalmente se active un saludable y democrático control popular en el ejercicio del poder, para impedir que del seno del Estado constitucional emerjan subrepticiamente falsos poderes soberanos, con el beneficio adicional de propiciar valiosas oportunidades de educación e integración políticas.

La teoría constitucional contemporánea es prácticamente unánime al estimar que el referéndum no convierte al pueblo en el legislador cotidiano, sino únicamente frente a decisiones trascendentales para la vida colectiva, respecto de las cuales exista un bloqueo político o una crispación pública de tal magnitud que amenace la paz social. En estas circunstancias es natural la apelación al pueblo para que, en su condición de soberano, arbitre políticamente el disenso y dote de legitimidad incuestionable a la decisión final.

Dado este significado profundo que la intervención del soberano en referéndum comporta en situaciones como las señaladas, se impone indudablemente una máxima hermenéutica a cuyo tenor la normativa que regula la materia debe ser interpretada a favor de la participación popular, entendida esta última, en términos generales, como aquella actividad ciudadana destinada a la designación de sus gobernantes o miembros de las estructuras que componen las diversas organizaciones políticas mediante el derecho de elegir y ser electo, así como la posibilidad de contribuir y controlar la formación y ejecución de las políticas públicas o decisiones estatales de importancia, plasmadas en un cuerpo legal o en la propia Constitución.

Como corolario de ese principio pro participación, cualquier limitación que pueda contener el ordenamiento respecto de la admisibilidad de las solicitudes tendentes a la convocatoria de un referéndum, debe ser leído y comprendido en forma restrictiva.

Según se verá a lo largo de esta exposición, esta máxima adquiere una importancia decisiva en el contexto de esta resolución. También la tienen los criterios básicos de interpretación que atañen a la materia electoral. A este respecto, conviene dejar reseñado desde ya que la jurisprudencia de este Tribunal ha precisado que el correcto discernimiento del alcance de las normas electorales debe estar guiado, por encima de consideraciones literalistas, por un criterio lógico, sistemático y finalista, lo cual comporta una triple consecuencia: "*se ha de rechazar cualquier entendimiento de los preceptos que conduzca a resultados absurdos; por otra parte, el sentido de la norma debe dilucidarse sin aislar a la norma en su contexto normativo y, además, prefiriendo aquella lectura que mejor garantice el fin público a que se dirige. Tratándose de normas constitucionales, debe asimismo comprendérseles en armonía con los valores*

y principios que resultan del Derecho de la Constitución" (resolución n.° 0591- E-2002 de las 9:35 horas del 19 de abril del 2002). En una ocasión posterior se insistía: *"(…) la interpretación del ordenamiento jurídico busca desentrañar el sentido y alcance de las normas en la forma que mejor garantice el fin público a que se dirigen; orientación finalista que debe prevalecer sobre criterios literalistas en la búsqueda de la ratio legis"* (n.° 1104-1-E-2002 de las 8:15 horas del 19 de junio del 2002).

La reciente resolución n.º 274-E-2007, de las 9:30 horas del 22 de enero de 2007, insistió en ese principio pro participación y lo entrelazó con las comentadas exigencias de la interpretación del ordenamiento electoral, del siguiente modo:

"(…) *Según lo ha expuesto este Tribunal en anteriores oportunidades, verbigracia resoluciones n.º 2529-E-2004 de las 10:40 horas del 30 de setiembre del 2004 y 2337-E-2004 de las 12:20 horas del 6 de setiembre del 2004, tratándose de derechos fundamentales toda limitación legal a la libertad de participación política debe ser interpretada restrictivamente en favor de aquella libertad. Una norma no puede entenderse en forma aislada ni haciendo privar criterios literalistas, porque tanto en el campo del Derecho Público como en el Privado prevalecen los criterios finalista, sistemático y evolutivo como parámetros fundamentales de interpretación normativa, de lo que se deriva el deber del operador jurídico de entender los preceptos en su contexto y de acuerdo a su dinámica sistémica (artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública y 10 del Código Civil).*

Priva para el ordenamiento infraconstitucional una interpretación que debe serlo "conforme a la Constitución", entendido este principio como una exigencia interpretativa y respecto de la cual la jurisprudencia electoral ha señalado en copiosas resoluciones:

"El principio de interpretación del bloque de legalidad "conforme a la Constitución", que ha sido receptado por la jurisprudencia constitucional, constituye el corolario de la eficacia directa del clausulado constitucional, como bien lo entiende la doctrina constitucionalista:

"La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación -por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos- en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate" (Eduardo García de Enterría, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Madrid, Civitas, 1988, pág. 95).

Por ello y en virtud del principio de unidad del ordenamiento, así como de la necesidad de rehuir del vacío que produce la invalidación normativa, frente a varias interpretaciones posibles de un precepto, ha de preferirse aquélla que salve de un potencial roce constitucional (véase en el mismo sentido Ignacio de Otto, "Derecho Constitucional, sistema de fuentes", Barcelona, Ariel, 1988, pág. 80). Igual criterio debe presidir la actividad de integración del ordenamiento, para colmar sus insuficiencias. Con ello, las normas constitucionales y los principios que recogen, adquieren un rol dominante en la concreción de los sentidos normativos; a lo cual va aparejada una implícita prohibición para el intérprete de recurrir a criterios hermenéuticos que conduzcan a resultados contradictorios con dichas normas y principios." (resolución n.º 1724-M-2003 de las 12 horas del 5 de agosto del 2003)".

2) Características de la regulación costarricense sobre el referéndum: Tal y como se desprende de la redacción actual del artículo 105 constitucional, arriba trascrito, nuestro ordenamiento prevé tanto lo que en doctrina se conoce como referéndum legislativo, dirigido a aprobar o derogar leyes (vertientes constitutiva y

abrogativa, respectivamente), como el denominado referéndum constitucional, mediante el cual la ciudadanía interviene en el trámite de las reformas parciales a la Constitución y que se prevé también en el inciso 8) del artículo 195 de la misma.

Por su parte, el inciso 9) del artículo 102 de la Carta Fundamental introduce dos reglas de importancia, a saber: a) Restricciones temporales: "*No podrá convocarse a más de un referéndum por año; tampoco durante los seis meses anteriores ni posteriores a la elección presidencial*"; b) Umbral de participación mínima: para que el referéndum tenga un resultado vinculante deberá participar en él, independientemente de cómo voten o incluso si dejan la papeleta en blanco o la anulan, un total de "*al menos, el treinta por ciento (30%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, para la legislación ordinaria, y el cuarenta por ciento (40%) como mínimo, para las reformas parciales de la Constitución y los asuntos que requieran aprobación legislativa por mayoría calificada*".

En lo que respecta al referéndum para aprobar o derogar leyes, podría pensarse que se trata de una posibilidad circunscrita a la atribución que el primer inciso del artículo 121 de la Constitución confiere a la Asamblea, a saber, la de "*Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica (…)*", lo que dejaría por fuera de una eventual participación popular las restantes decisiones que los demás incisos de ese numeral atribuye a la Asamblea como regla de principio, dentro de los que figura lo relativo a la aprobación de tratados internacionales (inciso cuarto). Esta tesis es sin embargo inaceptable porque, en primer lugar, con claridad se desprende de lo estipulado en el artículo 124 constitucional que los acuerdos legislativos indicados en los incisos 4), 11), 13), 14), 15), 17), 18), 19) y 20) del numeral 121 de la Constitución se adoptan a través de leyes formalmente consideradas. En segundo lugar, porque traiciona el principio pro participación que hemos venido comentado. Y, finalmente, porque se trata de una interpretación ilógica, dado que algunas de las exclusiones expresas que respecto del referéndum prevé el artículo 105 constitucional, se refieren a decisiones que corresponden a la Asamblea precisamente por virtud de esos incisos (así, por ejemplo, la materia presupuestaria y la fiscal y la aprobación de empréstitos).

Esto nos permite concluir que, en principio y dado que los tratados públicos y convenios internacionales se aprueban mediante ley (inciso 4° del artículo 121 en relación con el 124 constitucionales) y que esa materia no aparece formalmente excluida en el marco del numeral 105 constitucional, la participación popular vía referéndum es posible en este ámbito; con lo cual la gestión que se examina en este expediente supera un primer obstáculo de admisibilidad.

Ahora bien, la comentada disciplina constitucional legitima tres vías para propiciar el referéndum, dado que el artículo 105 autoriza a convocarlo cuando lo solicite un cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral (lo que la Ley n.° 8492 denomina "referéndum ciudadano"), la Asamblea Legislativa por acuerdo respaldado por las dos terceras partes de sus miembros ("*referéndum legislativo*", en la terminología de esa ley) o el Poder Ejecutivo cuando cuente con el respaldado de al menos veintinueve diputados ("*referéndum por gestión del Ejecutivo*").

Ese "*referéndum ciudadano*" está previsto en el Capítulo II, Sección I, de la Ley sobre Regulación del Referéndum. Es oportuno destacar que, según esa previsión legal, para convocar a referéndum por esa vía, es menester satisfacer, previamente, los requisitos que a continuación se detallan: 1) la evaluación formal del texto del proyecto normativo que se quiere consultar por parte del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa; 2) la recolección de las firmas

de al menos un 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral en un plazo de nueve meses, prorrogable por un mes más; y, 3) la verificación de la autenticidad de tales firmas por parte del Tribunal Supremo de Elecciones el cual contará, al efecto, con un plazo de treinta días hábiles (artículos 6, 7, 8 y 9).

3) Sobre lo establecido en el ordinal 105 párrafo tercero de la Constitución Política relativo a las materias excluidas de referéndum: El artículo 105 de la Constitución Política, párrafo tercero, veda la posibilidad de someter a referéndum cierto tipo de leyes. La restricción constitucional comentada específicamente expresa que: "*(…) El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa*".

El largo debate parlamentario que precedió la introducción constitucional del referéndum, evidencia el anhelo de los diputados de perfeccionar la democracia costarricense y darle al ciudadano un mayor protagonismo en la toma de las decisiones fundamentales para la colectividad, pero de manera racionalizada, para evitar que el ejercicio democrático se convierta en una maniobra demagógica en el sentido aristotélico de la expresión. Ya el Estagirita advertía que la demagogia, como forma impura de la democracia, se presenta cuando se reconoce la soberanía del pueblo pero el ejercicio concreto del poder se desvía del interés general.

Es evidente que, tratándose de ciertas materias básicas y trascendentales, está de por medio el riesgo de que la manipulación popular pueda conducir a adoptar decisiones susceptibles de tornar incapaz al Estado de atender las más elementales necesidades de la población o incluso de paralizar su actuación. A manera de reducción al absurdo, piénsese en un proyecto que pretenda abolir todos los tributos vigentes, lo cual puede resultar atractivo para ciertas personas inconscientes.

De ahí el sentido e importancia del régimen de exclusión al que nos venimos refiriendo y que, en su oportunidad, ocupó la atención del constituyente derivado. Ha de indicarse, solamente a modo de ejemplo, que durante la sesión plenaria n.º 008 del 13 de mayo de 2002, que discutió en primer debate la reforma de los artículos 105, 123, 124, 129, 195 y 102 de la Constitución Política (expediente n.º 13.990), el entonces Diputado Luis Gerardo Villanueva Monge subrayó:

> "*(…) Me parece que este es un proyecto importante. Estamos en una época donde la participación del ciudadano en la toma de decisiones tiene que abrirse.*
>
> *El ciudadano cada vez pide más espacio, cada vez pide que se le tome en cuenta, en mayor medida. Una de esas modalidades, uno de esos espacios es, precisamente, este proyecto que se está discutiendo (…). He meditado, precisamente, porque el proyecto puede ser usado para que participen los ciudadanos, pero también tiene sus peligros para manipular la participación de los ciudadanos y quiero hablar de esto para que la voluntad del legislador quede expresada para que se desarrolle –si es aprobado este proyecto- alguna de estas ideas en la ley que viene a darle forma al referéndum.*
>
> *Quiero decirles que uno de los peligros es que un gobierno que no puede tramitar un proyecto en esta Asamblea Legislativa, porque no tiene eco, ese proyecto, bueno, tiene todos los recursos suficientes para echar mano de este mecanismo y lograr pasarle por encima a esta Asamblea Legislativa, y convertir en ley algo que sabe que esta Asamblea no lo aprobaría.*
>
> *Y estos son los peligros y estas son las modalidades que estamos viendo (…) Estas*

son las interrogantes que me he hecho en relación con este proyecto. Son parte de los riesgos. Pero también está la otra, la favorable, la que mencionamos al principio, que es una forma de consulta para que el pueblo pueda expresar su voluntad acerca de un tema u otro tema. Si bien es cierto, ha delegado en la Asamblea Legislativa la potestad de legislar, también, en cierto momento, cuando por a) o por b) o por c) esta no legisle o no quiera hacerlo, entonces que tenga la posibilidad de que el pueblo recupere esa posibilidad y legisle por medio del referéndum (…)".

No obstante la razonabilidad e importancia de este régimen de exclusiones, no resulta válido inferir que las restricciones al referéndum, por la materia, se deban interpretar de manera extensiva en perjuicio de la participación ciudadana en los asuntos de interés nacional, cuando precisamente la reforma consistía en ampliar dicha participación, en aras de propiciar procesos de profundización democrática.

Por esta razón, este Colegiado entiende la restricción como un impedimento para aprobar o derogar, vía referéndum, leyes atinentes específicamente a las materias excluidas, pero no así respecto de aquellos instrumentos jurídicos de materias no prohibidas, aún cuando los mismos tengan alguna implicación relativa a las materias restringidas, al no ser esta última su esencia. Es éste un corolario más del comentado principio hermenéutico pro participación.

III. SOBRE LA POSIBILIDAD DE SOMETER EL TLC A APROBACIÓN EN REFERÉNDUM: 1) Antecedentes: Ante consulta hecha por los entonces Diputados Federico Malavassi Calvo y Carlos Salazar Ramírez la Procuraduría General de la República, mediante opinión jurídica n.º OJ-055-2006 del 24 de abril de 2006 concluyó, en torno a la aplicación de las limitaciones establecidas en el artículo 105 de la Constitución Política a un Tratado de Libre Comercio que contenga materia arancelaria, lo siguiente:

"(…) De esta forma, se observa que dentro de las materias excluidas se encuentra la tributaria, y siendo que con base en lo expuesto en los apartados anteriores, se concluyó que los derechos arancelarios son tributos por así disponerlo nuestro legislador, en consecuencia, los proyectos de ley que contengan normas atinentes al tema no podrían someterse a referéndum.
Conforme a lo anterior, cabe señalar que en el supuesto de un tratado de libre comercio que contenga regulaciones sobre materia arancelaria su aprobación o derogación no puede ser efectuada por vía de referéndum. Ello en el tanto la norma que se pretende someter a aprobación, contiene disposiciones de contenido tributario y esta materia está excluida del referéndum.".

Tal como lo advierte el propio órgano procurador, respecto del tema evaluado, el informe vertido no es vinculante.

Es de señalar, por otro lado, que de conformidad con el artículo 6 inciso c) de la Ley sobre Regulación del Referéndum corresponde al Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, dentro de la fase de admisibilidad para la recolección de firmas, evaluar y subsanar eventuales vicios que contenga el texto normativo que se pretende someter a referéndum y llevar a cabo las consultas obligatorias de ley.

Por oficio n.º DST-421-2007 de 15 de marzo de 2007 la citada dependencia legislativa remitió a este Tribunal la documentación pertinente donde constan las consultas efectuadas, con ocasión del **texto del TLC**, a la Sala Constitucional, a las Municipalidades del país, a las instituciones autónomas, a las empresas del Estado y a las Universidades estatales. De tales gestiones únicamente se obtuvieron algunas respuestas de fondo

sobre el supracitado texto al trasladarse, en varios casos, su estudio a los diferentes departamentos o divisiones legales de los entes u órganos públicos.

De las consultas efectuadas interesa destacar la respuesta dada por la Sala Constitucional mediante resolución n.º 2007-02159 de las 11:55 horas del 16 de febrero de 2007, que señaló en lo que es de interés:

"***II***.- *(…) ya la Sala ha tenido oportunidad de indicar en diversas ocasiones, que su competencia en esta materia radica en lo preceptuado por el artículo 96 de la Ley que rige su jurisdicción, mientras que para el caso de que se tratara de una consulta preceptiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 97, únicamente le corresponde formularla al Directorio de la Asamblea Legislativa (…).*
III.- *Resulta importante señalar, finalmente, que el sistema de consultas legislativas a la Sala, por su carácter excepcional, debe ser a texto expreso, aparte de que se tuvo la conveniente previsión de que aquellas procedieran una vez el proyecto en cuestión adquiera una viabilidad jurídica clara, valga decir, cuando se hubiera aprobado en primer debate, superadas otras etapas que podríamos llamar por ahora, meramente preparatorias*" (folios 194-195 de la primera carpeta adjunta al expediente, que contiene las consultas correspondientes al trámite realizado por el Departamento de Servicios Técnicos, con ocasión de la gestión de solicitud de referéndum).
Por otra parte, mediante oficio n.º CON-023-2007 el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, en torno a la consulta a los pueblos indígenas, puntualizó lo que sigue: "*(…) en el caso de una iniciativa sometida a referéndum, la consulta previa a las comunidades indígenas, no resulta obligatoria ni requiere ser realizada, en el tanto que, el referéndum es en sí un instrumento de consulta directa e individualizada a las y los ciudadanos, sean estos indígenas o no, lo cual estaría conforme con lo establecido en los artículos 6 y 7.1 del Convenio Nº 169 de la OIT*" .

Finalmente dicha dependencia, acerca de la evaluación normativa llevada a cabo, en el oficio supra mencionado advirtió que "*no hace consideraciones sobre el texto del Tratado, pues este es un convenio internacional que no puede ser modificado, máxime que se trata de una versión oficial en el idioma español*" (folios 67-68).

2) Sobre la procedencia de someter a referéndum de TLC y, por ende, de la solicitud para que se autorice la recolección de firmas: En nuestro ordenamiento jurídico la convocatoria a referéndum tiene limitaciones constitucionales de naturaleza temporal y sustancial.

1- **Limitaciones temporales:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 101, inciso 9) de la Constitución Política, no se puede convocar más de un referéndum por año, ni durante los seis meses anteriores ni posteriores a una elección presidencial.

2- **Limitaciones sustanciales:** En el artículo 105 párrafo tercero, a su vez, se indica que no procederá el referéndum si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.

En virtud de lo anterior, resulta de obligado análisis, en el caso concreto de la petición ciudadana que se somete a consideración del Tribunal, si procede su admisión. En cuanto al primer requisito de admisibilidad, debemos decir que resulta procedente la gestión ya que no se presenta dentro de los períodos de veda constitucional.

En relación con la segunda limitación, es un hecho público y notorio, que se ha discutido en el ámbito nacional y con ocasión de este TLC en particular, si procede o no el referéndum, por contener este tratado materia arancelaria, que en nuestro derecho positivo es considerada como tributaria. Lo cual

nos lleva, necesariamente, a referirnos a la naturaleza de los tratados de libre comercio y su contenido.

De acuerdo con la **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados** "*se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.*".

En cuanto a su contenido, Guillermo Cabanellas señala que "*En Derecho Internacional, por tratado se entiende en sentido amplio, todo acuerdo entre varios Estados concerniente a asuntos políticos o económicos, sea cualquiera la forma, y la importancia. Pero, estrictamente, se entiende por tratado el acuerdo solemne sobre un conjunto de problemas o asuntos de importancia considerable; y que se contrapone a las declaraciones, notas, protocolos y otras fuentes de convenciones de trascendencia menor*". En cuanto al tratado internacional se indica que es "*Todo acuerdo entre los representantes de dos o más Estados, acerca de una cuestión política (militar, territorial, de nacionalidad), económica (comercial, fiscal, aduanera, de préstamos o cambios y similares), de cortesía diplomática (los tratados de amistad y buena relación), cultural u otra de interés general para una de las partes o para todas ellas, dentro de un plano de igualdad (como en los tratados de potencia a potencia) o con evidente coacción (como en los tratados de paz).*". Específicamente se define el **tratado comercial** como "*Estipulación entre Estados, que establece las bases del intercambio de productos provenientes de otro o a él destinados.*" (Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual). De lo expuesto se desprende que, dentro del género "tratado", se encuentran diversas categorías de instrumentos, entre otras, según la materia regulada, su objetivo y finalidad. Dentro de la categoría de tratados comerciales, se ubican los de libre comercio. La naturaleza comercial de este tipo de tratados no se ve afectada por los temas instrumentales que se deba incluir para lograr el objetivo principal del tratado que es el que impregna su naturaleza. En el caso de los tratados de libre comercio, su objetivo y finalidad es crear una zona de libre comercio que abarque los territorios de los países signatarios. Para lograr tal cometido, dentro de su clausulado se incluyen regulaciones sobre diferentes aspectos, algunos principales y otros instrumentales. En el caso concreto de los aranceles, el TLC no los elimina del ordenamiento jurídico sino que, en aras de hacer posible el libre comercio de bienes y servicios y la eliminación de barreras, para el libre tránsito de aquellos dentro de la jurisdicción predeterminada (en este caso el territorio de los estados de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Estados Unidos de América y República Dominicana) se modifica su aplicación, en los términos acordados en el tratado.

En cuanto a estructura y contenido, los tratados de libre comercio suscritos por diferentes Estados o grupos de Estados son similares, incluyendo regulaciones acerca del acceso al mercado de bienes y servicios, cooperación internacional, estipulaciones de acceso a los mercados, inversiones, comercio transfronterizo de servicios, telecomunicaciones, comercio electrónico, derechos de propiedad intelectual, estipulaciones de índole laboral, ambiental y solución de controversias, sin que por ello dejen de ser de naturaleza comercial.

En el preámbulo del TLC que ahora nos ocupa, se establecen sus fines, principios y metas. Por su importancia para el tema a resolver, se transcribe a continuación en lo que interesa:

"PREÁMBULO
El Gobierno de la República de Costa Rica, el Gobierno de la República de El Salvador, el Gobierno de la República de Guatemala,

el Gobierno de la República de Honduras, el Gobierno de la República de Nicaragua y el Gobierno de los Estados Unidos de América decididos a:

***FORTALECER** los lazos especiales de amistad y cooperación entre sus naciones y promover la integración económica regional;*

***CONTRIBUIR** al desarrollo armónico, a la expansión del comercio mundial y potenciar una mayor cooperación internacional;*

***CREAR** un mercado más amplio y seguro para las mercancías y los servicios producidos en sus respectivos territorios mientras se reconocen las diferencias en el nivel de desarrollo y en el tamaño de las economías de las Partes; EVITAR las distorsiones en su comercio recíproco;*

***ESTABLECER** reglas claras y de beneficio mutuo en su intercambio comercial;*

***ASEGURAR** un marco comercial previsible para la planificación de las actividades de negocios y de inversión;*

***DESARROLLAR** sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, así como de otros instrumentos multilaterales y bilaterales de cooperación;*

***BUSCAR** facilitar el comercio regional promoviendo procesos aduanales eficientes y transparentes para reducir costos y asegurar la previsibilidad para los importadores y exportadores de las Partes;*

***ASEGURAR** la competitividad de sus empresas en los mercados globales;*

***ESTIMULAR** la creatividad y la innovación y promover el comercio de mercancías y servicios que sean objeto de derechos de propiedad intelectual;*

***PROMOVER** la transparencia y eliminar el soborno y la corrupción en el comercio internacional y la inversión;*

***CREAR** oportunidades para el desarrollo económico y social;*

***PROTEGER**, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores y fortalecer la cooperación en materia laboral;*

***CREAR** nuevas oportunidades de empleo y mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios;*

***DESARROLLAR** sus respectivos compromisos internacionales en materia laboral;*

***IMPLEMENTAR** este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente, promover el desarrollo sostenible y fortalecer la cooperación en materia ambiental;*

***PROTEGER** y conservar el medio ambiente y mejorar los medios para hacerlo, incluso mediante la conservación de los recursos naturales en sus respectivos territorios;*

***CONSERVAR** su flexibilidad para salvaguardar el bienestar público;*

***RECONOCER,** el interés de las Partes centroamericanas de fortalecer y profundizar su integración económica regional; y*

***CONTRIBUIR** a la integración hemisférica y proveer un impulso hacia el establecimiento del Área de Libre Comercio de las Américas*".

Como se desprende de lo expresado en el propio texto del tratado, su objeto y finalidad es de naturaleza comercial y de inversión, no tributaria.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al analizar otros tratados de libre comercio suscritos con anterioridad por nuestro país, se ha referido al tema arancelario. En particular, la Sala analizó aspectos hacendarios y tributarios incluidos dentro de esos tratados, no encontrando que las desgravaciones arancelarias y otros mecanismos de índole fiscal, a los que se comprometía el Poder Ejecutivo, contrariaran las competencias constitucionales del artículo 121 inciso 13). La Sala se ha referido a este tipo de tratados como instrumentos de naturaleza comercial y ha considerado que las regulaciones hacendarias incorporadas a éstos son consecuencia del proceso de liberalización de las economías y apertura de mercados, que es el fin al cual se pretende llegar con la adopción de dichos instrumentos, asumiendo tal inclusión como uno de los compromisos típicos de un tratado de libre comercio.

Así, en el expediente 00-007203-0007-CO, resolución 2000-08404 de las 10:00 horas

del 22 de setiembre del 2000, en el que se conoce del Tratado de Libre Comercio con Chile, indicó lo siguiente:

*"**IX.-Sobre la desgravación arancelaria**: Los diputados consultantes consideran que el Artículo 3.04 del Tratado referido a la desgravación arancelaria, obligaría al Poder Ejecutivo en materia de aranceles aduaneros, sin posibilidad de modificación futura y ello, en su criterio, implicaría el establecimiento de una obligación radical que podría violentar las atribuciones del Poder Ejecutivo en materia hacendaria, específicamente el inciso 7) del artículo 140 de la Constitución Política que establece la atribución de disponer de la recaudación e inversión de las rentas nacionales de acuerdo con las leyes. Sobre el tema, considera la Sala que no existe ningún vicio de inconstitucionalidad en los términos en que se consulta por los diputados. Por el contrario, estima la Sala que esta norma es consecuencia del proceso de liberalización de las economías y apertura de mercados que es el fin al cual se pretende llegar con la adopción de instrumentos como el que está siendo consultado y que, en definitiva, constituye uno de los compromisos típicos de un tratado de libre comercio puesto que tal y como se desprende del punto 2 de ese artículo 3.04, la tendencia es que cada Parte elimine progresivamente sus aranceles aduaneros sobre las mercancías y ello fue uno de los compromisos medulares que Costa Rica asumió en esos instrumentos al igual que los demás países signatarios; compromiso que implica no imponer nuevas barreras arancelarias y no arancelarias, eliminar o reducir las existentes y no imponer aranceles por encima de ciertos niveles negociados internacionalmente. Con fundamento en tales razones, esta Sala no encuentra objeción alguna que señalar.*

***X.- Sobre los impuestos a la exportación:** Consultan los diputados si la disposición contenida en el Artículo 3.14 sobre los impuestos a la importación, es inconstitucional por cuanto, en su criterio, reduce las potestades y competencias del Poder Legislativo de introducir, modificar, reformar o imponer impuestos a la exportación y en vista de que, en el caso de Costa Rica, se excluyeron tres productos de exportación (banano, café, carne de vacuno y ganado de bovino en pie), son del criterio de que ello podría generar discriminación y trato desigual con respecto a los demás productos de exportación, tradicionales y no tradicionales que vende el país en el exterior, lo que podría violentar el artículo 33 y el artículo 121 inciso 13) de la Constitución Política. Sobre el tema, considera la Sala que si precisamente la intención del Tratado de Libre Comercio con Chile, es apertura de los mercados tanto para Costa Rica como para Chile y los demás socios comerciales, necesariamente pareciera que ello implica el favorecimiento para los sectores involucrados, de las condiciones de exportación de sus productos, toda vez que el Tratado pretende brindar al sector productivo nacional, nuevas oportunidades de mercado con Chile. Así las cosas, no estima la Sala que la disposición consultada contenga vicios de inconstitucionalidad en los términos apuntados, toda vez que, al suscribirse el Tratado, se ha cedido en esta materia precisamente en función de la operatividad misma del Tratado.*

***XI.- Sobre el Convenio Tributario en el Capítulo de Excepciones**: Consultan los diputados si el Artículo 20.01 es inconstitucional por cuanto crea la posibilidad a través de una definición de extrapolar materia tributaria, a un arreglo o convenio internacional, lo que puede rozar con el artículo 121 inciso 13 constitucional. Considera la Sala que la norma consultada no lleva implícita la alegada violación constitucional sino que, por el contrario, este artículo 20.01, al encontrarse en el capítulo de las excepciones del Tratado, ello significa el establecimiento de las condiciones bajo las cuales no se pueden aplicar las reglas del Tratado de Libre Comercio, y al relacionarse esta norma con*

el artículo 20.06 se tiene que -lejos de la interpretación que hacen los diputados y que tiende a desnaturalizar la finalidad misma del Tratado- lo que en realidad se busca es establecer las excepciones según las cuales ninguna disposición del Tratado afectará los derechos y las obligaciones de las Partes que se deriven de los convenios tributarios que se hubieran suscrito con anterioridad al Tratado, preservándose y garantizándose de esa manera, tales derechos y obligaciones suscritas. Así las cosas, por el contrario a la interpretación de los señores diputados, la regulación de la materia de excepciones significa la expresión del acuerdo al que se ha llegado entre los diferentes Estados en aras de garantizar los fines que persigue el Tratado. Por tales razones, no observa la Sala que en cuanto a este punto, se lesionen principios constitucionales en los términos en que se consulta.".

Resulta importante señalar que textos sobre Derecho Financiero y, particularmente, sobre Derecho Tributario, al referirse a la potestad de gravar, distinguen entre ésta y la facultad de ejercitarla en el plano material (la llamada competencia tributaria) y señalan que, aún cuando ambas pudiesen concurrir en un mismo sujeto estatal, es lo cierto que los criterios que rigen a una y a otra difieren de manera muy importante. De allí que la doctrina, cuando analiza en particular las limitaciones internacionales a la potestad tributaria, tanto objetivas como subjetivas, incluya dentro de las objetivas "*(…) a las numerosas limitaciones de carácter especial, establecidas generalmente por razones de orden comercial, y que muchas veces aparecen implícitamente en acuerdos que no son de índole fiscal.*" (Giuliani Fonrouge, Derecho Financiero, volumen I, 3ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 330). Corresponden a este tipo, según el autor citado, "*(…) 1) los numerosos tratados de comercio que incluyen cláusulas sobre tarifas aduaneras determinadas o exenciones (según la naturaleza o procedencia de las mercaderías) y regímenes preferenciales, especialmente por efecto de la cláusula de la nación más favorecida, o sobre impuestos al consumo; 2) ciertas convenciones sobre materia específicamente aduanera, especialmente el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) (…)*" (loc. cit.).

En lo que interesa resulta claro que, tanto a nivel doctrinario como jurisdiccional, es aceptado que la circunstancia de que los tratados comerciales incluyan otra serie de materias no comerciales, en un sentido estricto, no desvirtúa la naturaleza esencialmente comercial de los mismos, entendiéndose más bien que es la propia naturaleza comercial del instrumento jurídico el que requiere, la mayoría de las veces, de la inclusión de otras materias no comerciales, para la consecución del propio fin comercial que persigue.

En virtud de lo expuesto considera este Tribunal que, la limitación de admisibilidad contenida en el artículo 105 constitucional, no resulta aplicable a la posible aprobación o improbación del TLC por vía de un referéndum, ya que, a pesar de contener este algunas disposiciones en relación con materias sustraídas de tal posibilidad, estas son accesorias o instrumentales en relación con la consecución del objetivo y fin propios de un tratado de libre comercio; interpretación que, desde luego, es coherente con las exigencias interpretativas derivadas del principio pro participación que, entre otra cosas, obliga a interpretar restrictivamente el régimen de exclusiones previsto en esa disposición constitucional, tal y como se detalló en el segundo considerando de esta sentencia.

IV.-CONSIDERACIONES ADICIONALES DERIVADAS DE LA AUTORIZACIÓN PARA LA RECOLECCIÓN DE FIRMAS: La pertinencia de la recolección de firmas, en relación con el trámite simultáneo de conocimiento del proyecto de ley del TLC en vía legislativa, hace necesario que este Tribunal, en resguardo del principio de seguridad jurídica, proceda a adicionar algunas consideraciones específicas ante el vacío legal existente:

a) La admisión de la presente solicitud para la recolección de firmas del 5% de los ciudadanos registrados en el padrón electoral no tiene, en esta fase procedimental, el efecto de interrumpir la tramitación, por la vía legislativa, del proyecto de ley de aprobación del TLC. Solo en caso de superarse todas las etapas preliminares y, en el momento mismo en que se haga la eventual convocatoria a referéndum, se paralizaría esa tramitación legislativa, la que se entendería suspendida únicamente en cuanto a su votación en el Plenario.

b) Dado que la reforma constitucional al artículo 105 prevé dos vías para legislar (la parlamentaria y el instituto del referéndum), debe entenderse que la vía del referéndum por iniciativa ciudadana, cuando la gestión se refiere a un proyecto de ley que ya está en trámite en la corriente legislativa, implica la avocación del Soberano al conocimiento de dicho proyecto, lo cual hace innecesaria la publicación regulada en el artículo 6 inciso d) de la "Ley de Regulación del Referéndum". Siguiendo este principio, en el caso que nos ocupa, rige la difusión anticipada del texto dictaminado por la Comisión Especial de Asuntos Internacionales y Comercio Exterior de la Asamblea Legislativa, publicado en el Alcance n.º 2 a La Gaceta n.º 19 del 26 de enero del 2007.

c) Toda vez que, en este caso, debe prescindirse de una nueva publicación del proyecto que interesa, el plazo de nueve meses –prorrogable por un mes más– de que disponen los gestores para recolectar firmas corre a partir de la notificación de la presente resolución (inciso e del artículo 6 de la Ley).

d) El padrón electoral a utilizarse para determinar el 5% de las firmas que indica el artículo 6 inciso d) de la ley será aquel que se cierre al mes inmediatamente anterior a la fecha de la presente resolución.
Propiamente sobre el proceso de organización, dirección y fiscalización que atañe a la presente fase procedimental, deviene oportuno puntualizar lo que sigue:

a) La Coordinación de Programas Electorales diseñará el formulario que este Tribunal debe autorizar para la recolección de firmas, el cual contendrá la siguiente leyenda: *Respaldo la convocatoria de un referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el "Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos" (TLC), expediente legislativo n.º 16.047, según el texto dictaminado por la Comisión Especial de Asuntos Internacionales y Comercio Exterior de la Asamblea Legislativa y que fuera publicado en el Alcance n.º 2 a La Gaceta n.º 19 del 26 de enero del 2007.*

b) Acorde al artículo 8 de la Ley de Regulación del Referéndum, los gestores de la consulta popular deberán previamente presentar al Tribunal, para su aprobación, un plan de recolección de firmas, con indicación de los lugares que se utilizarán para ello y las personas responsables de la custodia de los formularios. A estos efectos, se recuerda que legalmente se encuentran autorizadas para facilitar un espacio físico en sus instalaciones, cuando así lo consideren oportuno y en coordinación con el Tribunal, las municipalidades, las escuelas, los colegios y las instituciones públicas en general.

c) La Coordinación de Programas Electorales imprimirá la cantidad de formularios que sea razonable, teniendo en cuenta el número mínimo de firmas requeridas y en coordinación con los gestores. También se encargará de acreditar a los responsables de custodiar los formularios de firmas y recolectarlas.
d) En su oportunidad, la Coordinación de Programas Electorales constituirá el equipo de trabajo que revisará la autenticidad de los nombres, las firmas y los números de cédula dentro del plazo conferido en el artículo 9 de la ley de marras, para lo cual integrará ese grupo con los funcionarios que reúnan, en ese sentido, la experiencia y capacitación idónea.

POR TANTO

Se autoriza la recolección de firmas, en los términos señalados en los artículos 6 inciso e), 7 y 8 de la Ley sobre Regulación del Referéndum. Por innecesario, se omite ordenar la publicación del proyecto en La Gaceta. Se ordena a la Coordinación de Programas Electorales diseñar el formulario que este Tribunal debe autorizar para la recolección de firmas, el cual contendrá la siguiente leyenda: *Respaldo la convocatoria de un referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el "Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos" (TLC), expediente legislativo n.º 16.047, según el texto dictaminado por la Comisión Especial de Asuntos Internacionales y Comercio Exterior de la Asamblea Legislativa y que fuera publicado en el Alcance n.º 2 a La Gaceta n.º 19 del 26 de enero del 2007*. Se aclara que la autorización conferida no suspende la tramitación legislativa del referido proyecto, lo cual únicamente se produciría con la eventual convocatoria a referéndum, en los términos del artículo 11 de la indicada ley, y que dicho efecto suspensivo sólo alcanzaría su votación en el plenario legislativo. Notifíquese. **F)** LUIS ANTONIO SOBRADO GONZÁLEZ, EUGENIA MARÍA ZAMORA CHAVARRÍA, ZETTY BOU VALVERDE.

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	Costa Rica
ÓRGANO ELECTORAL:	Tribunal Supremo de Elecciones (TSE)
TEMA:	La potestad de autorregulación partidaria debe respetar el orden constitucional y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
NÚMERO DE CAUSA:	Sentencia Nro. 4102-E1-2013
FECHA DE EMISIÓN:	16 de septiembre de 2013
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Amparo electoral
ACTO QUE SE RECURRE:	Resolución Nro. 05-2013
ACCIONANTE (S):	Diputado Jorge Angulo Mora
ACCIONADO (S):	Partido Liberación Nacional (PLN)
DECISIÓN:	Se declara con lugar el recurso de amparo electoral.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	El diputado Jorge Angulo Mora plantea el recurso de amparo electoral en contra del Partido Liberación Nacional (PLN) y afirma que la Resolución Nro. 1-2012 del Tribunal de Ética y Disciplina del PLN dispuso suspenderlo como militante de esa agrupación política y el Tribunal de Alzada del PLN con Resolución Nro. 05-2013 lo confirmó. Además, que en su condición de diputado solicitó al Tribunal de Elecciones Internas (TEI) del PLN su incorporación como asambleísta en la Asamblea del Órgano Consultivo Provincial de Puntarenas y subrayó que el TEI del PLN rechazó su solicitud y consideró que el órgano partidario encargado de valorar, en ese caso, era el Tribunal de Ética y Disciplina.
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	El Tribunal de Ética y Disciplina del Partido Liberación Nacional (PLN) mediante Resolución Nro. 1-2012 acordó la suspensión del señor Jorge Angulo Mora como militante del PLN, en aplicación del artículo 135 del estatuto partidario. Asimismo, el Tribunal de Ética y Disciplina; y, el de Alzada, como órganos autónomos, aplicaron el debido proceso dándole audiencia a las partes para referirse a los hechos.

ARGUMENTOS	
RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	La presunción de culpabilidad vulnera los principios de: inocencia, debido proceso constitucional y participación política.
RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	La norma estatutaria otorga al Tribunal de Ética y Disciplina del Partido Liberación Nacional (PLN) la potestad de suspender la militancia de sus partidarios, desde la existencia de un proceso penal, aun cuando no medie juzgamiento en firme. Por lo que, el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) considera que esa potestad lesiona el principio de inocencia, el derecho al debido proceso y restringe irrazonablemente la participación política de sus militantes, por cuanto se presume su culpabilidad e invierte la garantía de inocencia, lo que vulnera el derecho de participación política.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Desaplicar la norma disconforme con la ley o la Constitución.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	Para el presente caso, el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) tiene el poder- deber de desaplicar la norma estatutaria disconforme con base en la la ley y la Constitución; ya que, el acto no queda inmune de controles por el hecho de sustentarse en una norma estatutaria irregular. En este contexto, el TSE ocuparía una posición similar a la que la Sala Constitucional reconoció en la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que tiene el poder de desaplicar por propia autoridad las disposiciones infralegales que contravengan la Constitución.

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES (TSE)
Sentencia 4102-E1-2013

Descripción	**Presunción de culpabilidad vulnera principios de inocencia, del debido proceso constitucional y de participación política. Potestad de autorregulación partidaria y de establecer sanciones a sus militantes, debe respetar el orden constitucional y los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Tratándose de derechos fundamentales, toda limitación a la libertad de participación política y a la ciudadanía debe ser restrictiva en su favor.** La Autoridad Electoral precisó que una norma estatuaria de un partido político resultaba contraria a la Constitución Política, porque vulnera principios capitales como el de inocencia (que integra el debido proceso constitucional) y el de participación política, consagrados en los artículos 39 y 98 constitucionales. En ese sentido puntualizó que la formulación normativa otorga, al Tribunal de Ética y Disciplina del PLN, la potestad de suspender la militancia de sus partidarios, a partir de la existencia de un proceso penal, aun cuando aún no medie juzgamiento penal firme que ratifique la trasgresión a una prohibición u obligación jurídica por parte del encausado. Consideró el TSE que es claro que esa potestad lesiona el principio de inocencia y por esa vía el derecho al debido proceso, como también restringe, irrazonablemente, la participación política de sus militantes pues, a partir de la infracción que entraña esa formulación estatutaria, se presume la culpabilidad del indiciado, con lo cual se invierte la garantía de inocencia y se supone su culpabilidad, con la consecuencia de que se afecta también su derecho de participación política (…) someterse a un proceso penal no constituye una conducta de acción u omisión que pueda sancionarse en términos del principio de tipicidad porque, precisamente, el conjunto de fases que regulan ese proceso, más bien representa una garantía de defensa que emana de la Carta Fundamental, sin que se pueda desmerecer el estado de inocencia del sujeto involucrado antes de que se conozca el resultado del asunto. Dispuso el TSE que si bien los partidos políticos tienen la potestad de autorregularse y establecer las sanciones que estimen oportunas para regular la conducta de sus militantes, tal atribución está limitada al cumplimiento del orden constitucional de la República (artículo 52 inciso e) del Código Electoral) y ese cumplimiento, entre otros, impide tratar al amparado de forma cruel o degradante (artículo 40 constitucional) por el solo hecho de seguirse una causa penal en su contra que, a la fecha, no ha declarado la comisión de un ilícito que justifique la suspensión de su militancia. Señaló, además que la norma también viola los principios de razonabilidad y proporcionalidad como límites partidarios para intervenir en el ámbito sancionatorio y como garantías de ese principio constitucional de presunción de inocencia (…) de forma irrazonable y desproporcionada, otorga un mayor peso al cuestionamiento penal del amparado en detrimento de sus derechos políticos, de tal suerte que el accionante, sin juzgamiento penal firme, se ve privado temporalmente de su participación política por vías ilegítimas. Determinó el TSE que el cuestionamiento penal del accionante no puede limitar su participación política porque, tratándose de derechos fundamentales, toda limitación a la libertad de participación política, de acuerdo a las reglas limitativas de la ciudadanía prescritas constitucionalmente, debe ser restrictiva en su favor.

N.° 4102-E1-2013.- TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las diez horas con quince minutos del dieciséis de setiembre de dos mil trece.

Recurso de Amparo Electoral formulado por el Diputado Jorge Angulo Mora, contra el Partido Liberación Nacional (PLN), por impedirle participar en Asamblea Partidaria.

RESULTANDO

1.- Por escrito presentado en la Secretaría General del Tribunal Supremo de Elecciones (en adelante TSE) el 8 de agosto de 2013, el señor Diputado Jorge Angulo Mora plantea recurso de amparo electoral contra el partido Liberación Nacional (PLN). Afirma que, por resolución n.° 1-2012 de las 21:00 horas del 17 de enero de 2012, el Tribunal de Ética y Disciplina del PLN –con base en el artículo 131 (sic) del estatuto partidario- dispuso suspenderlo como militante de esa agrupación política. Señala que el Tribunal de Alzada del PLN, en resolución n.° 05-2013 de las 19:30 horas del 5 de setiembre de 2012, acordó confirmar lo dispuesto por el Tribunal de Ética y Disciplina y, en ese tanto, lo suspendió como militante del PLN. Indica que, en su condición de Diputado, el 24 de julio de 2013 solicitó al Tribunal de Elecciones Internas (TEI) del PLN su incorporación como asambleísta ex officio en la Asamblea del Órgano Consultivo Provincial de Puntarenas, a celebrarse el 10 de agosto de 2013. Subraya que el TEI del PLN, por acuerdo adoptado en la sesión n.° 58-13, dispuso rechazar su solicitud en tanto consideró que el órgano partidario encargado de valorar ese caso era el Tribunal de Ética y Disciplina. Argumenta, finalmente, que el artículo 131 (sic) del estatuto partidario violenta su derecho fundamental de participación política. Solicita que se declare con lugar el recurso de amparo electoral, que se declare contrario al derecho de participación política el artículo 131 (sic) del estatuto del PLN y que se autorice su participación como asambleísta en la Asamblea del Órgano Consultivo Provincial de Puntarenas, programada para el 10 de agosto de 2013 (folios 1-5).

2.- En resolución de las 14:30 horas del 09 de agosto de 2013 se ordenó, a los presidentes del Comité Ejecutivo Superior y del TEI del PLN, que rindieran informe sobre los hechos alegados por el accionante. De igual manera, se ordenó al TEI del PLN que, cautelarmente, tuviera al señor Angulo Mora como militante activo del PLN y miembro de la Asamblea del Órgano Consultivo Provincial de Puntarenas del 10 de agosto de 2013 (folios 17-18).

3.- El señor Hernán Azofeifa Víquez, presidente del TEI, presentó el informe el 13 de agosto de 2013. Afirma que, ciertamente, el Tribunal de Ética y Disciplina del PLN, en resolución n.° 1-2012, acordó la suspensión del señor Jorge Angulo Mora como militante del PLN, en aplicación del artículo 135 del estatuto partidario. Añade que ese Tribunal, mediante resolución n.° 8-2012, ratificó la suspensión del señor Angulo Mora, en acatamiento a lo ordenado por el Tribunal de Alzada del PLN. Aclara que el Tribunal de Alzada del PLN, en resolución n.° 5-2012, acordó ratificar lo dispuesto por el Tribunal de Ética y Disciplina en el fallo n.° 8-2012. Enfatiza que los tribunales de Ética y Disciplina y de Alzada, como órganos autónomos, aplicaron el debido proceso dándole audiencia a las partes para referirse a los hechos. Dice que el Tribunal de Ética y Disciplina es el órgano rector de la ética, la moral y la disciplina interna del Partido, por lo que debe velar por las actuaciones de los miembros, incluidas aquellas en el ejercicio de la función pública. Argumenta que el PLN, bajo el principio de autorregulación

interna, aplicó una suspensión temporal al señor Angulo Mora. Externa que el TEI acató, para las asambleas del Órgano Consultivo Provincial, la suspensión recaída en el señor Angulo Mora. Subraya que, de acuerdo con los lineamientos de dichas asambleas y la convocatoria publicada en el Diario Extra el pasado 31 de julio, los candidatos y delegados debían cumplir con lo establecido en el artículo 14 inciso b) del estatuto, sea, carecer de procesamientos y condenas penales firmes que consten en el Registro Judicial de Delincuentes, carecer de condenas vigentes en el Tribunal de Ética y Disciplina y no estar suspendidos por este órgano. Puntualiza que, ciertamente, el TEI conoció la solicitud del señor Angulo Mora para que se le habilitara a participar en los órganos consultivos provinciales de Puntarenas; sin embargo, se le indicó que el TEI no tiene facultades para resolver casos que le competen al Tribunal de Ética y Disciplina. Pide, finalmente, que se declare sin lugar el recurso de amparo electoral dado que, bajo el debido proceso, pesa una suspensión sobre el señor Angulo Mora, ratificada por un órgano superior del PLN, y no es posible, legalmente, que otro órgano levante esa suspensión (folios 26-29).

4.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales. Redacta la Magistrada **Zamora Chavarría**; y,

CONSIDERANDO

I.- Aclaración preliminar: El amparo electoral se interpone contra el PLN. Por tal motivo, en el auto que le dio curso, se pidió informe a los presidentes del Comité Ejecutivo Superior y del Tribunal de Elecciones Internas. Sin embargo, solo el presidente del Tribunal de Elecciones rindió el informe requerido por lo cual, ante la omisión del Comité Ejecutivo Superior, se entra a conocer la gestión con los elementos que constan en el expediente.

II.- Objeto del recurso: El accionante acude en amparo electoral porque, según indica, el Tribunal de Ética y Disciplina dictó una suspensión temporal en su contra, ratificada por el Tribunal de Alzada del PLN, conforme a lo dispuesto en el artículo 135 del estatuto partidario, lo que le impedía participar en la asamblea del pasado 10 de agosto, llevada a cabo por el Órgano Consultivo Provincial de Puntarenas.

III.- Hechos probados: De importancia para la decisión de este recurso se tienen, como demostrados, los siguientes: **1)** que, en resolución n.° 1-2012 de 17 de enero de 2012 (expediente n.° TED-5-2011), el Tribunal de Ética y Disciplina acordó suspender al señor Jorge Angulo Mora como militante del PLN (folios 10-11, 26 y 30-31); **2)** que, por resolución n.° 5-2012 del 5 de setiembre de 2012 el Tribunal de Alzada, ante recurso de revisión, confirmó la suspensión del señor Angulo Mora como militante del PLN, dictada por el Tribunal de Ética y Disciplina (folios 27 y 37-42); **3)** que, en nota de 24 de julio de 2013, el señor Angulo Mora solicitó al TEI que lo habilitara para participar de pleno derecho en la Asamblea del Órgano Consultivo Provincial de Puntarenas, convocada para el 10 de agosto de 2013 (folios 9, 28 y 47); **4)** que, por acuerdo adoptado en la sesión 58-13, comunicado según oficio n.° TEI-282 de 27 de julio de 2013, el TEI le indicó al señor Angulo Mora que, sobre la solicitud para que lo habiliten a participar en la Asamblea del Órgano Consultivo Provincial, no tiene las facultades para resolver casos que le atañen directamente al Tribunal de Ética y Disciplina (folios 8, 28 y 48); **5)** que, vía publicación en el Diario Extra el 31 de julio de 2013, el PLN convocó a la celebración de la Asamblea del Órgano Consultivo Provincial de Puntarenas, a celebrarse el 10 de agosto de 2013 (folios 44-46).

IV.- Examen de fondo: El Tribunal entiende que este recurso de amparo

electoral debe ser declarado con lugar porque, como se dirá, aunque los órganos partidarios actuaron en apego a su normativa interna, la aplicación del artículo 135 del estatuto, al recurrente, lesionó sus derechos fundamentales al debido proceso y de participación política.

Dos aspectos puntuales deben considerarse para abordar el amparo: **a)** la intervención de los órganos partidarios involucrados en la sanción impuesta, desde el ámbito del derecho adjetivo; **b)** las consecuencias de la aplicación del artículo 135 del estatuto del PLN al accionante.

1) Actuación de los órganos internos del PLN en torno a la suspensión temporal del señor Angulo Mora: Con el propósito de garantizar la adecuada disciplina de la colectividad partidaria, el artículo 73 del Código Electoral dispone que los partidos políticos deben integrar órganos encargados de la ética y la disciplina de sus miembros. Esa norma legal también determina que las agrupaciones políticas deberán establecer, en sus reglamentos, con claridad, las atribuciones, competencias, procedimientos y sanciones pertinentes.

Entre otras, en la resolución n.º 957-E-2001 de las 9:25 horas del 2 de mayo del 2001, el TSE puntualizó que la potestad disciplinaria debe ser ejercida por los partidos políticos, garantizando los derechos fundamentales de sus miembros y apuntó:

> "Los miembros de los partidos políticos tienen el deber de ajustar su conducta a los principios y la normativa interna de cada organización. Sus faltas pueden ser sancionadas a través de procedimientos disciplinarios realizados por el órgano competente, en este caso, el Tribunal de Ética. [sic] Pero la potestad sancionatoria del partido encuentra sus límites en el respeto a los derechos fundamentales de los partidarios.".

Como se aprecia, por disposición de ley, todo Tribunal de Ética y Disciplina se aboca -de manera exclusiva y excluyente- a conocer de los procesos disciplinarios internos contra sus partidarios, sin que otro órgano regular pueda usurpar sus competencias, así sea este la Asamblea Nacional (ver, en ese sentido, resolución n.° 053-E1-2013 de las 09:50 horas del 9 de enero de 2013).

En cuanto al debido proceso, la jurisprudencia electoral ha entendido que los tribunales de ética y disciplina no se encuentran obligados a cumplir con todas las formalidades de la Ley General de la Administración Política. Basta, según lo dijo esta Magistratura Electoral, que cumplan con las garantías mínimas del debido proceso, entre ellas: el traslado de cargos al afectado, el acceso al expediente, la concesión de un plazo razonable para la preparación de la defensa, el otorgamiento de una audiencia, el derecho a aportar toda la prueba posible para sustentar la defensa, la fundamentación de los fallos y, finalmente, el derecho a recurrir las sentencias.

En el caso concreto, el numeral 127 del estatuto partidario define, básicamente, la competencia del Tribunal de Ética y Disciplina del PLN, como se aprecia de seguido:

> "El Tribunal de Ética y Disciplina actuará como Tribunal de Conciencia, su fallo deberá sustentarse en el debido proceso y tendrá las siguientes funciones:
> a) Investigar por iniciativa propia o con base en denuncia o acusación, las faltas que se atribuyen a los miembros del Partido contra la ética o la moral pública, los Programas, el Estatuto, los Reglamentos, el honor, la dignidad de los compañeros, la imagen del Partido y su disciplina. Igualmente actuar cuando lo solicite expresamente un miembro del partido, que crea conveniente someter su propio caso a

la consideración del Tribunal;
b) Absolver o imponer sanciones;
c) Dictar su propio reglamento.".

El artículo 150 de la carta estatutaria, por su parte, señala que el Tribunal de Alzada conoce de los recursos de revisión planteados contra la resolución final que emita el Tribunal de Ética y Disciplina pero que, antes de resolver, debe otorgar audiencia a las partes involucradas para que aleguen lo que estimen pertinente.

Específicamente, el Tribunal de Ética y Disciplina del PLN llevó a cabo un procedimiento sumarísimo y suspendió temporalmente al señor Angulo Mora como militante del PLN, con base en el artículo 135 del estatuto.

Indistintamente del carácter sustantivo de la norma, el cual será analizado en el siguiente acápite de esta resolución, no se aprecia vicio alguno desde el ámbito del derecho adjetivo o del procedimiento que desembocó en la sanción aplicada.
En primer lugar, el Tribunal de Ética y Disciplina y el Tribunal de Alzada constituyen los dos órganos con la atribución específica de conocer las cuestiones disciplinarias de sus partidarios, conforme lo disponen los artículos 73 del Código Electoral y 125 a 152 del Estatuto del PLN.

En segundo término, al investigado se le brindaron las garantías básicas de defensa, como son: 1) el nombramiento del Órgano Director del Proceso; 2) el traslado de cargos; 3) audiencias previas para referirse a los hechos; 4) audiencia con patrocinio letrado para ejercer la defensa; 5) dictado de la sentencia de primera instancia; 6) comunicación de la sentencia emitida en primera instancia por el Tribunal de Ética y Disciplina; 7) derecho a recurrir el fallo de primera instancia; 8) audiencia previa otorgada por el Tribunal de Alzada antes de resolver; 9) resolución del Tribunal de Alzada sobre el recurso de revisión planteado contra el fallo de primera instancia; 10) notificación del fallo dictado por el Tribunal de Alzada (hechos no controvertidos en el escrito de amparo visto a folios 1-5 y folios 30-33, 37-43).

En lo concerniente al TEI importa señalar que correspondía su rechazo a la solicitud del señor Angulo Mora tendiente a participar en la Asamblea del Órgano Consultivo Provincial dado que, por su propia naturaleza, carece de atribuciones para conocer y revocar la suspensión decretada por el Tribunal de Ética y Disciplina y ratificada por el Tribunal de Alzada.

2) Aplicación del artículo 135 del estatuto del PLN y sus efectos en detrimento de los derechos fundamentales del amparado: La actuación de los órganos partidarios involucrados en el presente asunto deviene de lo preceptuado en el artículo 135 del estatuto del PLN; sin embargo, esa formulación estatuaria, en criterio de este Tribunal, resulta contraria a la Carta Magna porque, como se indicó, vulnera principios capitales como el de inocencia (que integra el debido proceso constitucional) y el de participación política, consagrados en los artículos 39 y 98 de la Constitución Política.
a) Violación al principio de inocencia: Dispone el artículo 39 de la Constitución Política:

"A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.
No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren

decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.".
A mayor abundamiento, la Sala Constitucional ha señalado que el principio de inocencia,
"(…) consiste en el estado jurídico de que goza toda persona hasta que un tribunal (judicial o administrativo, según el caso) disponga lo contrario. (…) este derecho sería vulnerado si a la persona le fueran aplicadas medidas de tal gravedad que implicaran una sanción anticipada, en detrimento de su estado jurídico de inocencia o si se le condenare sin antes seguir un proceso en el cual haya sido garantizado el contradictorio." (sentencia n.° 1999-09890 de las 16:33 horas del 15 de diciembre de 1999).

Por su parte, el principio de inocencia también es recogido en el artículo 9 del Código Procesal Penal (ley n.° 7594 de 10 de abril de 1996, publicada en el Alcance n.° 31 a La Gaceta n.° 106 de 4 de junio de 1996 y vigente a partir del 1 de enero de 1998) al señalar que:

"El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado.".

En el caso concreto, el artículo 135 del estatuto partidario que aquí se analiza establece:

"El Tribunal de Ética y Disciplina, en proceso sumarísimo y previa audiencia de tres días, podrá suspender temporalmente la militancia y participación política a quien enfrente un proceso penal por los delitos de narcotráfico, o contra los intereses del Estado, o por delitos electorales o cualquier otro delito grave. Una vez finalizado el proceso penal, el Tribunal resolverá en forma definitiva siguiendo el procedimiento ordinario que indica el Estatuto." (el destacado es suplido).

La formulación normativa transcrita otorga, al Tribunal de Ética y Disciplina del PLN, la potestad de suspender la militancia de sus partidarios, a partir de la existencia de un proceso penal, aun cuando aún no medie juzgamiento penal firme que ratifique la trasgresión a una prohibición u obligación jurídica por parte del encausado. Es claro que esa potestad lesiona el principio de inocencia y por esa vía el derecho al debido proceso, como también restringe, irrazonablemente, la participación política de sus militantes pues, a partir de la infracción que entraña esa formulación estatutaria, se presume la culpabilidad del indiciado, con lo cual se invierte la garantía de inocencia y se supone su culpabilidad, con la consecuencia de que se afecta también su derecho de participación política.
El artículo 135 del estatuto del PLN sanciona a "quien enfrente un proceso penal" por los delitos ahí señalados. No obstante, someterse a un proceso penal no constituye una conducta de acción u omisión que pueda sancionarse en términos del principio de tipicidad porque, precisamente, el conjunto de fases que regulan ese proceso, más bien representa una garantía de defensa que emana de la Carta Fundamental, sin que se pueda desmerecer el estado de inocencia del sujeto involucrado antes de que se conozca el resultado del asunto.

Si bien los partidos políticos tienen la potestad de autorregularse y establecer las sanciones que estimen oportunas para regular la conducta de sus militantes, tal atribución está limitada al cumplimiento del orden constitucional de la República (artículo 52 inciso e) del Código Electoral) y ese cumplimiento, entre otros, impide tratar al amparado de forma cruel o degradante (artículo 40 constitucional)

por el solo hecho de seguirse una causa penal en su contra que, a la fecha, no ha declarado la comisión de un ilícito que justifique la suspensión de su militancia.

Con vista en este análisis, la norma también viola los principios de razonabilidad y proporcionalidad como límites partidarios para intervenir en el ámbito sancionatorio y como garantías de ese principio constitucional de presunción de inocencia.

b) Perturbación al derecho fundamental de participación política: El derecho fundamental de participación política, que subsume al de asociación política, involucra la vinculación y permanencia en determinada agrupación política, a la luz de lo que señala el numeral 98 de la Constitución Política.

En la resolución n.° 6035-E1-2010 de las 13:30 horas del 10 de setiembre de 2010, esta Autoridad Electoral se refirió al derecho de participación política en sus diferentes dimensiones: **a)** el derecho de participación política en general y su desarrollo durante la última década; **b)** la protección supraconstitucional del derecho de participación política; **c)** el derecho fundamental a la participación política en la jurisprudencia del TSE; **d)** el derecho de participación política en la vida interna de los partidos políticos.

Sobre el derecho de participación política en general y el desarrollo que ha tenido en la última época, este Tribunal enfatizó que, tanto el constituyente como el legislador han decidido otorgar, por intermedio de institutos de democracia semidirecta como el referéndum o la iniciativa popular, una serie de facultades y potestades al ciudadano para incorporarse, activamente, a la vida política, a la toma de decisiones, e, incluso, al diseño de las políticas públicas del país.

En cuanto a la protección supraconstitucional del derecho de participación política el Tribunal subrayó que se trata de un derecho que no se satisface solamente con la posibilidad de ejercer el sufragio activo o pasivo sino que constituye un derecho fundamental **dinámico y expansivo** que permite el ejercicio de los derechos políticos establecidos en la Constitución Política y en los Instrumentos Jurídicos Internacionales de Derechos Humanos de los que forma parte el Estado costarricense; específicamente, la participación de las personas en "la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos" (art. 23 inciso 1.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Respecto del derecho fundamental a la participación política en la jurisprudencia electoral, el Tribunal, consciente del **carácter expansivo de la participación política**, producto de las modificaciones realizadas por el constituyente derivado y el legislador, ha ajustado sus criterios jurisprudenciales a esas exigencias, remodelando el contenido de ese derecho y ampliando su ámbito de cobertura, de suerte tal que aquel represente una **garantía más expansiva**, en procura de la interpretación que mejor favorezca a la persona (ver resoluciones n.°1738-E-2002, 1119-E2007, 0370-E1-2008, 1947-E8-2008 y 4114-E8-2009).

Finalmente, en torno al derecho de participación política en la vida interna de los partidos políticos, esta Magistratura recalcó que los partidos deben contar con estructuras democratizadoras que garanticen, ampliamente, el derecho de sus miembros a intervenir en la vida interna de la agrupación, a efecto de dar cumplimiento a la participación política, lo que implica la legítima aspiración a ocupar un puesto de dirección o de representación dentro de las estructuras partidarias y a no ser removido arbitrariamente de esos puestos.

Debido a su carácter expansivo resulta consustancial a la participación política el principio de progresividad que deriva, a su vez, del principio democrático.

A la luz del principio de **progresividad de la participación política**, cualquier norma o requisito, aunque tenga carácter sancionador, no puede tener una dimensión mayor a la del propio derecho tutelado en la Constitución Política y en las normas supra constitucionales, conforme al señalado principio de razonabilidad que constituye, a su vez, parámetro de constitucionalidad.

En la situación que se analiza, bajo el principio de autorregulación interna, los partidos políticos establecen sus propias normas, dictan sus disposiciones e imponen requisitos subyacentes a la dinámica partidaria; sin embargo, el **principio de progresividad**, exige que sus actuaciones sean acordes a los principios y valores superiores que postulan un derecho expansivo a la participación política. En ese sentido las acciones partidarias, en general, no pueden ostentar una dimensión mayor que la que protege el derecho fundamental de participación política, al punto de tornar nugatorio ese derecho y trastocar, a su vez, el fortalecimiento del principio democrático interno que exigido a los partidos políticos (ver resolución n.° 7804-E1-2012).

Particularmente, el sometimiento de los partidos políticos a los principios básicos que establece la Constitución para asegurar la vigencia de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, impide que estos actúen sin ajustarse a las normas jurídicas vigentes o en contra del principio de interdicción de la arbitrariedad. Por ende, cualquier decisión o disposición normativa que implemente el Partido para regular su vida interna debe tener plena justificación en razón de los fines que persigue.

En este caso, el artículo 135 del estatuto partidario autoriza a suprimir temporalmente la relación jurídica del señor Angulo Mora con el PLN porque, de forma irrazonable y desproporcionada, otorga un mayor peso al cuestionamiento penal del amparado en detrimento de sus derechos políticos, de tal suerte que el accionante, sin juzgamiento penal firme, se ve privado temporalmente de su participación política por vías ilegítimas.

Con mayor claridad, el cuestionamiento penal del accionante no puede limitar su participación política porque, tratándose de derechos fundamentales, toda limitación a la libertad de participación política, de acuerdo a las reglas limitativas de la ciudadanía prescritas constitucionalmente, debe ser restrictiva en su favor (véanse, a modo de ejemplo, las resoluciones del TSE n.º 2529-E-2004 de las 10:40 horas del 30 de setiembre del 2004 y 2337-E-2004 de las 12:20 horas del 6 de setiembre del 2004).

Aunado a la rigidez de los preceptos constitucionales, no aprecia este Tribunal que la asociación política del amparado comprometa la instrucción del proceso penal, al punto de que se le tengan que aplicar cautelas previas en detrimento de su militancia partidaria.

En suma, ante el reclamo formulado por el actor, el Tribunal concluye que la norma que sustentó la suspensión temporal de su militancia, aplicada por el Tribunal de Ética y Disciplina y ratificada por el Tribunal de Alzada de su partido, comporta violaciones flagrantes a principios y derechos capitales de naturaleza electoral, como el derecho de participación política.

V.- Desaplicación, para el caso concreto, del artículo 135 del estatuto del PLN: En la resolución n.° 4251-E8-2008 (sic) de las 14:40 horas del 11 de setiembre de 2009 esta Magistratura Electoral hizo un

repaso sobre la desaplicación de normas estatutarias ante casos concretos, por parte del TSE, e indicó:

"(…) ante eventuales violaciones a derechos fundamentales de naturaleza electoral que encuentren su asidero en una norma de un estatuto partidario, el Tribunal ha entendido que – mediando el reclamo justificado, entiéndase en vía contenciosa y no interpretativa como el caso que nos ocupa – tiene el poder-deber de desaplicar la norma estatutaria que propicie la violación alegada para ese caso concreto; precedente jurisprudencial que tiene su origen en la resolución n.º 393-E-2000 de las 13:15 horas del 15 de marzo del 2002, que – mediante voto de mayoría – señaló:

"El artículo 98 de la Constitución Política reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos a agruparse en partidos políticos para intervenir en la política nacional, siempre que éstos en sus programas se comprometan a respetar el orden constitucional del país; a lo cual agrega que su creación y funcionamiento serán libres, siempre que se hagan de conformidad con la Constitución y las leyes y, de manera especial, que se ajusten a parámetros democráticos.

Confiado (sic) el artículo 99 constitucional al Tribunal Supremo de Elecciones la organización, dirección y vigilancia de la actividad político-electoral, es claro que éste es el órgano estatal constitucionalmente competente para velar por el respeto de esos límites que impone el ordenamiento.

En lo que respecta al control de la conformidad legal y constitucional de los estatutos partidarios, éste se verifica en un primer momento cuando el Registro Civil se pronuncia aceptando o denegando la inscripción del correspondiente partido político (art. 68 del Código Electoral).

Sin embargo, el hecho de que el estatuto partidario supere este primer examen, no impide que el Tribunal pueda volver a hacerlo al momento de conocer de reclamos contra actos de ejecución o aplicación de dichas normas estatutarias a través – entre otros- de la figura de amparo electoral, porque lo decidido por el Registro en sede administrativa no produce cosa juzgada, sino que es susceptible de revisión por el Tribunal en vía jurisdiccional.

En el supuesto indicado en el párrafo anterior, ***el Tribunal tiene el poder-deber de desaplicar, para el caso concreto, la norma estatutaria disconforme con la ley o la Constitución, de suerte que el acto concreto no quede inmune de controles por el hecho de sustentarse en una norma estatutaria irregular****.*

En este campo, el Tribunal ocuparía una posición similar a la que la Sala Constitucional ha reconocido a la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual tiene el poder de desaplicar por propia autoridad las normas infralegales que contravengan la Constitución (resolución 3035-96 de las 10:51 horas del 21 de junio de 1996).

Dicha competencia del Tribunal Electoral se afirma, desde luego, sin perjuicio de la potestad, propia de la Sala Constitucional, de juzgar en abstracto la constitucionalidad de las reglas estatutarias, que como normas se encuentran sujetas al control de constitucionalidad y, por ende, a la posibilidad de ser suprimidas del ordenamiento por decisión de la jurisdicción constitucional." (lo destacado no pertenece al original).

En el caso bajo análisis, el amparado argumenta que el artículo 135 del estatuto partidario constituye una norma contraria al Derecho de la Constitución porque, abusivamente, contempla la inhabilitación

de un militante partidario sin que exista sentencia firme que imponga la pena de suspensión de los derechos políticos consagrados en el artículo 98 de la Carta Magna.

En vista de que la actuación del órgano recurrido se fundamenta en la norma estatutaria señalada y que la misma trasgrede normas, principios y valores constitucionales, según el análisis que antecede, corresponde desaplicarla para el caso concreto, con ocasión de la alegada inconstitucionalidad dentro del recurso de amparo formulado.

POR TANTO

Se declara con lugar el recurso de amparo electoral. Se desaplica, para el caso concreto, el artículo 135 del estatuto del Partido Liberación Nacional. Se anulan las resoluciones n.° 1-2012 del 17 de enero de 2012 y n.° 5-2012 del 5 de setiembre de 2012 dictadas, en su orden, por el Tribunal de Ética y Disciplina y por el Tribunal de Alzada de esa agrupación política. En adelante el Partido Liberación Nacional deberá permitir la participación política del señor Diputado Jorge Angulo Mora en todos los órganos internos de que forme parte y en las distintas actividades partidarias, hasta tanto no exista sentencia judicial firme y fallo final firme que le impida tales involucramientos, conforme al régimen de sanciones establecido estatutariamente. Se condena al PLN al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, a liquidarse, en su caso, en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso- administrativo. Notifíquese al Tribunal Electoral Interno, al Tribunal de Ética y Disciplina y al Tribunal de Alzada del PLN, al señor Jorge Angulo Mora, a la Dirección General de Registro Electoral y Financiamiento de Partidos Políticos y a su Departamento de Registro de Partidos Políticos. F) LUIS ANTONIO SOBRADO GONZÁLEZ, EUGENIA MARÍA ZAMORA CHAVARRÍA, MAX ALBERTO ESQUIVEL FAERRON, MARISOL CASTRO DOBLES, FERNANDO DEL CASTILLO RIGGIONI.

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	Costa Rica
ÓRGANO ELECTORAL:	Tribunal Supremo de Elecciones (TSE)
TEMA:	Derecho de participación política activa y neutral.
NÚMERO DE CAUSA:	Sentencia Nro. 1541-E8-2017
FECHA DE EMISIÓN:	23 de febrero 2017
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Opinión consultiva
ACTO QUE SE RECURRE:	NO
ACCIONANTE (S):	Secretario General del Partido Liberación Nacional (PLN)
ACCIONADO (S):	NO
DECISIÓN:	Se absuelve la consulta en los siguientes términos: el Fiscal General del Partido, como parte de su derecho de participación política, puede intervenir activamente en las tendencias internas del mismo y realizar manifestaciones públicas en favor de sus precandidatos, siempre que ejerza su cargo con la debida neutralidad.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	El Secretario General del Partido Liberación Nacional (PLN) solicitó opinión consultiva, respecto a las eventuales limitaciones en el ejercicio del derecho de participación política para quien ostente la figura de Fiscal General del Partido, como se determina en los artículos 71 y 72 del Código Electoral.
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	NO

ARGUMENTOS	
RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Derecho de participación política activa y neutral del Fiscal General del Partido a favor de tendencias o precandidaturas.
RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	El Tribunal Supremo Elecciones (TSE) determinó que al no existir una prohibición o impedimento expreso en la normativa aplicable, el Fiscal General del Partido, como parte de su derecho de participación política constitucional, puede intervenir activamente y realizar manifestaciones públicas en favor de sus precandidatos, siempre que ejerza su cargo con la debida neutralidad.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Derecho de participación.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	La magistratura indicó los alcances del derecho fundamental de participación política y señaló que el derecho de elegir y ser electo, en forma activa y pasiva, puede estar condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos, siempre que éstos no resulten arbitrarios ni desproporcionados, y que respondan al principio de democracia participativa, con el objeto que no se conviertan en obstáculos infranqueables que impidan su ejercicio. Asimismo, se manifestó que por tratarse de un derecho fundamental, toda limitación a la libertad de participación política debe estar expresamente prevista en una norma y la interpretación que se realice de ésta, requiere ser restrictiva a favor de aquella libertad.

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES (TSE)

Sentencia 1541-E8-2017

Descripción	**Derecho de participación política activa y neutral del fiscal general partidario a favor de tendencias o precandidaturas.** En solicitud de opinión consultiva formulada por el Comité Ejecutivo Superior del partido Liberación Nacional (PLN) se le peticiona al Tribunal que refiera a si la persona que ostente el puesto de Fiscal General, tiene alguna limitación o prohibición para participar activamente en las tendencias internas de un partido político y para hacer manifestaciones públicas en favor de estas o sus pre candidatos. El TSE determinó que al no existir una prohibición o impedimento expreso en la normativa aplicable, el fiscal general, como parte de su derecho de participación política constitucional, puede participar activamente en las tendencias internas de un partido político y hacer manifestaciones públicas en favor de una de las tendencias o sus pre candidatos, siempre que ejerza su cargo con la debida neutralidad.

N.° 1541-E8-2017.- TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las catorce horas diez minutos del veintitrés de febrero de dos mil diecisiete.

Solicitud de opinión consultiva formulada por el Comité Ejecutivo Superior del partido Liberación Nacional (PLN), relativa al régimen de participación política del fiscal general del partido.

RESULTANDO

1.- En nota del 27 de enero de 2017, remitida -vía fax- a la Secretaría General de este Tribunal el 30 de esos mismos mes y año (cuyo original fue presentado en esa misma fecha), el señor Fernando Zamora Castellanos, en su condición de Secretario General del PLN, solicitó opinión consultiva en torno a las eventuales limitaciones en el ejercicio del derecho de participación política para quien ostente la figura de fiscal general del partido, comprendida en los artículos 71 y 72 del Código Electoral (folios 1-6).

2.- El Magistrado Instructor, por auto de las 10:05 horas del 3 de enero de 2017, previno al señor Zamora Castellanos para que aportara el acuerdo del Directorio Político Nacional del PLN que respaldaba su petición (folio 7).

3.- Mediante nota de fecha 3 de febrero de 2017, remitida –vía fax- a la Secretaria General el 6 de esos mismos mes y año (cuyo original fue presentado en esa misma fecha), el señor Jorge Pattoni Sáenz, en su condición de Presidente del PLN, aportó la información solicitada (folios 14-15).

4.- En auto de las 11:18 horas del 6 de febrero de 2017, la Presidencia de este Tribunal returnó el expediente a la Magistrada Bou Valverde (folio 16).

5.- En el procedimiento se han observado las prescripciones de ley. Redacta la Magistrada **Bou Valverde**, y;

CONSIDERANDO

I.- Sobre la admisibilidad. El artículo 12.d) del Código Electoral habilita al Tribunal Supremo de Elecciones a emitir opiniones consultivas a pedido del comité ejecutivo superior de los partidos políticos inscritos o de los jerarcas de los entes públicos con interés legítimo en la materia electoral. Esa norma dispone también que cualquier particular puede solicitar una opinión consultiva la cual será atendida si, a criterio de este Órgano, resulta necesaria para la correcta orientación del proceso electoral.

Por lo anterior, la consulta formulada por el comité ejecutivo superior del PLN, a través del acuerdo 4 de la sesión n.° 15-2016 que ese órgano celebró el 14 de diciembre de 2016, resulta admisible y el Tribunal Supremo de Elecciones procede al ejercicio hermenéutico solicitado.

II.- Objeto de la consulta. En concreto, se plantean las siguientes interrogantes: 1) *¿Existe alguna limitación o prohibición para que la persona que ostente el puesto de Fiscal General, participe activamente en las tendencias internas de un partido político? y 2) ¿Existe alguna limitación o prohibición para hacer manifestaciones públicas en favor de una de las tendencias o sus pre candidatos?.* Las preguntas se abordarán de manera conjunta por estar relacionadas, directamente, con el derecho de participación política del fiscal partidario.

III.- Sobre el fondo. En diversos precedentes jurisprudenciales, esta Magistratura ha analizado los alcances del derecho fundamental de participación política y ha indicado que el derecho de elegir y ser electo, tanto en su forma activa como pasiva, puede estar condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos siempre que éstos no resulten arbitrarios ni desproporcionados, que respondan al principio de democracia participativa y que no se conviertan en obstáculos infranqueables que impidan el ejercicio de ese derecho. Asimismo, se ha indicado que, por tratarse de un derecho fundamental, toda limitación a la libertad de participación política debe estar expresamente prevista en una norma y la interpretación que se haga de ésta, debe ser restrictiva a favor de aquella libertad (subrayado no es del original; ver resoluciones número 2795-E-2004, de las quince horas con diez minutos del veintiocho de octubre del dos mil cuatro y número 2529-E-2004 de las 10:40 horas del 30 de setiembre del 2004).
Sobre la figura del fiscal general partidario y sus funciones, los artículos 71 y 72 del Código Electoral establecen, en lo correspondiente:

> "**Artículo 71.- Órganos de ejecución**: Cada asamblea tendrá un comité ejecutivo […]. //. La fiscalización y vigilancia de los acuerdos corresponderá al fiscal general, quien tendrá voz pero no voto y será elegido por el mismo órgano político que nombre al comité ejecutivo.".
> "**Artículo 72.- Funciones del fiscal**: Al fiscal le corresponde: **a)** Vigilar que los acuerdos de los órganos partidarios se cumplan de conformidad con lo establecido en los estatutos y en la normativa legal que rige la materia electoral. **b)** Supervisar la aplicación de las regulaciones en todos los niveles partidarios. **c)** Informar al órgano superior sobre los actos violatorios de esas regulaciones en un órgano inferior o sobre el incumplimiento de acuerdos en general; **d)** Presentar un informe, anualmente, ante la asamblea que realizó su nombramiento como fiscal. //
>
> Este órgano de fiscalización podrá actuar por petición de parte, denuncia o iniciativa propia.".
> Por su parte el estatuto del PLN, en relación con la citada figura, indica: "Artículo 83: (…). // Además son atribuciones del Comité Ejecutivo Superior Nacional: // a) […]. //. f) La fiscalización y vigilancia de los acuerdos corresponderá al fiscal general, quien tendrá voz pero no voto. La Fiscalía será electa de la misma forma que el Comité Ejecutivo.".

El Código Electoral no establece, como tampoco lo hace el estatuto del PLN, limitaciones o prohibiciones al ejercicio del derecho de participación política del fiscal general del partido, como si es expreso, por ejemplo, en el caso de los funcionarios públicos comprendidos en el régimen de prohibición regulado en su artículo 146.

Conforme lo expuesto, no existe prohibición o impedimento legal alguno para que el fiscal general del partido, como parte del derecho de participación política, garantizado en el artículo 98 constitucional, pueda participar activamente en las tendencias internas de un partido político y hacer manifestaciones públicas en favor de una de las tendencias o sus pre candidatos, siempre y cuando ejerza su cargo con la debida neutralidad.

POR TANTO

Se evacua la consulta en los siguientes términos: el fiscal general, como parte de su derecho de participación política, puede participar activamente en las tendencias internas de un partido político y hacer manifestaciones públicas en favor de una de las tendencias o sus pre candidatos, siempre que ejerza su cargo con la debida neutralidad. Notifíquese al partido Liberación Nacional. F) LUIS ANTONIO SOBRADO GONZÁLEZ, EUGENIA MARÍA ZAMORA CHAVARRÍA, MAX ALBERTO ESQUIVEL FAERRON, ZETTY MARÍA BOU VALVERDE, LUIS DIEGO BRENES VILLALOBOS

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

0°

ECUADOR

GACETA AMERICANA
DE JUSTICIA ELECTORAL
2021

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	Ecuador
ÓRGANO ELECTORAL:	Tribunal Contencioso Electoral (TCE)
TEMA:	Nulidad del acto administrativo
NÚMERO DE CAUSA:	119-2019-TCE
FECHA DE EMISIÓN:	05 de mayo de 2019
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Recurso ordinario de apelación
ACTO QUE SE RECURRE:	PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R
ACCIONANTE (S):	Alianza Creo-FE, Listas 21-10.
ACCIONADO (S):	Consejo Nacional Electoral (CNE)
DECISIÓN:	Aceptar Parcialmente

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	La motivación es deficiente y ajena a lo fáctico; declara nulidades de diversos cuerpos legales emitidos por la Junta Provincial Electoral y ratifica la validez de la Sesión Permanente de Escrutinios. Además, el 02 de abril de 2019, el Presidente de la Junta señaló que revisó todas las reclamaciones, las cuales en un 96% no procedían y clausuró la Sesión, sin haber tomado votación del acta en la Audiencia de Escrutinios.
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	La Resolución adoptada por la Junta, que dio paso a la reinstalación de la Sesión Permanente de Escrutinios, es un acto administrativo que carece de validez jurídica, por cuanto el Código de la Democracia dispone que las juntas provinciales electorales se instalarán en Sesión de Escrutinio a partir de las 21h00 del día de las elecciones y en sesión permanente hasta su culminación. Además, existirá un solo escrutinio provincial, por lo que la reinstalación de la Sesión es ilegal y vulnera la voluntad de los electores expresada en las urnas; es decir, el principio de conservación del acto electoral. En consecuencia, se declaran nulos todos los actos administrativos realizados a partir del 05 de abril de 2019, que dieron paso a la reinstalación de la Sesión Permanente de Escrutinios y "se declara la validez de lo actuado por la Junta Provincial Electoral de Los Ríos en la Sesión Permanente de Escrutinios iniciada el 24 de marzo de 2019 y clausurada el 02 de abril de 2019".

RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Aprobación de resultados parciales en Sesión Permanente de Escrutinios.
RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	En la Sesión Permanente de Escrutinios iniciada el 24 de marzo de 2019 y clausurada el 02 de abril de 2019 no se establecieron ni aprobaron reportes de resultados parciales en ninguna dignidad de elección popular en la jurisdicción, salvo en la que se refiere al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS). La decisión del Consejo Nacional Electoral (CNE) de declarar nulos todos los actos administrativos realizados a partir del 05 de abril de 2019, que dieron paso a la reinstalación de la Sesión Permanente de Escrutinios, ratifican la validez de lo actuado por la Junta Provincial Electoral de Los Ríos en la sesión iniciada el 24 de marzo de 2019 y clausurada el 02 de abril de 2019, y retrotrae los hechos al cierre de la misma, vulnerando los derechos de participación de las organizaciones políticas y de los candidatos de la jurisdicción en la provincia. En la Sesión, irregularmente concluida, no se aprobaron los resultados numéricos parciales necesarios para determinar los ganadores de las elecciones individuales de las dignidades o escaños a asignar.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Obligación del Consejo Nacional Electoral (CNE) para subsanar los vicios de procedimiento, las incorrecciones administrativas y hasta las omisiones culposas que causen vulneración a los derechos ciudadanos.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	Los servidores, directores y los consejeros del Consejo Nacional Electoral (CNE) están en la obligación, como instancia superior administrativa, de subsanar los vicios de procedimiento, las incorrecciones administrativas y hasta las omisiones culposas que causen vulneración a los derechos ciudadanos. En la referida Resolución del CNE, la errónea aplicación e interpretación de normas jurídicas sobre el análisis superficial de los hechos elimina cualquier posibilidad de encontrar lógica, razonabilidad y comprensibilidad en las decisiones que pretenden instrumentarse mediante el determinado acto administrativo.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL (TCE)
SENTENCIA

CAUSA No. 119-2019-TCE

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano, 5 de mayo de 2019, a las 16h34.

VISTOS.- Agréguese a los autos copia certificada de la Convocatoria a la sesión extraordinaria jurisdiccional No. 089-2019-PLE-TCE, suscrita por el Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral.

I. ANTECEDENTES

1.1. El 12 de abril de 2019 a las 22h34, ingresó en el Tribunal Contencioso Electoral, un escrito firmado por la psicóloga clínica Martha Evangelina Moreira Bustamante, quien indicaba ser la Procuradora Común de la Alianza 21-10, CREO - FE, el doctor Jorge Acosta Cisneros y el abogado Patricio David Acosta, en (16) dieciséis fojas con (1317) mil trescientas diecisiete fojas de anexos, en las que se incluyen: (1) un dispositivo USB, además de (58) cincuenta y ocho sobres de color azul, de los cuales (29) veintinueve son C1 y (29) veintinueve son C2. (Fs. 1 a 1333)

1.2. A la causa la Secretaria General de este Tribunal le asignó el número 119-2019- TCE y, en virtud del sorteo electrónico efectuado el 13 de abril de 2019, se radicó la competencia en el doctor Arturo Cabrera Peñaherrera, Juez del Tribunal Contencioso Electoral. (Fs. 1334)

1.3. Auto dictado el 15 de abril de 2019 a las 12h34, mediante el cual el Juez Sustanciador agregó documentación, dispuso que la recurrente justifique la calidad en que la comparece, aclare y complete el recurso; así como estableció que el Consejo Nacional Electoral al igual que la Junta Provincial Electoral de los Ríos remitan documentación. (Fs.1335 a 1336)

1.4. Oficio Nro. TCE-SG-OM-2019-0410-O de 15 de abril de 2019, suscrito por el Secretario General de este Tribunal, a través del cual, asigna a la recurrente la casilla contencioso electoral N°. 069. (Fs. 1338)

1.5. OFICIO N° CNE-SG-2019-00489-Of de 16 de abril de 2019, suscrito por el doctor Víctor Hugo Ajila Mora, Secretario General del Consejo Nacional Electoral, ingresado en el Tribunal Contencioso Electoral, en la misma fecha a las 17h15, en (1) una foja con (215) doscientas quince fojas en calidad de anexos. (Fs. 1340 a 1555)

1.6. Escrito remitido por la psicóloga clínica Martha Evangelina Moreira Bustamante, Procuradora Común de la Alianza 21-10 CREO - FE, firmado por su abogado patrocinador doctor Jorge Acosta Cisneros, ingresado en este Tribunal el 16 de abril de 2019 a las 20h31, en (3) tres fojas, con (12) doce fojas de anexos. (Fs.1557 a 1571)

1.7. Oficio Nro. CNE-JPELR-2019-0039-O de 17 de abril de 2019, en (1) una foja, suscrito por el abogado Danilo Sebastián Zurita Ruales, Presidente de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, ingresado en este órgano de administración de justicia electoral el 18 de abril de 2019 a las 9h44. (F. 1573)

1.8. Auto dictado el 18 de abril de 2019 a las 19h34, mediante el cual, el Juez Sustanciador en lo principal

agregó la documentación remitida a este Tribunal y dispuso a la Junta Provincial Electoral de Los Ríos que remita de inmediato la información requerida. (Fs. 1575 a 1575 vuelta)

1.9. Oficio Nro. CNE-JPELR-2019-0042-O de 18 de abril de 2019, suscrito por el abogado Danilo Sebastián Zurita Ruales, Presidente de la Junta Provincial Electoral de los Ríos, ingresado en este Tribunal el 18 de abril de 2019 a las 22h18, en (2) dos fojas y (4573) cuatro mil quinientas setenta y tres fojas en calidad de anexos, mismos que fueron entregados en este despacho el 22 de abril de 2019 a las 8h24. (Fs. 1577 a 6151)

1.10. Escrito en (6) seis fojas y (16) dieciséis fojas de anexos, firmado por el señor Jonny Enrique Terán Salcedo, candidato a la Prefectura de la Provincia de Los Ríos y el ingeniero Ramón Larenas Orrala, Presidente Provincial del Partido Social Cristiano de Los Ríos, conjuntamente con sus abogados Joan Paul Egred, Johana Yanouch y Alejandra González, ingresado en el Tribunal Contencioso Electoral el 30 de abril de 2019 a las 12h07. (Fs. 6153 a 6174)

1.11. Auto dictado el 30 de abril de 2019 a las 21h54, mediante el cual el Juez Sustanciador en lo principal agregó la documentación remitida a este Tribunal; dispuso la suspensión de la tramitación y el plazo para resolver la causa; así como notificar al Juez recusado a través de los funcionarios citadores-notificadores de la Secretaria General del Tribunal y remitir la causa a Secretaria General para los fines pertinentes. (Fs. 1176 y 1176 vuelta)

1.12. Oficio Nro. TCE-SG-OM-2019-0496-O de 30 de abril de 2019 suscrito por el Secretario General de este Tribunal, mediante el cual les asigna a los recusadores la casilla contencioso electoral N° 134. (F. 6179)

1.13. Razón de resorteo efectuado el 1 de mayo de 2019, mediante el cual radicó la competencia del incidente de recusación en la doctora Patricia Guaicha Rivera, Jueza de este Tribunal. (F. 6181)

1.14. Escrito presentado por el Juez Ángel Torres Maldonado, mediante el cual da contestación al incidente de recusación interpuesto en su contra, presentado el 2 de mayo de 2019,a las 14h07, en dos fojas con un anexo. (Fs. 6183 a 6184 vuelta)

1.15. Copia certificada del oficio Nro. TCE-SG-2019-0082-O de 2 de mayo de 2019, suscrito por el Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral, mediante el cual convoca al doctor José Suing Nagua, Juez Suplente, para que se integre a la sesión extraordinaria jurisdiccional a realizarse el viernes 3 de mayo de 2019, a las 16h00. (F.6186)

1.16. Resolución del Pleno del Tribunal Contencioso Electoral adoptada el 3 de mayo de 2019, mediante la cual se rechaza la petición de recusación y la solicitud de excusa, propuestas por el señor Jonny Enrique Terán Salcedo, candidato a la Prefectura de la Provincia de Los Ríos, el ingeniero Ramón Larenas Orrala, en calidad de Presidente Provincial del PSC de Los Ríos, y su abogado, en contra del doctor Ángel Torres Maldonado. (Fs. 6187 a 6190 vuelta)

1.17. Auto de admisión dictado por el Juez Sustanciador, el 4 de mayo de 2019, a las 12h34. (Fs. 6193 a 6193 vuelta)

1.18. Convocatoria a la sesión extraordinaria jurisdiccional No. 089-2019-PLE-TCE, a realizarse el 5 de mayo de 2019 a las 16h00.

II. ANÁLISIS DE FORMA

2.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La Constitución de la República del Ecuador, establece en el artículo 221 numeral 1, que el Tribunal Contencioso Electoral es competente para: "1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas.", disposición que guarda relación con las atribuciones de éste órgano de administración de justicia electoral, determinadas en el artículo 70 numeral 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

El Código de la Democracia, determina que el recurso ordinario de apelación, puede ser interpuesto por los sujetos políticos ante el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral.

De la revisión del expediente, se colige que el recurso planteado, fue propuesto en contra de la Resolución No. PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R, emitida por el Consejo Nacional Electoral el 9 de abril de 2019, por lo expuesto, este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa.

2.2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

El inciso primero del artículo 244 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, dispone:

"**Art. 244.-** Se consideran sujetos políticos y pueden proponer los recursos contemplados en los artículos precedentes, los partidos políticos, movimientos políticos, alianzas, y candidatos. Los partidos políticos y alianzas políticas a través de sus representantes nacionales o provinciales; en el caso de los movimientos políticos a través de sus apoderados o representantes legales provinciales, cantonales o parroquiales, según el espacio geográfico en el que participen; los candidatos a través de los representantes de las organizaciones políticas que presentan sus candidaturas.".

La psicóloga clínica Martha Evangelina Moreira Bustamante, compareció ante este Tribunal, como Procuradora Común de la Alianza 21-10, CREO – FE y con la documentación que obra de autos, se constata que cuenta con legitimación activa para interponer el presente recurso.

2.3. OPORTUNIDAD DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

El artículo 269 inciso segundo de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, determina que:

> "Las organizaciones políticas por intermedio de su representante legal, nacional o provincial y los candidatos, podrán interponer ante el Tribunal Contencioso Electoral, el recurso de apelación en el plazo de tres días desde la notificación.".

El artículo 50 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral, prescribe:

> "El recurso ordinario de apelación podrá ser presentado por quienes cuenten con legitimación en los casos establecidos en el artículo 269 del Código de la Democracia, y dentro del plazo de tres días contados desde la notificación de la resolución que se recurra.".

A fojas 1537 del proceso, consta la razón sentada por el Secretario General del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se indica que el miércoles 10 de abril de 2019, notifico a los representantes legales de las organizaciones políticas con el Oficio No. CNE-SG-2019-000440-OF de 9 de abril de 2019, a través del cual anexa la Resolución No. PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R adoptada por el Pleno del Consejo Nacional Electoral, el 9 de abril de 2019 en los correos electrónicos y el casillero electoral, a través de la Delegación

Provincial Electoral y la Junta Provincial Electoral de Los Ríos.

El escrito que contiene el recurso ordinario de apelación en cuestión, ingresó en el Tribunal Contencioso Electoral, el 12 de abril de 2019 a las 22h34, según se verifica de la razón sentada por el Secretario General de este Tribunal que obra a fojas 1334 del expediente, en consecuencia dentro del plazo de (3) tres días previsto en la ley.

Una vez constatado que el recurso reúne todos y cada uno de los requisitos de forma, se procede a efectuar el análisis del fondo.

III. ANÁLISIS DE FONDO

3.1. CONTENIDO DEL RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN

Los argumentos de los recurrentes para interponer el recurso son los siguientes:

" …**FUNDAMENTOS DE HECHO**

El Pleno del Consejo Nacional Electoral (CNE), dicta la Resolución PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R de fecha 09 de abril del 2019, expresando, textualmente, en la parte resolutiva, lo siguiente:

"En uso de sus atribuciones, *RESUELVE*:

Artículo 1.- Acoger el informe No. 102-DNAJ-CNE-2019 de 9 de abril de 2019, de la Directora Nacional de Asesoría Jurídica, adjunto al memorando Nro. CNE-DNAJ-2019-0762-M de 9 de abril de 2019.

Artículo 2.- Aceptar la impugnación interpuesta por el señor Pascual del Cioppo, Representante Legal del Partido Social Cristiano, Lista 6, en contra de la Resolución del 5 de abril de 2019, adoptada por la Juma Provincial Electoral de Los Ríos, en la que se reinstalo la sesión permanente de escrutinios y se deja sin efecto la Resolución Nro. 0510-JPELR-02-04-2019 de 2 de abril de 2019; debido a que consigue demostrar que el acto administrativo impugnado carece de validez jurídica, ya que, conforme al artículo 132 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, las Juntas Provinciales Electorales se instalarán en sesión de escrutinio a partir de las veintiún (21h00) del día de las elecciones, en sesión permanente hasta su culminación. Existirá un solo escrutinio provincial, es decir, la reinstalación de la antedicha sesión es ilegal, vulnerando la voluntad de los electores expresada en las urnas, es decir, el principio de conservación del acto electoral.

Articulo 3.- Declarar nula la Notificación Nro. 0004-CNE-JPE-LR-2018, emitida el 5 de abril de 2019, y su Fe de Erratas que determina que la notificación es la No. 0004-CNE-JPE-LR-2019, que dio paso a la reinstalación de la sesión permanente de escrutinios, puesto que no tiene motivación, ni fundamento constitucional, legal ni reglamentario, es decir inobserva lo establecido en la Constitución de la República del Encoclar, que en su artículo '76 numeral 7, literal 1, manda: "... las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se anuncian las normas y principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o filos que no se encuentren debidamente motivados se consideran nulos...".

Artículo 4.- Declarar nula la reinstalación de la sesión permanente de escrutinios de 5 de abril de 2019, puesto que deviene de un acto administrativo nulo conforme lo establecido en el análisis realizado en el informe No. 102-DNAJ-CNE-20109 de 9 de abril de 2019. (SIC)

Artículo 5.- Declarar nulas todas las resoluciones, disposiciones, notificaciones, y demás actos administrativos subsecuentes, emitidos por el Junta Provincial Electoral de Los Ríos, a partir de esa reinstalación de fecha 5 de abril de 2019, por ser inconstitucionales, ilegales y violatorios de derechos constitucionales; por carecer de motivación y validez jurídica, ya que proceden de un acto administrativo que se considera nulo, conforme a lo establecido en el artículo 76, numeral 7, literal 1 de la Constitución de la República del Ecuador; y , con la finalidad de garantizar los principios electorales de participación, legalidad, conservación del acto electoral, unidad del acto electoral y validez de las votaciones

Artículo 6.- Declarar la validez de lo actuado por la Junta Provincial Electoral de Los Ríos en la

sesión permanente de escrutinios iniciada el 24 de marzo de 2019 y clausurada el 2 de abril de 2019, en la que de conformidad con la certificación de la Coordinadora Nacional Técnica de Procesos Electorales del Consejo Nacional Electoral, en su calidad de Administradora Nacional del Sistema de Transmisión y Publicación de Resultados - STPR; y del Administrador del Centro de Procesamiento de Resultados de la Delegación Provincial Electoral de Los Ríos, se computaron el cien por ciento (100 %) de las actas de escrutinio de la provincia de Los Ríos, sin reflejar inconsistencias.

Artículo 7,- Disponer, al Administrador Nacional del Centro de Procesamientos de Resultados, elimine del Sistema de Transmisión y Publicación de Resultados STPR de la provincia de Los Ríos, todas las actas procesadas después de la clausura de la sesión de .2 de abril de 2019 en adelante; es decir, que se mantengan en el STPR los resultados numéricos que se procesaron desde el 24 de marzo de 2019 hasta el 02 de abril de 2019, llegando al cien por ciento (100%) de las actas de escrutinio de la provincia de Los Ríos.

DISPOSICIÓN FINAL

El señor Secretario General, notificará la presente resolución a los Coordinadores Nacionales, Directores Nacionales, a la Delegación Provincial Electoral de Los Ríos, a la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, al señor Pascual del Cioppo Aragundi, Presidente Nacional y Representante Legal del Partido Social Cristiano, Lista 6 y a su abogado patrocinador doctor Iván Bucheli Moncayo,; en el correo electrónico partidosocialcrsitianoMgmail.com, en el casillero electoral No. 6 de la Delegación Provincial Electoral de los Ríos; y, a las demás organizaciones políticas que participan en las elecciones seccionales 219, en la provincial de Los Ríos, en los casilleros electorales a través de la Delegación Provincial Electoral de Los Ríos, para trámites de ley.

DISPOSICIÓN ESPECIAL

Se encarga a la Secretaría General verifique el cumplimiento de la presente resolución.
Dacio en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Pleno del Consejo Nacional Electoral, a los nueve días del mes de abril del año dos mil diecinueve.- Lo Certifico. – "

Resolución que adolece de un verdadero catálogo de inexactitudes e ilegalidades, primero, porque a motivación es deficiente, ajena a lo fáctico y no contempla los graves hechos suscitados en la provincia de Los Ríos durante el decurso del proceso electoral, y, luego, por cuanto, declarando nulidades de diversos cuerpos legales producidos por la Junta Provincial Electoral, ratifica la validez de la sesión permanente de escrutinios iniciada el 24 de marzo de 2019 y clausurada el 2 de abril de 2019, en la que de conformidad con la certificación de la Coordinadora Nacional Técnica de Procesos Electorales del Consejo Nacional Electoral, en su calidad de Administradora Nacional del Sistema de Transmisión y Publicación de Resultados - STPR; y del Administrador del Centro de Procesamiento de Resultados de la Delegación Provincial Electoral de Los Ríos, se computaron el cien por ciento (100 %) de las actas de escrutinio de la provincia de Los Ríos, sin reflejar inconsistencias, lo cual es falso de falsedad absoluta, como pasamos a demostrar:

El 2 de abril de 2109 se reinstalé la sesión de Audiencia de Escrutinios, aproximadamente a las 11:30 en la cual el Dr. Luis Páez Vargas Presidente de la Junta Provincial Electoral hizo conocer a los delegados de las Organizaciones Políticas presentes, y a los señores Vocales, que el señor Maycol Acuña Jefe del Departamento de Sistemas le había hecho conocer que del CNE Quito le habían informado que ya estaba ingresado el cien por ciento de las actas de todas las dignidades, de las elecciones del domingo 24 de Marzo de 2019 y que, durante el proceso, mientras él se encontraba en el despacho de la Presidencia, venía revisando todas las reclamaciones presentadas las cuales en un noventa y seis por ciento no procedían y dijo que CLAUSURABA LA SESION al no haber más que tratar, sin haber tomado votación del acta de la audiencia de escrutinios que decía la tenía lista el señor Secretario, retirándose abruptamente del auditorio conjuntamente con el Vocal de Pachacutik Ab. Stalin Cabezas y al ver que el Secretario se estaba quedando, regresó y lo tomó de la mano sacándolo del auditorio al igual que a la asistente Ab. Andrea Aguilar, motivo por el cual, en ese instante, el señor MANUEL MONTOYA TELLO delegado de la Alianza 21-10 CREO - FE, solicitó

conjuntamente con los otros delegados, al Ec. Patricio Márquez, Vicepresidente de la Junta Provincial Electoral que asuma la Presidencia y conjuntamente con Vocales Ing. Estefany Puente y Lic. Linda Sandoval procedan a nombrar un Secretario ad-hoc y reconsideren lo actuado arbitrariamente por el Presidente Luis Páez ya que se estaba violando lo que dispone el art. 136 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, pedido que no fue escuchado, procediendo a retirarse las vocales antes señaladas en compañía del señor Vicepresidente de la Junta, a una oficina, y procedieron a elaborar un informe de lo sucedido el cual fue comunicado a las Autoridades del CNE Quito, debo indicar que el Ab. Eliut Sánchez Rodríguez Secretario de la Junta Electoral de Los Ríos, en la madrugada del día miércoles 3 de abril, a eso de las 03H45, procedió a ingresar al CNE de Los Ríos directamente a los casillero, para notificar el acta de finalización de la Audiencia de Escrutinios y los resultados numéricos en las dignidades de Alcaldes de los trece cantones de la provincia y de Prefecto Provincial, con el informe antes señalado, el CNE Quito, procede a destituir al Presidente de la Junta Dr. Luis Páez Vargas, principalizando a la máster Rosalía Ordóñez, y también resuelven concederle una prórroga de diez días para que finalicen el escrutinio provincial a partir del 4 de abril de 2019. La Junta se reinstala el viernes 5 de abril de 2019 aproximadamente a las 16H00 y resuelve dejar sin efecto lo actuado por el ex Presidente Dr. Luis Páez Vargas y en la misma mencionan que solo atenderán las reclamaciones que se habían presentado hasta el 2 de abril de 2019, una vez aprobada esta resolución procedieron a atender las reclamaciones existentes donde empezaron a contar voto a voto cada uno de los cantones hasta llegar al cantón Puebloviejo, aproximadamente a las 18H00 del domingo 7 de abril cuando se iba a realizar el escrutinio voto a voto del cantón Quevedo, sorprendentemente apareció una impugnación presentada en la secretaría de la Junta, por el Lic. Pascual del Cioppo Presidente Nacional del Partido Social Cristiano y los Vocales Eb. Stalin Cabezas y Rosalía Ordoñez, al ver que no estaba la Vocal Lic. Linda Sandoval procedieron a salir del auditorio y dejaron sin quorum el mismo, por lo que el Presidente suspendió la sesión hasta el siguiente día a las 06H30 de la mañana, la misma que fue instalada y se nos manifestó que hacían un receso hasta las once de la mañana para esperar que lleguen los delegados acreditados para el reconteo, siendo las 11H40 se reinstaló la Sesión con los delegados políticos y candidatos donde se nos manifestó que mientras el CNE Quito no resuelva sobre la impugnación existente ellos solo se iban a reinstalar cada doce horas para no caer en un vacío legal. Esto sucedió hasta el día 9 de abril en que a las 18:30 aproximadamente, el Consejo Nacional Electoral tomó la resolución de acoger la impugnación presentada y dejar sin efecto todo lo actuado a partir del día 2 de abril de 2019 validando de esta manera el acta notificada el 2 de abril y que la firma el Dr. Luis Páez Vargas en calidad de presidente de la Junta Provincial y el Ab. Eliut Sánchez Rodríguez, violando con esta resolución lo que dispone el art. 137 de Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, dejándonos en total indefensión a todas las Organizaciones Políticas, porque al validar el acta del 2 de abril ya fenecieron los plazos para aplicar los recursos que la ley prevé. (SIC)

Como fundamentos de derecho, señaló lo siguiente:

"Constitución de la República

Art. 217.- La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía.

Art. 219.- El Consejo Nacional Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes: "1. Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera trasparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones."

Código de la Democracia

Art. 25.- Son funciones del Consejo Nacional Electoral:

14. Conocer y resolver las impugnaciones y reclamos administrativos sobre las resoluciones de los organismos desconcentrados durante los procesos electorales e imponer las sanciones que correspondan;

Art. 32.- La Presidenta o Presidente tiene las siguientes atribuciones:
8. Recibir y dar trámite a las objeciones e impugnaciones que se presenten para conocimiento del Consejo;
Art. 49.- Son deberes y atribuciones de las Juntas Receptoras del Voto, las siguientes:
"4. Remitir a la Junta Provincial Electoral las urnas, paquetes y sobres que contenga el acta de instalación y la primera de escrutinios, con la protección de la Fuerza Pública;"
"7. Cuidar que las actas de instalación y de escrutinios lleven las firmas del Presidente y del Secretario; así como los sobres que contengan dichas actas y los paquetes de los votos válidos, blancos y nulos." Lo resaltado me pertenece;

Art. 127.- El acta de instalación y el escrutinio será suscrita por triplicado por todos los vocales de la Junta y por los delegados de los sujetos políticos que quisieren hacerlo. "El primer ejemplar del acta de instalación y de escrutinio, así como las papeletas utilizadas que representen los votos válidos, los votos en blanco, los votos nulos y las papeletas no utilizadas, serán colocados en sobres diferentes y se remitirán inmediatamente a la Junta Provincial Electoral debidamente firmados por el Presidente y el Secretario de la Junta, con la supervisión de los coordinadores electorales y la protección de la fuerza pública." (Lo resaltado me pertenece). "El segundo ejemplar del acta de instalación y de escrutinio se entregará en sobre cerrado firmado por el Presidente y el Secretario de la Junta, directamente al coordinador designado, quien entregará de forma inmediata a la Junta Intermedia de Escrutinio o a la Junta Provincial Electoral, según el caso."

Art. 139.- "Las reclamaciones que hicieren los sujetos políticos con sujeción a estas normas, sobre los resultados numéricos de los escrutinios provinciales, serán resueltas en la misma audiencia. Si faltare alguna acta, se abrirá el paquete electoral de la junta receptora del voto correspondiente para extraer de éste el segundo ejemplar. De no existir el acta en el paquete, se procederá a escrutar los votos, siempre y cuando se presenten dos copias de los resúmenes de resultados entregados a los sujetos políticos o de las actas. De estimarlo necesario, atendiendo las reclamaciones presentadas y de acuerdo a las causales de nulidad establecidas en estas normas, la Junta podrá disponer que se verifique el número de sufragios para establecer si corresponden a las cifras que constan en las actas de escrutinio de la Junta Receptora del Voto, así como para verificar su autenticidad."

Art. 138.- La Junta Electoral podrá disponer que se verifique el número de sufragios de una urna en los siguientes casos:
1. Cuando un acta hubiere sido rechazada por el sistema informático de escrutinio por inconsistencia numérica de sus resultados. Se considerará que existe inconsistencia numérica cuando la diferencia entre el número de sufragantes y el número de sufragios contabilizados en el acta de escrutinio sea mayor a un punto porcentual.
2. Cuando en el acta de escrutinio faltare las firmas de la o el Presidente y de la o el Secretario de la Junta Receptora del Voto.
3. Cuando alguno de los sujetos políticos presentare copia del acta de escrutinio o de resumen de resultados suministrada por la Junta Receptora del Voto, suscrita por el Presidente o el Secretario, y aquella no coincidiere con el acta computada.

Art. 143.- Se declarará la nulidad de las votaciones en los siguientes casos:
1. Si se hubieren realizado en un día y hora distintos al señalado en la convocatoria;
2. Si se hubiere practicado sin la concurrencia del Presidente y del Secretario de la Junta Receptora del Voto respectiva o si el escrutinio se hubiere efectuado en un lugar distinto de aquel en que se realizó el sufragio, excepto en los casos permitidos por esta Ley;
3. Si se comprobare suplantación, alteración o falsificación del registro electoral, o de las actas de instalación o de escrutinio;
4. Si las actas de escrutinio no llevaren ni la firma del Presidente ni la del Secretario de la Junta; y,
5. Si se hubiere utilizado papeletas o formularios de actas no suministrados por el Consejo.

Art. 144.- "Se declarará la nulidad de los escrutinios en los siguientes casos: 3. Si se comprobare falsedad del acta" (Lo resaltado me pertenece)

Art. 268.- Ante el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral se podrán interponer los siguientes recursos:

1. Recurso Ordinario de Apelación 2. Acción de Queja 3. Recurso Extraordinario de Nulidad

Los recursos y acciones que se presenten ante el Tribunal Contencioso Electoral fuera del período de elecciones, tendrán un plazo máximos de treinta días para su resolución.

Art. 269.- El Recurso Ordinario de Apelación se podrá plantear en los siguientes casos:
1. Negativa de inclusión en el registro electoral o error en el mismo, negativa de modificación del lugar de votación por cambio de domicilio o de rectificación del mismo.
2. Aceptación o negativa de inscripción de candidatos.
3. Aceptación o negativa de inscripción de organizaciones políticas.
4. Resultados numéricos.
5. Adjudicación de cargos.
6. Declaración de nulidad de la votación.
7. Declaración de nulidad de elecciones.
8. Declaración de nulidad del escrutinio.
9. Declaración de validez de la votación.
10. Declaración de validez de los escrutinios.
11. Asuntos litigiosos de las organizaciones políticas.
12. Cualquier otro acto o resolución que emane del Consejo Nacional Electoral o de las juntas provinciales electorales que genere perjuicio a los sujetos políticos o a quienes tienen legitimación activa para proponer los recursos contencioso electorales, y que no tenga un procedimiento previsto en esta Ley.

Las organizaciones políticas por intermedio de su representante legal, nacional o provincial y los candidatos, podrán interponer ante el Tribunal Contencioso Electoral, el recurso de apelación en el plazo de tres días desde la notificación.

Interpuesto el recurso contencioso electoral de apelación, los órganos administrativos electorales remitirán el expediente íntegro, sin calificar el recurso, al Tribunal Contencioso Electoral, dentro del plazo máximo de dos días.

El Tribunal resolverá los recursos de apelación interpuestos dentro del plazo máximo de cinco días contados a partir del día en que se recibió el expediente; su resolución causará ejecutoria.

En el caso del numeral 11, el recurso será resuelto en primera instancia por una jueza o juez designado por sorteo, dentro de siete días contados a partir del día en que avoque conocimiento del recurso. Su resolución podrá apelarse ante el Tribunal en pleno, que resolverá en el plazo máximo de cinco días desde la recepción de la apelación. En el Tribunal en pleno, actuará en reemplazo de la jueza o juez que resolvió la primera instancia, la jueza o juez suplente que corresponda en atención al respectivo orden de prelación.
En los casos previstos en el numeral 12, se resolverá dentro de los diez días contados desde la notificación de admisión del recurso. El recurso presentado con base en esta causal no tendrá efecto suspensivo.

Pero, lo ocurrido, tiene su origen en actos ilegales y conductas dolosas que, incluso llevaron a que el consejero Luis Verdesoto presente una denuncia ante la Fiscalía por indicios de fraude en las Provincias de Los Ríos y Guayas, además de que, les recordó a los Consejeros, Acero, Cabrera y Atamaint, la vigencia del art. 377 del Código Orgánico integral Penal, que sanciona a los funcionarios por delitos de omisión, es más, el consejero Enrique Pila, Vicepresidente del Consejo nacional Electoral les enrostró a los mismos funcionarios que estaban actuando fuera de la Ley, que creyó que iban a cumplir con una administración independiente y lamentaba que el Pleno no haga ninguna referencia a la transparencia que trataban de promover, como aparece de las seis fojas impresas que adjunto y que circularon profusamente por las redes sociales. (SIC)

Es más, el Pleno del CNE, se olvidó de la obligación que tiene de disponer, ante la comprobación de la existencia de actos ilícitos, que copias certificadas de todo lo actuado se remita a Fiscalía, por el contrario, se taparon los ojos, sin siquiera hacer una pequeña mención de las declaraciones dadas públicamente

por el señor Ing. Juan Carlos Jaramillo, Director Provincial del Consejo Electoral en la provincia de Los Ríos, quien manifestó que había existido fraude electoral por cuanto, en los recuentos, se pudo comprobar la existencia de papeletas completamente planchadas, que se había producido manipulación de las urnas en las bodegas, entre otras irregularidades, como aparece del video que adjunto con este escrito en el respectivo dispositivo extraíble; esto suscité que el Pleno del Consejo Nacional Electoral, destituya al funcionario, y simplemente, días después, resuelva favorablemente el pedido del Director del Partido Social Cristiano, y, con la resolución que estoy impugnando, tratar de que queden en firme los resultados que benefician a candidaturas de esa tienda política, reeditando los días más oscuros de la democracia en donde se decía "no vamos a perder con papelitos, lo que hemos ganado por las armas".

Efectivamente, en el lodazal que se convirtieron las elecciones en nuestra Provincia hallamos de todo, a saber:

1. Papeletas planchadas
2. Papeletas indebidamente anuladas unas, y otra rayadas con dos colores de tinta, lo cual, hace evidente que alguien las rayó para producir una nulidad.
3. Sobres C1 y C2, con padrones originales encontrados en la calle.
4. Urnas violentadas según la afirmación de las mismas autoridades electorales, titulares del CNE provincia, los cuales incluso presentaron la correspondiente denuncia en la Fiscalía de Babahoyo.
5. Actas sin firmas del Presidente o del secretario, en unos casos, y de ambos en otros.
6. Actas con firmas falsificadas, ocurriendo el increíble caso de que las personas que firman en una acta aparecen también firmando en otras actas.
7. Actas escaneadas que el 26 de marzo aparecieron en el sistema con un número de votantes, se encentraron con otro número el 29 de los mismo mes y año, son que éstas hayan sido motivo de reconteo.
8. Movilidad del número de votos blancos u nulos, que inicialmente tenían un promedio de 46 al momento de no haberse detectado ningún fraude, bajaron a un promedio de 15 desde cuando se comenzaron a presentar las reclamaciones.
9. Disminución artificial del ausentismo normal en ciertos cantones de la provincia como se comprueba de la revisión de los padrones originales que encontramos en la calle y que aquí adjuntamos, con firmas elementales de puntos y líneas, tornándose en evidente de que ha alteraciones para beneficiar a alguien.
10. Candidatos que llevaban una ventaja de diez puntos porcentuales sobre sus inmediatos seguidores, aparecieron, luego de caerse la página, desde las 21H00 hasta las 05H00 del día siguiente (25 de marzo), debajo de éstos, lo cual ocurrió pese a que anunciaron que esa noche no iban a trabajar.

Esto, entre otras irregularidades, las violaciones, los procedimientos antidemocráticos, el fraude habido es escandaloso y no se debe tolerar. Los compromisos políticos no deben ser la causa para que se beneficie a un sector de candidatos para pagar favores políticos que permitieron, en su momento, elegir dignidades en el Consejo Nacional Electoral.".

Respeto a los elementos probatorios los accionantes indican:

"Para comprobar todos los hechos, adjunto 1316 documentos, 29 sobres CI sellados (listado de materiales, acta de instalación, certificados de votación, certificados de presentación, formulario de recibo sobres de transmisión de color amarillo, credenciales para votar de FF.AA y Policías), 29 sobres C2 (padrón electorales, acta de instalación, formulario de registro de cuenta bancaria para compensación AMJRV), y un dispositivo extraíble o flash memory de 64 gigas que contiene imagines y videos de declaraciones de autoridades, candidatos, mensajes de redes sociales y extractos de noticiero nacionales que describen el horroroso fraude ocurrido.

Sin embargo, el Consejo Nacional Electoral, haciendo mutis por el foro, no vio, no oyó ni dijo nada, prefirió dictar esta resolución que estoy impugnando, misma que da un obvio beneficio a sus amigos políticos."

En cuanto al acto que apelan señalan, que es la Resolución PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R de fecha 9 de abril del 2019, emitida por el Consejo Nacional Electoral.

Adicionalmente solicitan: "…se presume el cometimiento de los actos tipificados en los artículos 332 y 334 del Código Integral Penal, los cuales me reservo el derecho de ponerlos en conocimiento de la Fiscalía General del estado para abundar o coadyuvar con la denuncia que, al respecto, ha presentado el Consejero Luis Verdezoto Salgado, quien junto a su colega Enrique Pita han declarado enérgicamente sobre esta conducta jurídicamente reprochable."

3.2. ESCRITO DE ACLARACIÓN DEL RECURSO

En el escrito a través del cual la recurrente aclara y completa el recurso, expresa lo siguiente:

"1. Adjunto en doce fojas notariadas el Acuerdo de Alianza Programática y Participación Electoral en la Provincia de los Ríos CREO, Creando Oportunidades - Lista 21 - Partido Político Fuerza. Ec -Lista 10- y la Resolución 001-07-12-2018-D-CNE-DPLR del Consejo Nacional Electoral, Delegación Provincial de los Ríos de los que consta mi designación y calidad de Procuradora Común de la citada alianza, Demostrada la calidad en la cual comparezco, se dignará declarar legitimada mi intervención.
2. La Resolución PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R de fecha 09 de abril del 2019, dictada por el Pleno del Consejo Nacional Electoral (CNE), que impugno, causa los siguientes agravios:
a. Contiene motivación deficiente, ajena a lo fáctico y no explica la pertinencia de la aplicación de las normas legales que invoca al caso resuelto (se limita a transcribir un informe jurídico).
b. Ignora los graves hechos suscitados en la provincia de Los Ríos durante el decurso del proceso electoral, declara la nulidades de todos los documentos relativos al escrutinio producidos por la Junta Provincial Electoral y ratifica a validez de la sesión permanente de escrutinios iniciada el 24 de marzo de 2019 clausurada el 2 de abril de 2019, en la que de conformidad con la certificación de la Coordinadora Nacional Técnica de Procesos Electorales del Consejo Nacional Electoral, en su calidad de Administradora Nacional del Sistema de Transmisión y Publicación de Resultados - STPR; y del Administrador del Centro de Procesamiento de Resultados de la Delegación Provincial Electoral de Los Ríos, se computaron el cien por ciento (100 %) de las actas de escrutinio de la provincia de Los Ríos, sin reflejar inconsistencias, lo cual es falso, de falsedad absoluta, como consta en el relato de los hechos constante en mi escrito inicial. (SIC)
c. El Consejo Nacional Electoral tomó la resolución de acoger la impugnación presentada por el Partido Social Cristiano y dejar sin efecto todo lo actuado a partir del día 2 de abril de 2019 validando de esta manera el acta notificada el 2 de abril y que la firma el Dr. Luis Páez Vargas en calidad de presidente de la Junta Provincial y el Ab. Eliut Sánchez Rodríguez, siendo el primero quien denunció Fraude Electoral de manera pública.
d. Esta resolución viola el art. 137 de Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, dejándonos en total indefensión a todas las Organizaciones Políticas, porque al validar el acta del 2 de abril ya fenecieron los plazos para aplicar los recursos que la ley prevé.
e. Además, los hechos ocurridos en la Provincia de Los Ríos, con respecto a las elecciones seccionales y del CPCCS constan detallados in extensu en los fundamentos de hecho de mi escrito de interposición, en los que me ratifico.
3. El accionado, es el Consejo Nacional Electoral, representado por su Presidenta, la lng. Shiram Diana Atamaint Wamputsar, a quien se le notificará en su despacho de la Presidencia del Organismo, situado en el edificio institucional (CNE) de las calles: Av. Seis de Diciembre N33-122 y Bosmediano de esta ciudad de Quito.
4. Reitero que el acto apelado es a la Resolución PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R de fecha 09 de abril del 2019, emitida por el Consejo Nacional Electoral.
5. Mi pretensión es que se declare la nulidad de las elecciones habidas el 24 de marzo del 2019 para las dignidades de Alcaldes, Concejales, Prefectos y Viceprefectos y Consejeros del CPCCS y se disponga que el Consejo Nacional Electoral convoque a nuevas elecciones a tal efecto.".

3.3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El Tribunal Contencioso Electoral ha revisado el expediente conformado por (69) sesenta y nueve cuadernos procesales, de los cuales, del cuerpo (14) catorce al (20) veinte contienen (58) cincuenta y ocho sobres azules (C1 y C2) que corresponden a aquellos que se entregan en paquetes electorales.

3.3.1. La resolución **PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R de 9 de abril de 2019**, objeto del presente recurso ordinario de apelación en lo principal, dispuso:
"Artículo 1.- Acoger el informe No. 102-DNAJ-CNE-2019 de 9 de abril de 2019, de la Directora Nacional de Asesoría Jurídica, adjunto al memorando Nro. CNE-DNAJ-2019-0762-M de 9 de abril de 2019.

Artículo 2.- Aceptar la impugnación interpuesta por el señor Pascual del Cioppo, Representante Legal del Partido Social Cristiano, Lista 6, en contra de la Resolución del 5 de abril del 2019, adoptada por la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, en la que se reinstala la sesión permanente de escrutinios y se deja sin efecto la Resolución Nro. 0510-JPELR-02-04-2019 de 2 de abril de 2019; debido a que consigue demostrar que el acto administrativo impugnado carece de validez jurídica, ya que, conforme al artículo 132 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, las Juntas Provinciales Electorales se instalarán en sesión de escrutinio a partir de las veintiún horas (21h00) del día de las elecciones, en sesión permanente hasta su culminación. Existirá un solo escrutinio provincial es decir, la reinstalación de la antedicha sesión es ilegal, vulnerando la voluntad de los electores expresada en las urnas, es decir, el principio de conservación del acto electoral.

Artículo 3.- Declarar nula la Notificación No. 0004-CNE-JPE-LR-2018, emitida el 5 de abril de 2019, y su Fe de Erratas que determina que la notificación es la No. 0004-CNE-JPE-LR-2019, que dio paso a la reinstalación permanente de escrutinios, puesto que no tiene motivación, ni fundamento constitucional, legal ni reglamentario, es decir inobserva lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, que en su artículo 76 numeral 7, literal l, manda: "…las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se anuncian las normas y principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos…".

Artículo 4.- Declarar nula la reinstalación de la sesión permanente de escrutinios de 5 de abril de 2019, puesto que deviene de un acto administrativo nulo conforme lo establecido en el análisis realizado en el informe No. 102-DNAJ-CNE-2019 de 9 de abril de 2019.

Artículo 5.- Declarar nulas todas las resoluciones, disposiciones, notificaciones, y demás actos administrativos subsecuentes, emitidos por la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, a partir de esa reinstalación de fecha 5 de abril de 2019, por ser inconstitucionales, ilegales y violatorios de derechos constitucionales; por carecer de motivación y validez jurídica, ya que proceden de un acto administrativo que se declara nulo, conforme a lo establecido en el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República del Ecuador; y, con la finalidad de garantizar los principios electorales de participación, legalidad, conservación del acto electoral, unidad del acto electoral y validez de las votaciones.

Artículo 6.- Declarar la validez de lo actuado por la Junta Provincial Electoral de Los Ríos en la sesión permanente de escrutinios iniciada el 24 de marzo de 2019 y clausurada el 2 de abril de 2019, en la que de conformidad con la certificación de la Coordinadora Nacional Técnica de Procesos Electorales del Consejo Nacional Electoral, en su calidad de Administradora Nacional del Sistema de Transmisión y Publicación de Resultados – STPR- ; y del Administrador del Centro de Procesamiento de Resultados de la Delegación Provincial Electoral de Los Ríos, se computaron el ciento (100%) de las actas de escrutinio de la provincia de Los Ríos, sin reflejar inconsistencias.

Artículo 7.- Disponer, al Administrador Nacional del Centro de Procesamientos de Resultados, elimine del Sistema de Transmisión y Publicación de Resultados STPR de la provincia de Los Ríos, todas las actas procesadas después de la clausura de la sesión de 2 de abril de 2019 en adelante; es decir, que se mantenga en el STPR los resultados numéricos que se procesaron desde el 24 de marzo de 2019 hasta el 02 de abril de 2019, llegando al ciento por ciento

(100%) de las actas de escrutinio de la provincia de Los Ríos.".

El recurso contencioso electoral en contra de la referida resolución, fue interpuesto por la señora Psicóloga Clínica Martha Evangelina Moreira Bustamante, en su condición de Procuradora Común de la Alianza 21-10-CREO-FE, quien en sus fundamentos de derecho señala las normas de los artículos 217 y 219 de la Constitución, y del Código de la Democracia y dice ampararse en los artículos 25, 32, 49, 127, 138, 139, 143, 144, 268 y 269.

Con esta base, señala varios actos irregulares detallados en diez numerales y termina manifestando que "…esas irregularidades, las violaciones, los procedimientos antidemocráticos, el fraude habido es escandaloso y no se debe tolerar. Los compromisos políticos no deben ser la causa para que se beneficie a un sector de candidatos para pagar favores políticos que permitieron, en su momento, elegir dignidades en el Consejo Nacional Electoral.".

Cuando la recurrente atiende el pedido del Juez Sustanciador de legitimar la calidad con la que comparece y aclare y complete su pretensión, su patrocinador debidamente autorizado, **deja constancia que la resolución que impugna PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R de 9 de abril de 2019, dictada por el Pleno del Consejo Nacional Electoral, carece de motivación, ignora los graves hechos suscitados en la provincia de Los Ríos, declara nulidades y declara la validez de la sesión de escrutinios, en base a falsedades**; por lo que sostiene que la pretensión es que se declare la nulidad de las elecciones del 24 de marzo de 2019 para las dignidades de Alcalde, Concejales, Prefecto y Viceprefecto y Consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y se disponga que el Consejo Nacional Electoral convoque a nuevas elecciones para tal efecto.

Las consideraciones jurídicas del Tribunal Contencioso Electoral deben formularse alrededor de las garantías para el ejercicio del sufragio, que como derecho político está a cargo de la Función Electoral, cuyos actos y resoluciones deben transparentar a cualquier costo la voluntad popular.

Por esto, la acción de la administración electoral debe ser objetiva, imparcial, independiente y eficaz, porque es la encargada de "…garantizar el cumplimiento de las normas de un proceso electoral libre y justo, en el que se observan las reglas de juego, prestablecidas en la ley y en el que ninguno de los contendientes obtenga ventajas institucionales que le sitúen en una mejor posición con relación a los demás. " (Pablo Santolaya Machetti, **Procedimiento y Garantías Electorales**, Editorial Aranzandi, SA, Pamplona, 2013, p.17)

El ejercicio de la democracia se fortalece con la práctica de procesos electorales depurada en su repetición constante y en la asimilación y mejoramiento de procedimientos técnicos y capacitación a la administración electoral en todos sus niveles; y más se consolida la democracia cuando la ciudadanía, los electores, y fundamentalmente las organizaciones políticas adquieren conciencia del papel que representan en un proceso para designar autoridades.

Esta interacción del Estado, la ciudadanía y de las organizaciones políticas si bien requiere ser ejecutada en doble vía, debe sujetarse a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y generalmente aplicables, que constituyen la seguridad jurídica mínima para cualquier proceso ciudadano que busca garantizar sus derechos.

En el caso en particular, del expediente se evidencia que:

1. A fojas 1351 a 1364 vuelta consta el **ACTA GENERAL DE LA SESIÓN PÚBLICA PERMANENTE DE ESCRUTINIOS DE LA JUNTA PROVINCIAL ELECTORAL DE LOS RÍOS**; correspondiente al escrutinio provincial de las elecciones seccionales

2019 y de Consejeros y Consejeras del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

La Sesión Pública Permanente de escrutinios No. 017-CNE-JPELR-2019, fue convocada de manera expresa y se instaló el día domingo 24 de marzo de 2019 a las 21h00, con la presencia de todos sus vocales y el Secretario de la Junta, contando adicionalmente con la presencia de un numeroso grupo de delegados de las organizaciones políticas.

El único punto del orden del día de la sesión permanente de escrutinios fue: Examen y aprobación de las actas levantadas por las Juntas Receptoras del Voto y de los reportes entregados por el Centro de Procesamiento de Resultados. La sesión fue suspendida luego de jornadas diarias y fue reinstalada sucesivamente los días 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 de marzo; 1 y 2 de abril de 2019.
Durante las jornadas diarias de la sesión de escrutinios se atendieron varias reclamaciones de las organizaciones políticas, entre ellas algunas relacionadas con la dignidad de Alcalde del cantón Babahoyo, Alcalde del cantón Vinces. Inclusive la Junta resolvió que una vez culminado el procesamiento de actas de la dignidad de Alcalde se proceda con las actas inconsistentes a la dignidad de Prefecto /Viceprefecto, "empezando por orden alfabético de los cantones de la provincia de Los Ríos.". Posteriormente el 28 de marzo de 2019, se verificaron actas inconsistentes de la dignidad de concejales urbanos del cantón Baba y el 29 de marzo del año en curso, se recontaron juntas correspondientes a la dignidad de Concejales urbanos de los cantones Babahoyo y Buena Fe, luego se verificó también varios paquetes electorales del cantón Mocache y otro grupo de la dignidad de Concejales Urbanos del cantón Quevedo. Adicionalmente, se recontaron paquetes del cantón Vinces. El 31 de marzo de 2019, se procedió a la verificación de paquetes electorales de la dignidad de Concejales Rurales del cantón Urdaneta.

Sin embargo de lo descrito en el párrafo anterior del acta de la sesión permanente de escrutinios no se evidencia ni el total de las reclamaciones presentadas por las organizaciones políticas ni se determina tampoco el número de cuántas y en qué fechas fueron resueltas las reclamaciones presentadas; por lo que su procesamiento resulta incierto.

Los Jueces del Tribunal Contencioso Electoral, de la revisión pormenorizada del acta, han podido establecer que salvo algunos incidentes propios del escrutinio, las jornadas diarias se desarrollaron con normalidad hasta el día 1 de abril de 2019.

Durante esta jornada que se reinstaló a las 09h00 del 1 de abril de 2019, con la presencia del doctor Luis Páez Vargas (Presidente) y los vocales: abogado Holguer Cabezas Cabezas y economista Javier Márquez Vargas, se constituyó el quorum de tres miembros con el que se instaló la sesión de escrutinios, se incorporó posteriormente la vocal ingeniera Estefany Puente Castro; luego de que el doctor Páez encargara la Presidencia al economista Márquez, éste solicitó al administrador del CPR que procese las actas de reconteo de los consejeros y consejeras del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

El Presidente Luis Páez Vargas, se reincorporó a la sesión a las 22h36 y dispuso se certifique si se ha escrutado la totalidad de las actas de escrutinio de la dignidad de consejeros y consejeras de participación ciudadana y control social y el Secretario certificó que de acuerdo al reporte de resultados pertinentes entregado por el administrador del STPR se han escrutado la totalidad de las juntas receptoras del voto de la provincia de Los Ríos y correspondientes al cien por ciento (100%) del total de las actas remitidas a la Junta.

El Secretario también certificó que no se presentaron reclamaciones por parte de los candidatos durante el escrutinio de la dignidad de consejeras y consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Una vez concluido el escrutinio de la dignidad de Consejeras y Consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que corresponde a la provincia de Los Ríos, se dispuso que a través de Secretaría se de lectura a los resultados de esa dignidad y el administrador del STPR, entregó los reportes de las actas validadas y resultados arrojados por el sistema al ciento por ciento (100%). Por Secretaría se dio lectura a los resultados y su reporte parcial y se dispuso que se anexen al acta. La Junta una vez aprobada el acta parcial o provisional de la sesión pública permanente de escrutinio de la dignidad de consejeras y consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y sus resultados, el Presidente de la Junta, doctor Luis Páez Vargas dispuso que a través de Secretaría se notifique a los candidatos a través de la cartelera pública de la Delegación Provincial Electoral de Los Ríos.

El 2 de abril de 2019, la sesión se instaló a las 9h15, con la presencia de tres de sus vocales, el economista Javier Marquez Carbo, la licenciada Lida Sandoval Pérez y el abogado Holguer Cabezas Cabezas, posteriormente se incorporaron a la sesión la vocal Estefany Puente Castro y el doctor Luis Páez Vargas.

Por la trascendencia y efectos de los hechos que ocurrieron a continuación, el Tribunal Contencioso Electoral, considera necesario su transcripción textual así:

"…Interviene el Doctor Luis Páez Vargas Presidente quien indica que cada Vocal de su opinión respecto al tema pendiente por tratar respecto a las observaciones. Interviene el Economista Javier Márquez Carbo, que he estado revisando las reclamaciones y hay muchas que no proceden , señores OP pido respeto para todos los miembros de la Junta Provincial, ya que, yo en lo principal no he faltado el respeto a ninguno de ustedes. Interviene el Abogado Holguer Cabezas Cabezas, señores delegados muy buenos días, de la misma manera nosotros nos estamos rigiendo al Código de la Democracia; y, todo va estar enmarcado en la Ley. Interviene la Vocal Estefany Puente, Muy buenos días con todos los presentes desde el día de ayer, nos hemos encontrado revisando todas las reclamaciones, a las diferentes dignidades ante la Junta, y, efectivamente hay reclamaciones que no proceden y hay otras que es muy grande la diferencia, el compromiso con todos los candidatos de que efectivamente actuar con la verdad porque aquí no estamos escondiendo nada, si hay que abrir urnas se las abrirá las que procedan de acuerdo al Código de la Democracia. Interviene la Vocal Linda Sandoval Pérez, primero les quiero decir buenos días bienvenidos a todos los delegados, candidatos a diferentes dignidades, solo quiero recordarles algo, no son aquí actitud de Vocales que están recibiendo presiones, me hubiera gustado que estuvieran más personas aquí, incluso la prensa, nos llegó a todos los vocales, pero voy a hablar por mí, este oficio tipo carta, donde se están poniendo todos los que se consideran y solo hay resultados preliminares, hay reclamaciones donde el pueblo está en duda. pero voy hablar por mí, yo estoy aquí para estar siempre respaldando a la democracia, no estoy aquí para alcahuetear los antojos de nadie, y si hay que abrir urnas para aceptar las reclamaciones, yo lo voy a hacer, y hay que respetar la democracia, bienvenidos que siga la fiesta de la democracia, pero hay un mundo de reclamaciones aquí y bueno compañeros sigamos con la sesión. Interviene el Doctor Luis Páez Vargas, buenos días a todos los delegados ayer el señor Michael Acuña Administrador del STPR, informó que se habían validado en el sistema las 12.206 actas al 100%. En los días que no pasé en sesión pasé revisando los reclamos que se habían presentado y es mi criterio que lo que dispone el artículo 138 numeral 1 y 3 no es aplicable a las observaciones planteadas, en vista que no proceden el 96,6% de las observaciones y una vez que se ha cumplido con todos los requisitos que el Código de la Democracia señala, se declara concluido el proceso de escrutinio y se clausura la sesión.".

En las copias del acta remitidas por la Junta Provincial Electoral de los Ríos y por el propio Consejo Nacional Electoral que obran del proceso, en la última página del

documento aparecen las firmas y rúbricas de: doctor Luis Páez Vargas (Presidente de la JPELR) y el abogado Eliut Sánchez Rodríguez (Secretario de la JPELR).

2. Consta a fojas 1347 a 1348 vuelta del proceso, la copia de la Resolución No 0510-JPELR-02-04-2019 de 2 de abril de 2019, en cuyo primer párrafo se dice:

"El Presidente de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos luego de analizar las observaciones realizadas por los sujetos políticos acreditados legalmente, determinar que aquellas no se sujetan a lo dispuesto por la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia y que, adicionalmente, se han cumplido con todos los requisitos establecidos en dicho Código Electoral, declaró concluido el proceso de escrutinios y clausuró la sesión permanente, por lo que, se procede a aprobar la siguiente resolución…"
El acto administrativo descrito tiene (14) catorce considerandos, y una parte resolutiva con (2) dos artículos:

"**Artículo 1.-** Aprobar los resultados numéricos de la dignidad de Alcalde del cantón Baba de la Provincia de Los Ríos, cuyos resultados han sido ingresados al Sistema de Transmisión y Publicación de Resultados "STPR" del Consejo Nacional Electoral; los cuales se adjunta a la presente Resolución.

Artículo 2.- Se dispone al señor Secretario de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, notifique a los representantes legales de las organizaciones políticas y sociales debidamente inscritas, con la presente resolución y los resultados numéricos del proceso de Elecciones Seccionales 2019 y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de los casilleros electorales asignados para el efecto y la cartelera de la Delegación Provincial Electoral de Los Ríos, para de creerlo pertinente puedan interponer los recursos que les correspondan conforme a la ley."

En la resolución consta también (1) una disposición final que establece lo siguiente:

"El señor Secretario de la Junta Provincial Electoral, hará conocer de esta resolución a las y los Vocales de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos; y, a los representantes de las organizaciones políticas y sociales debidamente registradas, para trámites de ley."

La referida resolución solo se encuentra suscrita por el Secretario de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos y según la razón sentada por él mismo, fue notificada el 3 de abril de 2019, a las 15h00.

3. De fojas 1488 a 1489 en el texto de la Notificación No. 0004-CNE-JPE-LR-2018, consta como base de la decisión adoptada por la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, la referencia que: el Pleno del Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución Nro. PLE-CNE-3-3-4-2019 de 3 de abril de 2019, resolvió ampliar el plazo de diez días para que la Junta Provincial Electoral de Los Ríos pueda culminar con el proceso de escrutinio de las Elecciones Seccionales 2019 y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

4. En la foja 1487, consta la certificación suscrita por el abogado Xavier Malacatus, Secretario de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, de la que se desprende que hasta el día 5 de abril de 2019, no se han presentado objeciones, impugnaciones o recursos en contra de la Resolución Nro. 0510 -JPELR-02-04-2019, de 2 de abril de 2019.

5. A foja 1488, consta un documento identificado como "Notificación No 0004-CNE-JPE-LR-2018 de 5 de abril de 2019, dirigida a los representantes de las organizaciones políticas debidamente acreditadas ante el Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se comunica que el Pleno de la Junta Provincial Los Ríos, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en la sesión del viernes 5 de abril del 2019, se decidió lo que a continuación disponemos:

"…Una vez que el cuerpo colegiado de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, se estructuró, el Presidente de la Junta tomó la palabra y propuso a los vocales que:

En vista que la notificación de las Resoluciones sobre la aprobación de los resultados numéricos de todas las autoridades seccionales de la Provincia de Los Ríos, así como el documento denominado Acta General de la Sesión Permanente de Escrutinios de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, correspondiente al Escrutinio Provincial de las Elecciones Seccionales 2019, de 02 de abril de 2019, realizada a las diferentes Organizaciones Políticas de esta provincia

y suscritos por el ex Presidente y Secretario de la Junta, considerando que la decisión y notificación no fueron conocidas por todos los vocales de la Junta, y que las actuaciones generadas por el ex Presidente y Secretario, no recogen la voluntad y decisión del cuerpo colegiado de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, ni tampoco aprobamos la clausura de la Sesión Permanente de Escrutinios, propone dejar Sin Efecto las resoluciones con las que se notificó los resultados numéricos de todas las dignidades de la Provincia de Los Ríos, y el acta general de fecha 02 de abril de 2019, en los casilleros electorales de las Organizaciones Políticas, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 139 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, determina que: "*Las reclamaciones que hicieren los sujetos políticos con sujeción a estas normas, sobre los resultados numéricos de los escrutinios provinciales, serán resueltas en la misma audiencia*". Por lo que someto a consideración de Reinstalar la Sesión Permanente que fuera clausurada el 02 de abril de 2019, a las 11H30 am, aproximadamente, y de esa manera atender en derecho lo que corresponda las reclamaciones presentadas hasta el 02 de abril de 2019, por los delegados debidamente acreditados para la sesión permanente de escrutinios, y respetar el derecho de participación para proceder a culminar lo que corresponde la Sesión Permanente de Escrutinios.

Dicha dedición se propone además en base a la Resolución Nro. PLE-CNE-3-3-4-2019, de 03 de abril de 2019, con la que el Pleno del Consejo Nacional Electoral, que resolvieron ampliar el plazo de diez días, para que la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, pueda culminar con el proceso de escrutinios de las Elecciones Seccionales 2019 y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social…" . (SIC). Esta moción se sometió a consideración y se aprobó con voto de mayoría de tres vocales.

A fojas 1490, consta un documento titulado: "FE DE ERRATAS", que se refiere a aclarar que la notificación No. 0004-CNE-JPE-LR-2018, realmente debe contener al final, el número 2019.

6. El 7 de abril de 2019 a las 17h40, fue entregado en el Consejo Nacional Electoral, un escrito firmado por el señor Pascual del Cioppo Aragundi, Presidente Nacional y Representante Legal del Partido Social Cristiano, Lista 6, mediante el cual impugna la: "**Resolución adoptada en sesión de 05 de abril de 2019, mediante la cual la Junta Provincial Electoral de Los Ríos deja sin efecto la Resolución No. 0510-JPELR-02-04-2019, de 02 de abril de 2019 y reinstala la Sesión Permanente que fuera clausurada con fecha 02 de abril de 2019"**. (Fs. 1342 a 1345)

7. A fojas 1539 consta la Resolución No. PLE-CNE-1-7-4-2019 de 7 de abril de 2019, mediante la cual, el Consejo Nacional Electoral decide cesar de las funciones de Director de la Delegación Provincial Electoral de Los Ríos, ingeniero Juan Carlos Jaramillo Mosquera.

8. El Pleno del Consejo Nacional Electoral mediante Resolución PLE-CNE-2-7-4-2019 de 7 de abril de 2019, resolvió designar al abogado Juan Francisco Cevallos Silva, como Director de la Delegación Provincial Electoral de Los Ríos. (Fs.1543 a 1544)

9. A través de la Resolución PLE-CNE-3-10-4-2019, de 10 de abril de 2019 (Fs.1547 a 1548), se aceptó la renuncia del abogado Holger Stalin Cabezas Cabezas, Vocal de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos.

10. El Pleno del Consejo Nacional Electoral mediante resolución No. PLE-CNE-4-19-4-2019 de 10 de abril de 2019, designó al abogado Danilo Sebastián Zurita Ruales como Vocal de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos. (Fs. 1551 a 1552)

El Tribunal Contencioso Electoral antes de pronunciarse sobre los actos administrativos desarrollados desde el 2 de abril de 2019, cuando se dio por terminada la sesión permanente de escrutinios en la provincia de Los Ríos, establece lo siguiente:

En el Código de la Democracia, en el Capítulo Octavo Sección Séptima (Escrutinio provincial) determina cual es el procedimiento, el plazo y las características esenciales de la sesión permanente de escrutinios de jurisdicción provincial; entonces para clausurar de manera legítima una sesión que para su instalación cumplió con todas las formalidades previstas en la Ley, también deben cumplirse las siguientes:

a. Certificación del CPR sobre haber escrutado o validado el 100 por ciento de todas las dignidades.
b. Dichas certificaciones deben ser individuales y por dignidad y jurisdicción.
c. Certificación de Reclamaciones presentadas, tramitadas y resueltas durante la sesión permanente de escrutinios.
d. Certificación del STPR con el reporte de resultados provisionales por dignidad.
e. Aprobación del acta parcial o provisional, referente a cada dignidad.
f. Notificación a las organizaciones políticas con los reportes de resultados parciales.

Procesalmente consta que la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, instaló la sesión permanente de escrutinios el día 24 de marzo de 2019 a las 21h00, con la presencia de todos sus vocales, su secretario y con la participación de delegados de las organizaciones políticas que presentaron candidatos en esa jurisdicción territorial.

El 1 de abril de 2019, el Presidente de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, doctor Luis Páez Vargas, tratándose de las dignidades del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, previo a cerrar la sesión parcial de escrutinios de esa elección, cumplió con todos los requisitos señalados en los cinco numerales que constan en el párrafo anterior para dar por concluido el proceso.

Al día siguiente, sin que medie explicación alguna y a pesar de que tres de los vocales de la referida Junta, alertaran sobre la situación, tratamiento y resolución de las reclamaciones de las organizaciones políticas, el Presidente de la Junta Electoral, sostuvo, alejado a la verdad, que el día anterior el administrador del Sistema de Transmisión y Publicación de Resultados había informado la validación del ciento por ciento de las actas, sin aclarar que el informe del día anterior se refería a la dignidad de consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Además el Presidente de la Junta, por decisión propia, unipersonal e inconsulta manifestó públicamente que analizó ***– fuera de la sesión de escrutinio***- las reclamaciones de las organizaciones políticas e indicó que a su criterio no les era aplicable a lo dispuesto en el artículo 138 numerales 1 y 3 del Código de la Democracia y que por tanto no procedían; y, con el argumento de que se han cumplido todos los requisitos declaró concluido el proceso de escrutinio y la clausura de la sesión.

Por su parte el Secretario de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, al día siguiente, esto es el 3 de abril de 2019, suscribe la Resolución No. 0510-JPELR-02-04-2019, así como la razón de notificación a las organizaciones políticas.
El mismo 3 de abril de 2019, el Consejo Nacional Electoral dictó la resolución PLE-CNE-3-3-4-2019, con la cual amplió el plazo para que la Junta Provincial Electoral termine el escrutinio, es decir el máximo órgano de control administrativo electoral, estaba consiente que la actividad no se había terminado; tanto es así que en los siguientes días designó reemplazo de varios vocales de la Junta y de la Delegación Provincial Electoral.

Del expediente, no se evidencia la existencia formal de una resolución atribuible a la Junta Provincial Electoral de El Oro que se haya adoptado el 5 de abril de 2019 para la reinstalación de la sesión de escrutinios, tan solo se constata una notificación sujeta incluso a una fe de erratas, que termina siendo el acto administrativo sobre el cual se presenta una impugnación por parte del representante legal del Partido Social Cristiano, que posteriormente es objeto de la resolución del Pleno del Consejo Nacional Electoral, ahora impugnada ante el Tribunal Contencioso Electoral, decisión que entre otras cosas acepta la impugnación presentada, declara nula la notificación descrita, declara nulos todos los actos administrativos realizados a partir del 5 de abril de 2019 y **"declara la validez de lo actuado por la Junta Provincial Electoral de Los Ríos en la sesión permanente de escrutinios iniciada el 24 de marzo de 2019 y clausurada el 2 de abril de 2019.".**

El Tribunal Contencioso Electoral reproduce las disposiciones del Código de la Democracia contenidas en los artículos 134 a 136:

"**Art. 134.-** El escrutinio provincial comenzará por el examen de las actas extendidas por las Juntas Intermedias o las Juntas Receptoras del Voto según el caso, luego de lo cual se procederá a la revisión de las actas de escrutinio que fueron declaradas suspensas y de las rezagadas.

Las actas que no fueron conocidas por las Juntas Intermedias de Escrutinio se considerarán rezagadas, en cuyo caso la Junta Provincial procederá a escrutarlas en el orden previsto en el inciso anterior.

Art. 135.- Concluido el examen de cada una de las actas, la Junta Provincial procederá a computar el número de votos válidos obtenidos por cada candidato o por cada lista.

Art. 136.- Finalizado el escrutinio provincial se elaborará un acta por duplicado en la que se dejará constancia de la instalación de la sesión, de los nombres de los vocales que intervinieron, de los candidatos, delegados y observadores debidamente acreditados y se adjuntarán los resultados numéricos generales. **El acta se redactará y aprobará en la misma audiencia**, debiendo ser firmada, al menos, por el Presidente y Secretario. Si los escrutinios duran más de un día, se levantará un acta por cada jornada.

Concluido el escrutinio se levantará por duplicado **el acta general en la que consten los resultados de todas las dignidades.** La Junta Provincial Electoral remitirá al Consejo Nacional Electoral uno de los ejemplares de dicha acta.". (El énfasis no corresponde al texto original)

El Código de la Democracia establece en el artículo 139, que **las reclamaciones de los sujetos políticos sobre los resultados numéricos de los escrutinios provinciales deben ser resueltas en la misma audiencia**.

El énfasis realizado a las normas señaladas en líneas anteriores responde a la intención del Tribunal Contencioso Electoral de evidenciar los actos irregulares, las omisiones legales y los vicios en la motivación del acto administrativo de cierre de la sesión permanente de escrutinios en la provincia de Los Ríos y que provocan su nulidad y la ineficacia jurídica de sus efectos posteriores.

De conformidad con el Código Orgánico Administrativo (COA), los actos de la administración pública deben cumplir requisitos:

"Art. 99.- Requisitos de validez del acto administrativo.
Son requisitos de validez:
1. Competencia
2. Objeto
3. Voluntad
4. Procedimiento
5. Motivación.

Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará:

1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.
2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.

Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada.
Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.

Art. 101.- Eficacia del acto administrativo. El acto administrativo será eficaz una vez notificado al administrado. La ejecución del acto administrativo sin cumplir con la notificación constituirá, para efectos de la responsabilidad de los servidores públicos, un hecho administrativo viciado.".

La decisión de cerrar y clausurar la sesión permanente de escrutinios correspondió únicamente a la voluntad del doctor Luis Páez, a esa época Presidente de la Junta Provincial de Los Ríos y pasó por alto todos los requisitos que permiten terminar esa específica tarea electoral, es decir no precedieron a su resolución los siguientes actos:

- **Certificación del CPR sobre haber escrutado o validado el 100 por ciento de todas las dignidades**: La afirmación del doctor Páez es ajena a los hechos, pues el día anterior solo se validó actas referentes a la elección del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

- **Certificaciones individuales por dignidad y jurisdicción**: Nunca se emitieron durante la sesión de escrutinios

- **Las reclamaciones presentadas por las organizaciones políticas**: Estuvieron pendientes de trámite y no fueron analizadas ni resueltas durante la sesión permanente de escrutinios.

- **Certificación del STPR con el reporte de resultados provisionales por dignidad**, la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, como cuerpo colegiado nunca conoció reporte alguno y menos con el detalle que exige la Ley.

- **Aprobación del acta parcial o provisional, referente a cada dignidad**: Los vocales de la Junta no tuvieron acceso y no pudieron aprobar ninguna propuesta de acta parcial de resultados.

- **Notificación a las organizaciones políticas con los reportes de resultados parciales**: La resolución Nro. 510-JPELR -02-04-2019, evidencia en su propio texto (DISPOSICIÓN FINAL) que no fue conocida ni aprobada por la Junta Provincial Electoral, sino que fue expedida por la voluntad del entonces Presidente del organismo desconcentrado.

- **Irregularidad en el desempeño de funciones:** El Presidente de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, de manera deliberada, omitió realizar el mismo procedimiento que efectuó el día anterior en relación a las dignidades de Consejeros del Consejo de Participación Ciudadana; y habría adoptado para sí la esfera de competencias que le corresponden como cuerpo colegiado a la Junta Provincial Electoral.

La decisión final del Presidente de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, para cerrar la sesión no se fundamentó en norma legal alguna y, carece de motivación con los efectos previstos en el artículo 76 numeral 7, literal l de la Constitución de la República del Ecuador.

Cuando el Pleno del Consejo Nacional Electoral emite la resolución PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R en su parte resolutiva, en el artículo 6, decide declarar la validez de lo actuado por la Junta Provincial Electoral de Los Ríos en la sesión permanente de escrutinios iniciada el 24 de marzo de 2019 y clausurada el 2 de abril de 2019, da por eficaz un acto que no puede ser convalidado por la nulidad de su origen, en virtud del expreso mandato constitucional de falta de motivación y sus efectos.

El Tribunal ya ha dejado establecido, que la sesión permanente de escrutinios no estableció ni aprobó reportes de resultados parciales en ninguna dignidad de elección popular en la provincia de Los Ríos, salvo la que se refiere al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que cumplió todos los requisitos previstos en la Ley y que fue aprobada el 1 de abril de 2019.

La decisión del Consejo Nacional Electoral de anular actos administrativos y retrotraer los hechos al cierre de la sesión de escrutinios vulnera los derechos de participación de las organizaciones políticas y candidatos de la jurisdicción de la provincia de Los Ríos, pues dicha sesión irregularmente concluida no aprobó los resultados numéricos parciales necesarios para determinar los ganadores de las elecciones individualmente consideradas de las dignidades o escaños a asignar.

Nuestro ordenamiento jurídico, promueve la aplicación del "principio pro-elector" para el eventual caso de duda en la aplicación de la Ley y obliga a interpretarla en el sentido que más favorezca al cumplimiento de los derechos de participación, a respetar la voluntad popular y a la validez de las votaciones. El acto electoral es sin duda un "acto jurídico político" complejo y perfectible entre la interrelación de las personas con el gobierno, por eso "…los votantes que han hecho todo lo que estaba en sus manos para emitir sus votos honesta y racionalmente no deben ser privados de su derecho de sufragio por una irregularidad, confusión, error o

incluso un acto injusto de los funcionarios encargados de conducir la elección, cuando éstos no impidieron una elección justa y no afectaron el resultado…" (Hernán Gonçalves Figueiredo, **Manual de Derecho Electoral, Principios y Reglas**, Editorial D. H. Di LALLA, Argentina, 2013, p. 196)

El Código Orgánico Administrativo se refiere a la nulidad en varias de sus disposiciones legales:

"**Art. 106.-** Declaración de nulidad. Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión.
La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo.
La o el interesado que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no haya comparecido al procedimiento administrativo, previamente.

Art. 107.- Efectos. La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo a partir de la fecha de expedición del acto declarado nulo, salvo que la nulidad sea declarada con respecto a los vicios subsanables.
La declaración de nulidad con respecto a los derechos de terceros, adquiridos de buena fe, generará efectos desde su expedición.
La declaración de nulidad de un acto administrativo afecta exclusivamente al acto viciado, salvo en los casos en que el procedimiento administrativo deba también ser declarado nulo de conformidad con este Código.
Cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado.
El órgano que declare la nulidad del procedimiento administrativo dispondrá la conservación de aquellos actos administrativos, diligencias, documentos y más pruebas cuyo contenido se ha mantenido igual de no haberse incurrido en el vicio que motiva la declaración de nulidad del procedimiento.

Art. 226.- Alegación de nulidad. En el recurso de apelación se podrá además alegar la nulidad del procedimiento o la nulidad del acto administrativo.

Art. 227.- Nulidad del procedimiento. Si al momento de resolver la apelación, la administración pública observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligada a declarar, de oficio o a petición de persona interesada, la nulidad del procedimiento desde el momento en que se produjo, a costa del servidor que lo provoque. Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso.

Art. 228.- Nulidad del acto administrativo. Si la nulidad se refiere al acto administrativo se la declarará observando las siguientes reglas:

1. Cuando no se requieran actuaciones adicionales que el órgano que resuelve el recurso esté impedido de ejecutarlas por sí mismo, por razones de hecho o de derecho, se resolverá sobre el fondo del asunto."

2. Disponer que el órgano competente, previa la realización de las actuaciones adicionales que el caso requiera, corrija los vicios que motivan la nulidad y emita el acto administrativo sustitutivo, en el marco de las disposiciones que se le señalen. En este supuesto, los servidores públicos que hayan intervenido en la expedición del acto declarado nulo no pueden intervenir en la ejecución de la resolución del recurso.

La resolución de 9 de abril de 2019 adoptada por el Consejo Nacional Electoral lo primero que resuelve es acoger el informe de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica, que se sometió a su consideración mediante un Memorando de la misma fecha.

El referido informe señala que el acto impugnado es la notificación No. 0004-CNE-JPE-LR-2018 emitida el 5 de abril de 2019 y su fe de erratas; y con esa base plantea la necesidad de analizar varios principios de interpretación electoral, entre otros, el principio de conservación del acto electoral, sobre el cual entre otras cosas señala: "el principio de conservación del acto electoral deriva como una consecuencia del principio de impedimento de falseamiento de la voluntad popular y postula que en el tanto no se constaten infracciones legales graves que puedan producir la nulidad de elecciones, los organismos electorales o jurisdiccionales en su caso, no deberán decretar la nulidad del acto electoral…".

Sobre el principio de unidad del acto electoral, el informe jurídico señala: "El proceso electoral, por consiguiente, está constituido por una serie de actos que integra etapas definidas ubicadas temporalmente en forma secuencias. En consecuencia, los resultados finales de un proceso electoral se deben al concurso de una serie de actos, trámites y procedimientos, que a pesar de tener su propia autonomía, se encuentran concatenados formando una sola unidad, la cual debe ser respetada, salvo que con ello se lesionen otros principios de mayor jerarquía." .

La asesora jurídica del Consejo Nacional Electoral, se apoya en un informe técnico de la Coordinación Nacional Técnica de Procesos Electorales, remitido el 9 de abril de 2019, en el cual se expresa "que con fecha 2 de abril de 2019, a las 7:26 consta el avance de procesamiento de la provincia de Los Ríos al ciento por ciento, en tal sentido no existían inconsistencias pendientes de resolver a esa fecha"; sin embargo, de la revisión del expediente el informe técnico de fecha 2 de abril de 2019, no existe y tampoco consta una sola mención o referencia en el acta de la sesión permanente de escrutinios.

La propia Dirección Nacional de Asesoría Jurídica, en la página (29) veintinueve de su informe, se refiere a la potestad de revocatoria de la administración (principio de auto tutela administrativa) y cita doctrina de la Universidad de Cuenca, en la que se dice: "(…) La potestad revocatoria de la administración debe ser entendida como la prerrogativa, atribución o facultad que tiene la administración para dejar sin efecto de oficio o a petición de parte un acto administrativo anterior con la emisión de otro acto de significado contrario que anula e invalida al primero con el fin de proteger el interés público …".

En el informe, la responsable jurídica omite analizar los hechos básicos que motivaron la expedición de un documento notificación que según el propio informe es el objeto de impugnación, y que se refieren precisamente a la terminación o clausura irregular de la sesión permanente de escrutinios en la provincia de Los Ríos, por el incumplimiento de todos los requisitos legales previos a dicho acto administrativo.

Las equivocaciones del informe jurídico debieron ser analizadas por el Pleno del Consejo Nacional Electoral, al aprobarlo sin observaciones, las hacen propias de aquellos miembros del Consejo que aprobaron la resolución.

Por estas circunstancias que **afectan directamente la motivación constante en la resolución del Consejo Nacional Electoral No. PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R**, este acto administrativo también carece de eficacia jurídica; pues los servidores, directores y especialmente los Consejeros del Consejo Nacional Electoral están en la obligación, como instancia superior administrativa, de corregir los vicios de procedimiento, las incorrecciones administrativas y hasta las omisiones culposas que causen vulneración a los derechos ciudadanos. En la referida resolución del Consejo Nacional Electoral la equivocada aplicación e interpretación de normas jurídicas sobre el análisis superficial de los hechos fácticos elimina cualquier posibilidad de encontrar lógica, razonabilidad y comprensibilidad en las decisiones que pretenden instrumentarse mediante ese acto administrativo.

OTRAS CONSIDERACIONES

En el recurso originalmente interpuesto se incluyen como elementos probatorios 29 sobres C1 originales, 29 sobres C2 originales y un dispositivo electrónico que evidenciarían las irregularidades en el proceso electoral. Circunstancias que corresponden a la competencia de la justicia penal y que en virtud de lo dispuesto en los artículos 279 y 281 inciso primero del Código de la Democracia, una vez ejecutoriada esta sentencia deberán remitirse para conocimiento de la Fiscalía General del Estado.

Por lo expuesto, el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO**

DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve:

PRIMERO.- Aceptar parcialmente el recurso ordinario de apelación interpuesto por la psicóloga clínica Martha Evangelina Moreira Bustamante, Procuradora Común de la Alianza 21-10, CREO – FE en contra de la Resolución PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R emitida por el Pleno del Consejo Nacional Electoral, el 9 de abril del 2019.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de la resolución PLE-CNE-3-7-9-4-2019-ORD-R.

TERCERO.- Declarar la nulidad del acto administrativo de 5 de abril de 2019 mediante el cual se reinstaló la sesión permanente de escrutinios de la provincia de Los Ríos. En virtud de la falta de motivación constante en una notificación y frente a la inexistencia formal de un acto administrativo de carácter resolutivo debidamente fundamentado.

CUARTO.- Declarar la nulidad del acto unilateral del ex Presidente de la Junta Provincial Electoral de Los Ríos por el cual se clausuró la sesión permanente de escrutinios, por lo que dicha sesión se deberá entender como inconclusa.

QUINTO.- Disponer que la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, con fundamento en esta sentencia, reinstale la sesión permanente de escrutinios y – cumpliendo todos los requisitos y procedimiento previstos en la Ley- tramite y resuelva en la sesión, las reclamaciones de las organizaciones políticas que participaron con candidatos en el proceso electoral 2019, presentadas ante la Junta Provincial Electoral hasta el 2 de abril de 2019; certifique el escrutinio y convalidación de todas las actas de las Juntas Receptoras del Voto, con los datos ingresados hasta el 2 de abril de 2019; obtenga, individualizando la dignidad y jurisdicción, los respectivos reportes de resultados parciales; apruebe las actas individualizas de las sesiones parciales por dignidad; cierre el escrutinio; y, notifique con los reportes de resultados a las organizaciones políticas. Se exceptúa de esta disposición, todo lo actuado por la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, el 1 de abril de 2019, que se refiere a la dignidad de Consejeros y Consejeras del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que cumplió con todos los requisitos y que fue legalmente aprobado, por lo que este Tribunal procede a su validación.

SEXTO.- Para evitar actos violentos, asegurar la integridad de las personas y de los documentos electorales, se ordena que la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, reinstale la sesión permanente de escrutinios en la ciudad de Quito, en las instalaciones que el Consejo Nacional Electoral determine. Para tal efecto, el traslado de todos los paquetes electorales de esa jurisdicción deberá efectuarse activando los procedimientos previstos por la mesa nacional de seguridad conformada con los efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

SÉPTIMO.- Disponer que el Consejo Nacional Electoral brinde a la Junta Provincial Electoral de Los Ríos, todas las facilidades operativas, administrativas, técnicas y de logística para la reinstalación de la sesión permanente de escrutinio, en la ciudad de Quito.

OCTAVO.- Por cuanto en el expediente y el recurso presentado se describen hechos que podrían constituir infracciones de carácter penal, una vez ejecutoriada la sentencia se dispone que la Secretaría General de este Tribunal, remita a la Fiscalía General del Estado, los originales de los cincuenta y ocho sobres (C1 y C2), el dispositivo de almacenamiento USB, así como una copia digital del contenido íntegro del expediente a fin de que las autoridades correspondientes establezcan las responsabilidades a las que hubiera lugar.

NOVENO.- Notifíquese el contenido de la presente sentencia:

9.1. A los recurrentes, en las direcciones de correo electrónicas: info@alfonsteixidor.com / acostabogados@hotmail.com y en la casilla contencioso electoral No. 069.

9.2. A la Junta Provincial Electoral de los Ríos, a través de su Presidente en las direcciones de correo electrónicas: danilozurita@cne.gob.ec / xaviermalacatus@cne.gob.ec y edwinmalacatus@cne.gob.ec.

9.3. Al Consejo Nacional Electoral, a través de su Presidenta, en la casilla contencioso electoral No. 003, en la forma prevista en el artículo 247 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia y en las direcciones de correo electrónicas: franciscoyepez@cne.gob.ec y dayanatorres@cne.gob.ec .

DÉCIMO.- Actúe el abogado Alex Guerra Troya, Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral.

DÉCIMO PRIMERO.- Publíquese la sentencia en la página web-cartelera virtual del Tribunal Contencioso Electoral. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.- f)** Dr. Joaquín Viteri Llanga, Juez Presidente; Dra. María de los Ángeles Bones R, Jueza Vicepresidenta; Dra. Patricia Guaicha Rivera, Jueza; Dr. Ángel Torres Maldonado, Juez; Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera, Juez.

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	Ecuador
ÓRGANO ELECTORAL:	Tribunal Contencioso Electoral (TCE)
TEMA:	Medidas cautelares emitidas por el Consejo Nacional Electoral (CNE)
NÚMERO DE CAUSA:	046-2020-TCE
FECHA DE EMISIÓN:	14 de agosto de 2020
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Recurso de apelación
ACTO QUE SE RECURRE:	Sentencia de Primera Instancia
ACCIONANTE (S):	Movimiento Justicia Social, Lista 11.
ACCIONADO (S):	Juez del Tribunal Contencioso Electoral (TCE)
DECISIÓN:	Aceptar

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	La Resolución emitida por el Consejo Nacional Electoral (CNE) responde a una recomendación de la Contraloría General del Estado que señala: "El Pleno del Consejo Nacional Electoral 1. Dejará sin efecto la inscripción de los Movimientos Nacionales "Podemos", "Fuerza Compromiso Social", Libertad es Pueblo" y "Justicia Social", para lo cual se consideró lo establecido en el Código Orgánico Administrativo que es aplicable para todos los organismos que conforman el sector público".
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	El Código de la Democracia entre las facultades del Consejo Nacional Electoral (CNE) no contempla emitir medidas cautelares, por lo que, es improcedente recurrir a una norma de administración general como el Código Orgánico Administrativo (COA) para dictarlas.

RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Medidas cautelares.
RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	El Código Orgánico Administrativo (COA) prevé la posibilidad de ordenar medidas cautelares una vez iniciado el procedimiento administrativo, las mismas se ejecutan: "si existen elementos de juicio suficiente para ello" debiendo cumplir los presupuestos de proporcionalidad y oportunidad para asegurar la eficacia de la resolución.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Interposición del recurso subjetivo contencioso electoral de una decisión administrativa incierta y futura.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	La decisión emitida por el Consejo Nacional Electoral (CNE) es el inicio de un procedimiento de revisión que constituye de carácter preparatorio, previo la adopción de una resolución. En consecuencia, al estar en trámite, la etapa en sede administrativa no ha concluido, por lo que interponer el recurso subjetivo contencioso electoral es apresurado, pues se pretende que el Tribunal Contencioso Electoral (TCE) emita un pronunciamiento sobre el fondo de una decisión administrativa incierta y futura.

OBITER DICTA 2- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Facultad reglamentaria del órgano administrativo electoral.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	Le corresponde a la administración electoral, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, elaborar las normas de carácter infralegal y reglamentarias que determinen el procedimiento y tiempo que corresponda, con la finalidad de solucionar los conflictos de carácter administrativo electorales que se presenten, para no depender de la aplicación de preceptos subsidiarios en el futuro.

OBITER DICTA 3- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Tercero interesado.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	La legislación ecuatoriana no reconoce a un tercero interesado como parte procesal en las causas contencioso electorales, por lo que cualquier comparecencia o requerimiento ante el Tribunal Contencioso Electoral (TCE) debe ser activada a través de los medios de impugnación legalmente establecidos.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL (TCE)

SENTENCIA

CAUSA Nro. 046-2020-TCE

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano, 14 de agosto de 2020, las 19h47- **Agréguese a los autos:**

a) Copia certificada de la Convocatoria a Sesión Extraordinaria Jurisdiccional Nro. 050-2020-PLE-TCE.

PRIMERO.- ANTECEDENTES.-

1.1. El 22 de julio de 2020, a las 11h19 ingresó por Secretaría General, un escrito firmado por el señor Manuel Xavier Castilla Fassio, en su calidad de Director Ejecutivo Nacional del Movimiento Justicia Social, Listas 11 y su abogado patrocinador, mediante el cual interpuso un recurso subjetivo contencioso electoral de conformidad a la causal 15 del artículo 269 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, constante en (19) diecinueve fojas, con (19) diecinueve fojas en calidad de anexos. (Fs. 1 a 38).

1.2. A la causa la Secretaría General de este Tribunal, le asignó el número 046-2020-TCE y en virtud del sorteo electrónico efectuado el 22 de julio de 2020, a las 13:06:20, radicó la competencia de la causa en el doctor Fernando Muñoz Benítez, conforme la documentación que consta en el expediente. (Fs. 39 a 41).

El expediente ingresó al Despacho del doctor Fernando Muñoz Benítez el 22 de julio de 2020, a las 13h35, según se verifica de la razón sentada por la Secretaria Relatora.

1.3. El 23 de julio de 2020 a las 21:33:14, el señor Manuel Xavier Castilla Fassio, remitió electrónicamente al correo institucional de la Secretaria General de este Tribunal (secretaria.general@tce.gob.ec) un escrito firmado electrónicamente por su abogado patrocinador, mediante el cual indicaba que la resolución que recurría era la PLE-CNE-1-19-7-2020; y no la resolución PLE-CNE-1-19-7-2019 como constaba en su escrito inicial. (Fs.43 a 45).

1.4. Mediante auto de 25 de julio de 2020, a las 10h30, el juez de instancia dispuso en lo principal que el recurrente aclare y complete su petitorio, al tenor de lo previsto el numeral 5 del artículo 6 del Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral, esto es, puntualizar los medios de prueba que ofrece para acreditar los hechos; y que el Consejo Nacional Electoral remita a esa judicatura en original o copias certificadas y debidamente foliado, el expediente completo, incluyendo el informe N° 001-CNSIPT-DNOP-DNAJ-CNE-2020 y cualquier otro documento o informe jurídico y técnico, que guarde relación con la resolución PLE-CNE-1-19-7-2020. (Fs. 46 a 46 vuelta).

1.5. Oficio Nro. TCE-SG-OM-2020-0144-O, mediante el cual el abogado Alex Guerra Troya, Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral, asigna la casilla contencioso electoral No. 038 al recurrente para notificaciones. (F. 53).

1.6. El 26 de julio de 2020, a las 18:59:38, el recurrente presentó electrónicamente un escrito mediante el cual completó y aclaró su recurso, de acuerdo a lo requerido por el juez de instancia, en auto dictado el 25 de julio de 2020. (Fs. 54 a 72).

1.7. El 27 de julio de 2020, a las 16h09, la doctora María Gabriela Herrera Torres, Secretaria General Subrogante del Consejo Nacional Electoral, remite el Oficio Nro. CNE-SG-2020-0956-Of, constante en (1) una foja, al que adjunta en calidad de

anexo (1) un DVD-R, marca Maxell, con el que da cumplimiento de lo dispuesto en auto de 25 de julio de 2020. (Fs. 73 a 76).

1.8. El juez electoral mediante auto de fecha 29 de julio de 2020 a las 15h00, admitió a trámite la causa No. 046-2020-TCE. (Fs. 77 a 77 vuelta).

1.9. Mediante sentencia expedida el 01 de agosto de 2020 a las 22h30, el juez de instancia resolvió en lo principal: (Fs. 83 a 91 vuelta).

> **"PRIMERO**: Aceptar el recurso subjetivo contencioso electoral interpuesto por el señor Manuel Javier Castilla Fassio, Director Nacional del Movimiento Justicia Social, Listas 11, dentro de causa 046-2020-TCE; y, como consecuencia, dejar sin efecto la Resolución PLE-CNE-1-19-7-2020 tomada por el Consejo Nacional Electoral en sesión de 19 de julio de 2020.
>
> **SEGUNDO**: Dejar sin efecto las medidas cautelares, dispuestas en el artículo 3 de la Resolución PLE- CNE- 1-19-7-2020 de 19 de julio de 2020…".

1.10. La ingeniera Shiram Diana Atamaint Wamputsar, Presidenta del Consejo Nacional Electoral, mediante escrito ingresado en la Secretaría General del Tribunal Contencioso Electoral el 04 de agosto de 2020, a las 10h27, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia. (Fs. 96 a 119).

1.11. El Juez de primera instancia, mediante auto expedido el 05 de agosto de 2020, a las 11h00, dispuso: (F. 120).

> "**PRIMERO:** Por cuanto el recurso de apelación a la sentencia dictada por este juzgador ha sido oportunamente presentado, se lo concede. Para el efecto, a través de la relatoría de este despacho, remítase el expediente a la Secretaría General para que proceda como corresponde".

1.12. Mediante Memorando N° TCE-FMB-PPP-021-2020, de 05 de agosto de 2020, la doctora Paulina Parra Parra, Secretaria Relatora del Despacho del doctor Fernando Muñoz Benítez, remite al abogado Alex Guerra Troya, Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral, el expediente de la causa No. 046-2020-TCE. (F. 125).

1.13. Conforme se desprende del informe de realización del sorteo de causa jurisdiccional; del Acta de Sorteo No. 038-05-08-2020-SG de 05 de agosto de 2020; y de la razón sentada por el Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral, correspondió al doctor Joaquín Viteri Llanga, juez de este Tribunal, el conocimiento y trámite del recurso de apelación interpuesto dentro de la causa No. 046-2020-TCE. (Fs.126 a 128).

1.14. Escrito constante en (1) una foja, suscrito electrónicamente por el abogado Santiago Esteban Machuca Lozano MSc., recibido a través del correo institucional de la Secretaria General de este Tribunal (secretaria.general@tce.gob.ec) el 05 de agosto de 2020, a las 15h24. (Fs. 129 a 132).

1.15. Escrito constante en (7) siete fojas, suscrito electrónicamente por el abogado Santiago Esteban Machuca Lozano MSc., recibido a través del correo institucional de la Secretaria General de este Tribunal (secretaria.general@tce.gob.ec) el 06 de agosto de 2020, a las 17h18. (Fs. 133 a 142).

1.16. Copia certificada del escrito presentado el 07 de agosto de 2020, mediante el cual, el doctor Joaquín Viteri Llanga se excusó de conocer y sustanciar la causa No. 046-2020-TCE y sus anexos. (Fs. 143 a 148).

1.17. Copia certificada de la Resolución No. PLE-TCE-1-08-08-2020-EXT, por la cual El Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, en sesión No. 046-2020-PLE-TCE, celebrada el 08 de agosto de 2020, resolvió no aceptar la excusa presentada por el doctor Joaquín Viteri Llanga, Juez del Tribunal Contencioso Electoral para conocer y resolver la causa No. 046-2020-TCE. (Fs. 149 a 151 vuelta).

1.18. Copia certificada del Memorando Nro. TCE-VICE-PG-2020-0087-M, de 09 de agosto de 2020, a través del cual, la doctora Patricia Guaicha Rivera, jueza Vicepresidenta del Tribunal Contencioso Electoral, presentó excusa para conocer y resolver la causa No. 046-2020-TCE y sus anexos. (Fs. 152 a 161).

1.19. Copia certificada de la Resolución No. PLE-TCE-1-11-08-2020-EXT, adoptada por el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, en sesión No. 047-2020-PLE-TCE de 11 de agosto de 2020, resolvió no aceptar la excusa presentada por la doctora Patricia Guaicha Rivera, jueza vicepresidenta del Tribunal, para conocer y resolver la Causa No. 046-2020-TCE. (Fs. 162 a 164).

1.20. Mediante auto dictado el 11 de agosto de 2020 a las 15h45, el juez sustanciador, admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por la Presidenta del Consejo Nacional Electoral, en contra de la sentencia de primera instancia, expedida el 1 de agosto de 2020 a las 22h30. (Fs.).

1.21. Acta entrega - recepción de copias simples suscrita entre la doctora Consuelito Terán Gavilánez y el magíster Santiago Machuca Lozano. (F. 166).

1.22. Mediante auto dictado el 11 de agosto de 2020, a las 15h45, el Juez sustanciador, admitió a trámite el recurso de apelación. (Fs. 167 a 169).

1.23. Oficio Nro. TCE-SG-OM-2020-0164-O, de 11 de agosto, mediante el cual el abogado Alex Guerra Troya, Secretario General de este Tribunal, convoca al magíster Guillermo Ortega Caicedo, Primer Juez Suplente del órgano, a integrar el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral. (F. 175).

1.24. Correo electrónico remitido el 11 de agosto de 2020 a las 21:46 a la dirección electrónica de la Secretaría General de este Tribunal (secretaria.general@tce.gob.ec) desde el correo machucalozanosantiago@gmail.com, el cual contiene un archivo adjunto de 3 KB de tamaño, con el título "smime.p7s", el mismo que descargado contiene: (1) un escrito firmado digitalmente por el magister Santiago Esteban Machuca Lozano, abogado patrocinador del recurrente. (Fs. 176 a 179).

1.25. Copia certificada del Memorando Nro. TCE-ATM-2020-0041-M, de 11 de agosto de 2020, con un escrito adjunto, a través del cual el doctor Ángel Torres Maldonado, juez del Tribunal Contencioso Electoral, presentó su excusa dentro de la causa No. 046-2020-TCE. (Fs. 180 a 184).

1.26. Resolución No. PLE-TCE-1-12-08-2020-EXT, adoptada el 12 de agosto de 2020 por el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, en la que resolvió negar la excusa presentada por el doctor Ángel Torres Maldonado, juez del Tribunal Contencioso Electoral, para conocer y resolver la Causa No. 046-2020-TCE. (Fs. 185 a 189).

1.27. Escrito remitido el 12 de agosto de 2020 a las 17:32 a la dirección electrónica de la Secretaría General de este Tribunal (secretaria.general@tce.gob.ec) desde el correo vanessafreirev@hayoo.es, constante en (3) tres fojas, suscrito electrónicamente por la señora Vanessa Freire, en calidad de Presidenta del Movimiento F. Compromiso Social. (Fs. 191 a 196).

1.28. Auto dictado por el Juez Sustanciador el 13 de agosto de 2020, a las 16h35. (F. 197).

Con los antecedentes expuestos, y por corresponder al estado de la causa, se procede analizar y resolver.

II.- ANÁLISIS DE FORMA

2.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, es competente para conocer la presente causa en aplicación de lo dispuesto en el artículo 221 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 72 inciso cuarto de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

2.2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Del expediente se observa que el recurso subjetivo contencioso electoral fue interpuesto en contra de la Resolución PLE-CNE-1-19-7-2020, expedida por el Consejo Nacional Electoral, cuya presidenta y representante legal es la ingeniera Shiram Diana Atamaint Wamputsar; por tanto, al ser parte procesal en la presente causa, se encuentra legitimada para interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.

2.3. OPORTUNIDAD PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

De conformidad con el artículo 214 del Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral, el recurso de apelación "se interpondrá dentro de los tres días contados desde la última notificación".

La sentencia de primera instancia, expedida dentro de la causa No. 046-2020-TCE, fue notificada a todas las partes el 01 de agosto de 2020, tal como se advierte de la razón sentada por la Secretaria Relatora del despacho del juez a quo, que obra a fojas 95 del proceso.

La presidenta del Consejo Nacional Electoral presentó su escrito de apelación el 04 de agosto de 2020 a las 10h27, en la Secretaría General del Tribunal Contencioso Electoral, como se advierte del respectivo documento de recepción, que obra a fojas 118; en consecuencia, el presente recurso de apelación ha sido interpuesto oportunamente.

Una vez verificado que el recurso de apelación interpuesto reúne los requisitos de forma, este Tribunal procede a efectuar el correspondiente análisis de fondo.

III. ANÁLISIS DE FONDO

3.1. FUNDAMENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

La ingeniera Shiram Diana Atamaint Wamputsar, Presidenta del Consejo Nacional Electoral, fundamenta su recurso de apelación en el artículo 72 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, y artículos 43 y 214 del Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral, y en lo principal, expone:

> "(…) Dentro de la sentencia 046-2020-TCE del 01 de agosto de 2020, me permito realizar las siguientes consideraciones:
>
> En el párrafo cincuenta y seis se hace referencia a que:
>
> > "56. El Pleno del CNE en cumplimiento de su competencia constitucional recibió la solicitud de conformación del Movimiento Justicia Social y luego de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código de la Democracia resolvió registrar a dicha organización política. Este acto no es un acto administrativo común, es un acto de naturaleza electoral previsto en la Constitución y en la ley, por lo que no es procedente iniciar un procedimiento de carácter administrativo previsto en el COA, tomando en cuenta además que las resoluciones en las que se autorizó el registro del Movimiento Justicia Social no fueron impugnadas en los plazos establecidos ante el CNE, ni ante el Tribunal Contencioso Electoral".
>
> Al respecto señores jueces me permito realizar el siguiente análisis:
>
> La resolución emitida por el Consejo Nacional Electoral responde a una recomendación, que cabe indicar es de carácter vinculante y obligatorio, emanada por la Contraloría General del Estado, la cual conforme lo señalado en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: "(…) una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter

obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado", constante en el informe Nro. DNAJ-AI-0147-2020 respecto del Examen Especial al cumplimiento de recomendaciones constante en el Informe DNA1-0053-2019, aprobado por la Contraloría General del Estado, por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2019 y el 31 de diciembre de 2019, que en su recomendación 1 se establece:

> "Al Pleno del Consejo Nacional Electoral 1.- **Dejará sin efecto la inscripción de los Movimientos Nacionales "Podemos", "Fuerza Compromiso Social", "Libertad es Pueblo" y "Justicia Social"** (…) a fin de que el Registro Permanente de Organizaciones Políticas consten únicamente las que al momento de su inscripción cumplían con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador; y, demás requisitos determinados en la normativa que regula la inscripción de los mismos, lo que permitirá el cumplimiento de la recomendación 1 del Informe DNA1-0053-2019 emitido por la Contraloría General del Estado; y, en consecuencia con aquello, depurarán el Registro de Organizaciones Políticas, eliminando aquellas que incumplan los requisitos previstos en la normativa vigente". (El énfasis me pertenece).

Para lo cual consideró lo establecido en el Código Orgánico Administrativo, el cual es aplicable para todos los organismos que conforman el sector público conforme lo señala en su artículo 1, y considerando que de conformidad con lo señalado en el artículo 225 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, la Función Electoral es parte del mismo, por lo tanto, tanto, no puede aducir el juez que el Código Orgánico Administrativo no es norma aplicable para los actos emanados por el Consejo Nacional Electoral, más aun cuando ha sido el propio Tribunal Contencioso Electoral que mediante sus sentencias ha dispuesto a este órgano de administración electoral aplique el Código Orgánico Administrativo, cabe resaltar de que conformidad con el artículo 221 de la Constitución en concordancia con el artículo 266 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas constituyen jurisprudencia electoral, son de última instancia y de obligatorio cumplimiento, por lo que me permito citar la sentencia 906-2019-TCE que en su parte pertinente señala:

> "(…) Es necesario destacar que el Código Orgánico Administrativo, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 31, el 7 de julio de 2017 y aplicable desde el 7 de julio de 2018, define a los actos de simple administración y determina su alcance y contenido (art. 120, 122, 123 y 124), lo cual debe ser observado por el Consejo Nacional Electoral, y por tal razón **se deja por sentado que el Consejo Nacional Electoral debe aplicar en lo que corresponda el Código Orgánico Administrativo,** así como se insta que al emitir sus decisiones observen los parámetros de la decisión y de esa manera, se evite que se declare la nulidad de sus Resoluciones" (El énfasis me pertenece).

En ese sentido queda plenamente justificado el inicio del proceso administrativo referido.

Por otra parte, en el párrafo cincuenta y siete y cincuenta y ocho de la sentencia señala:

> "57. La Constitución establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, numeral 3 del artículo 76, 3. *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y* ***con observancia del trámite propio de cada procedimiento****. (…)"*. En cuanto a la constitución, registro y cancelación de organizaciones políticas es una competencia del CNE, y al trámite propio en caso de causales de extinción se establece en el art. 327 Código de la Democracia, de lo cual se establece que no se cumple con una disposición constitucional para ser juzgado de acuerdo al trámite propio previsto en el Código de la Democracia, y que la resolución de iniciar un procedimiento administrativo prevista en el COA para regular la función administrativa de las instituciones del Estado; para actos administrativos de carácter general, es

una situación muy diversa en relación al acto de reconocimiento y registro de una organización política, que es una acto formal y materialmente electoral, en razón de quién emitió ese acto el CNE órgano electoral autorizado, y en razón de la materia, corresponde al derecho de participación política y organización de los ciudadanos, derecho garantizado por la Constitución, las resoluciones del CNE en esta materia no pueden revisarse con procedimientos reservados para actos administrativos previstos en el Código Orgánico Administrativo.

58. En la Codificación del Reglamento para la Inscripción de Partidos, Movimientos Políticos y Registro de Directivas se establece en el Art. 15, que presentada la documentación la autoridad electoral dispondrá la publicación de un extracto de la solicitud de inscripción de la organización política, bajo responsabilidad del peticionario, en uno de los diarios de circulación de Quito, Guayaquil o Cuenca para los movimientos nacionales. El citado reglamento en su art. 20 establece que se podrá impugnar las resoluciones del CNE, dentro de las 48 horas posteriores a la notificación, sobre la aceptación o negativa de registro de una organización política, el CNE resolverá las impugnaciones en el término de tres (3) días, de esta resolución se podrá interponer el recurso pertinente ante el Tribunal Contencioso Electoral, El procedimiento interno del CNE con este reglamento está bien definido y es la garantía de un proceso en el cual se cuenta con la participación de los promotores en la verificación de los requisitos para constituir una organización política, a su vez cualquier ciudadano o sujeto político puede oponerse o impugnar de la resolución del CNE relativa al registro de un movimiento político, estas normas permiten la seguridad jurídica en este trámite, las mismas que no pueden ser dejadas de lado por los propios consejeros del CNE al iniciar un procedimiento administrativo, del cual el órgano de administración electoral es el responsable, y los ciudadanos que en ejercicio de sus derechos políticos solicitan el reconocimiento de su organización política no pueden ser los afectados por actuaciones administrativas internas".

Respecto al análisis del juez y su referencia a las causales de extinción y el estado de los actos administrativos señores jueces me permito poner en su conocimiento que esta administración electoral en un primer momento realizó el mismo análisis, puesto que la recomendación fue:

> "1. Realizarán acciones tendientes a considerar y vigilar la situación legal de los Movimientos Nacionales "Justicia Social", "Podemos", "Libertad es Pueblo" y "Fuerza Compromiso Social", con respecto a su inscripción y entrega de personería jurídica (…)".

Este órgano electoral fundamentó su análisis en los pilares que el juez consideró en la Sentencia de esta causa, esto es, que los actos administrativos con los que se resolvió otorgar su personería jurídica han causado estado, se encuentran en firme y gozan de presunción de legitimidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 218 del Código Orgánico Administrativo. Puesto que la presunción de legitimidad de los actos administrativos no solo tiene que ver con el ejercicio de la potestad de las autoridades públicas para emitir actos administrativos, sino que "consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir que su emisión responde a todas las prescripciones legales" (Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1975, t II. Presunción de Legitimidad).

Por otro lado, como ente administrativo electoral, en estricto cumplimiento de la garantía del debido proceso, establecido en el artículo 76, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual prescribe que nadie podrá ser sancionado por un acto u omisión que no esté tipificado en la ley como infracción administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento, este ente electoral consideró que las Organizaciones Políticas: "Justicia Social, Listas 11", "Podemos, Listas 33", "Libertad es Pueblo, Listas 9" y "F. Compromiso Social, Listas 5" no incurrieron en las causales de cancelación establecidas en el artículo 327 del Código de la Democracia. En este sentido, el análisis de la situación legal de las referidas Organizaciones Políticas

se realizó observando el principio pro-administrado, es decir, la necesidad de favorecer en caso de duda los intereses de los administrados, tal como lo establece el artículo 9 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

Resultado del análisis, realizado en se debido tiempo, se adoptaron las siguientes resoluciones Nros. PLE-CNE-5-2-1-2020 y PLE-CNE-6-2-1-2020 de 2 de enero de 2020, PLE-CNE-6-21-2-2020 y PLE-CNE-7-21-2-2020, del 21 de febrero de 2020, resolviendo mantener el derecho de inscripción en el Registro Nacional Permanente de las Organizaciones Políticas a los Movimientos Nacionales "Podemos", "F. Compromiso Social", "Libertad es Pueblo" y "Justicia Social".

Conforme lo manifestado, y sin embargo de que el Consejo Nacional Electoral, aplicó el procedimiento y las normas que el juez de instancia menciona en su análisis, la Contraloría General del Estado consideró que no se cumplió a cabalidad dicha recomendación y subsecuentemente emitió predeterminaciones de responsabilidad administrativa de Destitución y Multa en contra de la Presidenta, una consejera, un consejero y la ex directora jurídica, documentos que adjunto en copia debidamente certificada a esta apelación, y ante una nueva emisión de otra recomendación, conforme se detalla posteriormente, se inició un nuevo procedimiento precautelando el debido proceso y el derecho a la defensa, conforme las consideraciones que se detallan a continuación.

Bajo ese contexto, en el Informe DNAJ-AI-0147-2020 la Contraloría General del Estado, emite una nueva recomendación señalando lo siguiente:

> "Al Pleno del Consejo Nacional Electoral 1. Dejará sin efecto la inscripción de los Movimientos Nacionales "Podemos", "Fuerza Compromiso Social", "libertad es Pueblo" y "Justicia Social", realizadas mediante resoluciones PLE-CNE-1-1-8-8-2016 (…), PLE-CNE-7-13-11-2017 (…) PLE-CNE-6-7-3-2018 (…) PLE-CNE-39-24-9-2018-T (…) PLE-CNE-5-2-1-2020 y PLE-CNE-6-2-1-2020 (…) PLE-CNE-6-21-2-2020 y PLE-CNE-7-21-2-2020, a fin de que en el Registro Permanente de Organizaciones Políticas consten únicamente las que al momento de su inscripción cumplían con lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador y demás requisitos determinados en la normativa que regula la inscripción de las mismas, **lo que permitirá el cumplimiento de la recomendación 1 del Informe DNAJ-0053-2019 emitido por la Contraloría General del Estado** y, en consecuencia con aquello, depurarán el Registro de Organizaciones Políticas, eliminando aquellas que incumplan los requisitos previstos en la normativa vigente" (El énfasis me pertenece).

Ante la nueva recomendación expresa de la Contraloría, y con el objeto de observar el debido proceso y otorgar a las organizaciones políticas el derecho de defensa ante los argumentos emitidos por la Contraloría General del Estado el Pleno del Consejo Nacional en Resolución PLE-CNE-1-19-7-2020, resolvió:

> "Artículo 1.- Iniciar el Procedimiento Administrativo de revisión de las actuaciones administrativas con las que se inscribió en el Registro Nacional Permanente de Organizaciones Políticas a los Movimientos Nacionales "Podemos, Lista 33", "F. Compromiso Social, Lista 5", "Libertad es Pueblo, Lista 9"; y, "Justicia Social, Lista 11", aprobadas mediante Resoluciones Nros. PLE-CNE-6-7-3-2018, de 7 de marzo de 2018; PLE-CNE-1-18-8-2016, de 18 de agosto de 2016; PLE-CNE-39-24-9-2018-T, de 24 de septiembre de 2018; y, PLE-CNE-7-13-11-2017, de 13 de noviembre de 2017; respectivamente, en virtud de la petición razonada emitida por parte de la Contraloría General del Estado, relativa a la depuración del mencionado Registro.
>
> Artículo 2.- Otorgar el plazo de diez días, para que las Organizaciones Políticas en sus prerrogativas presenten pruebas, alegatos, elementos de descargo y observaciones, de conformidad con lo señalado en el artículo 194 del Código Orgánico Administrativo posterior a lo cual se dará inicio al periodo de prueba.
>
> Artículo 3.- Aplicar la medida cautelar de suspensión de la actividad de las Organizaciones Políticas Nacionales "Podemos, Lista 33", "F. Compromiso Social, Lista 5", "Libertad es Pueblo, Lista 9"; y, "Justicia Social, Lista 11",

aprobadas mediante Resoluciones Nros. PLE-CNE-6-7-3-2018, de 7 de marzo de 2018; PLE-CNE-1-18-8-2016, de 18 de agosto de 2016; PLE-CNE-39-24-9-2018-T, de 24 de septiembre de 2018; y, PLE-CNE-7-13-11-2017, de 13 de noviembre de 2017; respectivamente, conforme lo determina el artículo 189 numeral 5 del Código Orgánico Administrativo, en virtud que, lo que se cuestiona en la petición razonada por la Contraloría General del Estado es su inscripción en el Registro Nacional Permanente de Organizaciones Políticas del Consejo Nacional Electoral y por ende su personería jurídica. Observando que la medida cautelar cumple con el fin que es legítimo, y que la procedencia de la misma es oportuna, idónea, necesaria y proporcional, con el objetivo de satisfacer dicho fin, y que el grado de satisfacción es menos equivalente al de la intensidad de la limitación al derecho a la igualdad del ejercicio de los derechos políticos o de participación de las Organizaciones Políticas que se encuentran legalmente Registradas ante el Consejo Nacional Electoral".

En este sentido queda evidenciado que la resolución emanada por este órgano electoral observa los preceptos constitucionales, legales y precedentes jurisprudenciales, se encuentra debidamente motivada por lo que es clara, lógica y comprensible.

5. PETICIÓN

Por los argumentos manifestados, en mi calidad de Presidenta del Consejo Nacional Electoral, solicito a ustedes señores Jueces del Tribunal Contencioso Electoral, se sirvan REVOCAR la sentencia dictada por el Juez Sustanciador, doctor Fernando Muñoz Benítez y ratificar en todas sus partes la Resolución Nro. PLE-CNE-1-19-7-2020 de 19 de julio de 2020…".

3.2. ESCRITO DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL MOVIMIENTO "JUSTICIA SOCIAL, LISTAS 11"

El ciudadano Manuel Xavier Castilla Fassio, en su calidad de Director Ejecutivo Nacional del Movimiento "Justicia Social, Listas 11", mediante escrito suscrito por su abogado patrocinador y remitido electrónicamente el 06 de agosto de 2020 vía mail al correo institucional **secretaria.general@tce.gob.ec** de la Secretaría General de este Tribunal, en lo principal, manifiesta lo siguiente:

"¿Puede el Consejo Nacional Electoral aplicar las disposiciones normativas del Código Orgánico Administrativo?

El escrito de apelación presentado, se centra en señalar que el Código Orgánico Administrativo si se puede aplicar por parte del Consejo Nacional Electoral. En efecto, dicha norma si podría ser aplicada por el Consejo Nacional Electoral, pero únicamente para regular los actos de administración ordinaria o comunes que emanan del CNE pero NUNCA de actos de administración especializada electoral.

Ante esto, es necesario diferenciar la actividad jurídica de la administración ordinaria (acto administrativo - hechos administrativos) y la actividad jurídica de la administración especializada en materia electoral, que se produce dentro de las competencias de dirección, organización, vigilancia y ejecución del proceso electoral, financiamiento y gasto electoral y registro e inscripción de organizaciones políticas y otras en virtud de garantizar el ejercicio de los derechos políticos.

Como bien lo ha manifestado la sentencia recurrida, en el caso de conflicto entre leyes orgánicas, la Constitución prevé que "la jerarquía normativa considerará en lo que corresponda, el principio de competencias….".

En tal virtud, la competencia de la Función Electoral es garantizar el sufragio y la organización política, por lo que la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas es el cuerpo legal que el CNE debe aplicar en Justicia que garantiza democracia en cumplimiento de su función de órgano de administración electoral. El Código Orgánico Administrativo (COA) es aplicable a los actos administrativos de carácter general en la administración pública, los pronunciamientos del CNE dentro de sus competencias constitucionales revisten distinta naturaleza, desde el punto de vista formal son emanados por una función del Estado encargada específicamente para el efecto, y desde el punto de vista material tiene

por objeto tutelar los derechos políticos de los ciudadanos, prioridad del Estado.

(…) El CNE busca maliciosamente encontrar un ámbito normativo de respaldo para incurrir en ámbitos en los cuales no tiene competencia como (3 arbitrariedades que comete el CNE): 1. Revisar un acto administrativo electoral que ya ha causado estado, es decir, que ya no es revisable vía procedimiento administrativo o procedimiento electoral; 2. Dictar medidas cautelares y todavía más de suspensión de una organización política; y, 3. Aplicar un procedimiento administrativo de revisión de actos administrativos que no existe en ninguna norma jurídica, ni en el COA ni en la LOEOP.

1. Primera arbitrariedad: el CNE no tiene competencia para revisar un acto administrativo electoral que ya ha causado estado; es decir, que ya no es revisable vía procedimiento administrativo o procedimiento electoral.

El acto administrativo que ya ha causado estado, es el acto administrativo electoral contenido en la resolución emitida por el Pleno del Consejo Nacional Electoral No. PLE-CNE-7-13-11-2017 de lunes 13 de octubre de 2017, en donde se decidió acoger el informe No. 142-DNOP-CNE-2017 de 6 de noviembre de 2017, emitido por el Coordinador Nacional Técnico de Participación Política, del Coordinador Nacional de Asesoría Jurídica y del Director Nacional de Organizaciones Políticas de ese entonces, en donde señalaban lo siguiente: (…) "en tal virtud, recomiendan la Inscripción del Movimiento Justicia Social".

(…) Esta situación es reconocida por el Pleno del CNE, quien mediante informe jurídico No. 0008-DNAJCNE-2020 de fecha 19 de febrero de 2020 acogido mediante resolución Nro. PLE-CNE-7-21-2-2020 de 21 de febrero de 2020 resuelve "mantener el derecho de inscripción en el Registro Permanente del Movimiento Justicia Social"

(…) Es completamente arbitrario que liego de 3 años se busque a través de una procedimiento forjado inhabilitar a una organización política en pleno desarrollo de un calendario electoral para el proceso de elecciones generales de 2021, en el cual, en fecha 29 de junio de 2020 se cerró el plazo para la inscripción de organizaciones políticas que participarán en dicho proceso electoral.

2. Segunda arbitrariedad El CNE no tiene competencia para dictar medidas cautelares y todavía de suspensión

El CNE se basa en el COA para emitir una medida arbitraria que es "dictar medidas cautelares de suspensión de una organización política". El Pleno del Consejo Nacional Electoral se da una competencia que no tiene, al fundamentarse en el artículo 189 del COA que reconoce la posibilidad de dictar medidas cautelares, pero medidas cautelares que pueden ser emitidas cuando inicia alguno de los cuatro procedimientos administrativos regulados por el COA (procedimiento administrativo ordinario, procedimiento administrativo sancionatorio, procedimiento administrativo de ejecución coactiva y procedimiento administrativo de responsabilidad extracontractual del Estado), en virtud del artículo 184.

Somos reiterativos en señalar que las actuaciones del CNE no pueden fundamentarse JAMÁS en disposiciones normativas establecidas en el COA que regulan situaciones ajenas a la administración especializada en materia electoral como las causales de extinción del acto administrativo (103 COA), la declaratoria de nulidad de oficio de un acto administrativo (106 COA) y la aplicación de figuras de la autotutela de la administración o la revisión y posterior derogatoria de actos administrativos (132 COA).

(…)

3. Tercera arbitrariedad: Aplicar un procedimiento administrativo de revisión de actos administrativos que no existe en ninguna norma jurídica, ni en el COA ni en la LOEOP.

El Pleno del CNE está aplicando un procedimiento administrativo electoral INEXISTENTE para revisar un acto administrativo que ha causado estado. Es decir, se busca revisar la validez de la inscripción de nuestra organización política mediante un procedimiento forjado (inventado a última hora) al margen del ordenamiento jurídico, con lo cual se vulnera el derecho a la seguridad jurídica y el derecho al debido proceso, reconocido en los artículos 82 y 76 de la Constitución de la República, respectivamente.

(…) No existe ningún procedimiento de revisión de actos administrativos ni en el COA ni en la LOEOP, lo que está regulado en el COA es el ejercicio de la autotutela de los órganos que ejercen función administrativa que permite a la administración revocar sus propios actos, para lo cual tampoco tiene competencia el Pleno del Consejo Nacional Electoral, ya que no está regulado procedimiento alguno para el ejercicio de la auto tutela en actos administrativos electorales.

(…) Sobre el cumplimiento de las recomendaciones realizadas por la Contraloría General del Estado

Para desvanecer los argumentos de la Presidencia del CNE hay que contestar previamente dos preguntas:

A. ¿Tiene competencias, funciones o atribuciones el Contralor General del Estado para entrar a revisar el contenido de un acto eminentemente electoral relacionado con el otorgamiento de una personería jurídica una organización política?

B. ¿El Contralor General del Estado puede disponer que el órgano administrativo electoral realice funciones que son prerrogativas y facultades propias del mismo?

La respuesta a estas dos interrogantes es NO, y estas respuestas las podemos manifestar categóricamente por que (sic) no encontramos normas constitucionales e infraconstitucionales que faculten al Contralor en tamaño despropósito.

El Contralor General del Estado de conformidad con el artículo 211 y 212 de la CRE solo puede intervenir en el análisis de la gestión administrativa de recursos y bienes públicos mediante los procedimientos administrativos de control como el examen especial, la auditoría externa, la auditoría interna, etc.

Es decir, en el presente caso bien podrían haber analizado la adecuada utilización de recursos públicos en el proceso de verificación de firmas y demás, pero de ahí a entrar analizar (sic) y determinar que varias organizaciones políticas no cumplieron requisitos para su inscripción y otorgamiento de personería y ordenar que se elimine del registro a las mismas, es simplemente una LOCURA atentatoria de derechos constitucionales, que bien podría acarrear responsabilidad electoral (infracción electoral según el 279.7 LOEOP), política (causal de juicio político según el 131 CRE) y penal al Contralor General del Estado (…).

Advertencia sobre la potencial vulneración de derechos políticos que podrían ocasionar la implementación de la "recomendación" realizada por el Contralor general del Estado

El Informe No. DNAJ-AI-0147-2020 aprobado por la Contraloría General del Estado, que se realiza en base al análisis del cumplimiento de las recomendaciones emitidas en el informe No. DNA1-0053-2019, a más de ser arbitrario por inconstitucional e ilegal al producirse de una extralimitación de funciones por parte de Contraloría, dispone un imposible jurídico que generaría graves vulneraciones de derechos constitucionales.

(…) Dicha actuación se constituye en un imposible jurídico por cuanto no se puede implementar "el dejar sin efecto la inscripción y registro de una organización política", cuyo acto administrativo que le otorgó dicha personería ha causado estado, salvo ÚNICAMENTE por las causales que están determinadas previamente en la LOEOP, y EN LAS CUALES NO HEMOS INCURRIDO, conforme lo señala el propio informe jurídico No. 0008-DNAJCNE-2020 de 19 de febrero de 2020 que fue acogido mediante resolución por el Pleno del Consejo Nacional Electoral (…).

Justamente por eso, el informe jurídico del CNE al que nos referimos en cumplimiento a las primeras observaciones de Contraloría General del Estado recogidas en informe No. DNA1-0053-2019, es acogido mediante Resolución No. PLE-CNE-7-21-2-2020 de 21 de febrero de 2020, que resuelve "mantener el derecho de inscripción en el Registro Permanente del Movimiento Justicia Social" (…)

SOLICITUD

Por los argumentos vertidos tanto en nuestra petición inicial de recurso subjetivo contencioso electoral como en este alegato, solicitamos se rechace el recurso de apelación presentado por la presidenta del Consejo Nacional Electoral y se ratifique la sentencia subida en grado, con lo cual se ordene:

a. Que se deje sin efecto la resolución PLE-CNE-1-19-7-2019 emitida por el Pleno del Consejo Nacional Electoral en la sesión de domingo 19 de julio de 2020 así como la ilegal medida cautelar dictada en ella de suspensión de nuestra organización política Movimiento Justicia Social, Listas 11.

b. Que se deje sin efecto la ilegal medida cautelar de suspensión de las organizaciones políticas".

3.3 CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En virtud de las afirmaciones hechas por las partes procesales, este Tribunal estima necesario el identificar previamente los antecedentes que motivaron la interposición del recurso subjetivo contencioso electoral:

1. La Contraloría General del Estado, en cumplimiento de la orden de trabajo No. 0026-DNA1-2018-I ejecutó el ***"Examen especial a los sistemas informáticos e infraestructura tecnológica, comunicaciones y contratos relacionados, utilizados en la inscripción, registro y extinción de organizaciones políticas; y, consulta popular, en el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL y entidades relacionadas, por el período comprendido entre el 1 de febrero de 2013 y el 31 de agosto de 2018."*** y como consecuencia elaboró y aprobó con fecha 01 de agosto de 2019, el informe DNA1-0053-2019, el cual fue puesto en conocimiento al Consejo Nacional Electoral mediante oficio No. 31168-DNA1 de 14 de agosto de 2019 y contiene 19 recomendaciones entre las que consta la recomendación primera: *"(...) Al Pleno del Consejo Nacional Electoral. 1. Realizarán acciones tendientes a considerar y vigilar la situación legal de los Movimientos Nacionales: "Justicia Social", "Podemos", "Libertad es Pueblo" y "Fuerza Compromiso Social': con respecto a su inscripción y entrega de personería jurídica.".*

2. El Consejo Nacional Electoral, en atención a la recomendación hecha por la Contraloría General del Estado en el informe DNA1-0053-2019, acogiendo el informe jurídico 0008-DNAJ-CNE-2020 de 19 de febrero de 2020, expidió la Resolución PLE-CNE-7-21-2-2020, de fecha 21 de febrero de 2020, por la cual dispuso: "***a.*** *Mantener el derecho de inscripción en el Registro Permanente de las Organizaciones Políticas, del Movimiento Nacional "Justicia Social" Lista 11, toda vez que, los actos administrativos con los que se le otorgó la personería jurídica han causado estado y se encuentran en firme, por lo tanto ha adquirido derechos y ha contraídos obligaciones, participando incluso en el proceso de Elecciones Seccionales y de Consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social 2019, obteniendo un total resultados 748.586,7 votos a nivel nacional equivalente al 1.40% de votación a nivel nacional, 1.8 escaños para la dignidad de alcaldías en alianza e individual; y, 17 concejales en 7 cantones del país equivalente a 3.20 %, de acuerdo a la información remitida mediante memorando Nro. CNE-DNE-2020-0023-M de 11 de febrero de 2020, por la Dirección Nacional de Estadística del Consejo Nacional Electoral por lo tanto, no se configura la causal de cancelación establecida en el artículo 327 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, ya que el Movimiento desde su inscripción en noviembre de 2017, ha podido participar en un solo proceso eleccionario, por lo que no existe base para verificar si ha cumplido el 4% de votos en dos elecciones consecutivas; por tanto, posee legitimación de acuerdo con las disposiciones y requisitos que establece la Constitución y legislación electoral, en respeto del principio pro-participación de la Organización Política".*

3. La Contraloría General del Estado, efectuó el Examen Especial al *"(...) cumplimiento de recomendaciones constantes en el informe DNA1-0053-2019 aprobado por la Contratarία General del Estado, por el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2019* y el 31 de diciembre de 2019", en virtud del cual emitió el Informe No. DNAI-AI-0147-2020, aprobado el 18 de junio de 2020, en que concluye que el CNE incumplió algunas recomendaciones, entre las que se encuentra la recomendación

primera del informe DNA1-0053-2019; y, por tanto, recomienda al Pleno del Consejo Nacional Electoral "dejar sin efecto la inscripción de organizaciones políticas", entre ellas el movimiento Justicia Social, lista 11; y, en consecuencia "depurar el Registro de Organizaciones Políticas, eliminando aquellas que incumplan los requisitos previstos en la normativa vigente".

4. Finalmente, el Pleno del Consejo Nacional Electoral, expidió la Resolución No. PLE-CNE-1-19-7-2020, de fecha 19 de julio de 2020, mediante la cual dispone: 1) iniciar el proceso administrativo de revisión de actuaciones administrativas con las que se inscribió a cuatro organizaciones políticas -entre ellas el Movimiento "JUSTICIA SOCIAL, LISTAS 11"; 2) conceder a las cuatro organizaciones políticas -entre ellas al Movimiento Justicia Social, Listas 11"- el plazo de 10 días para que presenten pruebas y descargos; y, 3) aplicar la medida cautelar de suspensión de la actividad de las cuatro organizaciones políticas -entre ellas el Movimiento "Justicia Social, Listas 11- contemplada en el numeral 5 del artículo 189 del Código Orgánico Administrativo; siendo esta última resolución la que motivó la interposición del recurso subjetivo contencioso electoral, por parte del representante legal del Movimiento "Justicia Social, Listas 11", en la presente causa.

3.4 PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

Una vez identificados los antecedentes de la presente causa, a fin de resolver sobre el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, este Tribunal estima necesario pronunciarse en relación a los siguientes problemas jurídicos:

1) ¿Las normas del Código Orgánico Administrativo son aplicables para el inicio del procedimiento administrativo dispuesto en la Resolución No PLE-CNE-1-19-7-2020 por parte del Consejo Nacional Electoral?;

2) ¿Cuándo procede la interposición del recurso subjetivo contencioso electoral?;

3) ¿La medida cautelar ordenada por el Consejo Nacional Electoral fue adoptada con la motivación suficiente y respeta los derechos de participación política?

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, este órgano de administración de justicia electoral, efectúa el siguiente análisis:

3.4.1. ¿Las normas del Código Orgánico Administrativo son aplicables para el inicio del procedimiento administrativo dispuesto en la Resolución No PLE-CNE-1-19-7-2020 por parte del Consejo Nacional Electoral?

La ingeniera Shiram Diana Atamaint Wamputsar, Presidenta del Consejo Nacional Electoral, en su escrito de apelación, señala que, para adoptar la Resolución PLE-CNE-1-19-7-2020, se consideró lo establecido en el Código Orgánico Administrativo, "el cual es aplicable para todos los organismos que conforman el sector público, y de conformidad con lo señalado en el artículo 225 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, la Función Electoral es parte del mismo".

En efecto, de conformidad con el artículo 1 del Código Orgánico Administrativo, dicho cuerpo legal "regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público", del cual forma parte el Consejo Nacional Electoral, como órgano de la Función Electoral, conforme lo previsto en el artículo 225, numeral 1 de la Constitución de la República.

Si bien la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República

del Ecuador, Código de la Democracia no hace una remisión expresa al Código Orgánico Administrativo como norma supletoria, no es menos cierto que este órgano jurisdiccional, a través de varios autos y sentencias, ha invocado las disposiciones del citado cuerpo normativo e incluso ha requerido al órgano administrativo electoral su aplicación para garantizar el debido proceso en aquellos casos en que la anomia electoral no prevé un procedimiento específico, tal como en el presente caso.

De lo anotado se infiere entonces que el Consejo Nacional Electoral, al ejecutar sus actuaciones de carácter administrativas, debe sujetarse de manera obligatoria a las normas constitucionales, así como a las disposiciones legales específicas y especiales del Código de la Democracia y aquellas de carácter infralegal que regulan el ejercicio de sus atribuciones en asuntos formal y materialmente electorales en cuyo ámbito de aplicación existe competencia exclusiva; y, a falta de norma, de manera supletoria -en lo que fuere pertinente y aplicable- a las disposiciones contenidas en otros cuerpos normativos, entre ellos, el Código Orgánico Administrativo. Es más, le corresponde a la administración electoral en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, el elaborar las normas de carácter infralegal y reglamentaria que determinen el procedimiento y tiempos que correspondan para solucionar los conflictos de carácter administrativo electorales que se presenten en similitud a aquel que motiva esta causa para en el futuro no depender de la aplicación de normas de carácter subsidiaria.

3.4.2 ¿Cuándo procede la interposición del recurso subjetivo contencioso electoral?

El recurso subjetivo contencioso electoral, es un medio de impugnación que se interpone en contra de las resoluciones o actos de la administración electoral por decisiones en las que se lesionen los derechos de participación de los ciudadanos, las candidatas y candidatos u organizaciones políticas; y, por conflictos internos de las organizaciones políticas por las resoluciones que adoptan sus organismos directivos, cuando desconocen un derecho particular o lesionan un bien jurídicamente protegido, conforme lo prevé el artículo 269 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

En el presente caso, el recurrente, Manuel Xavier Castilla Fassio, en calidad de Director Ejecutivo Nacional del Movimiento "Justicia Social, Listas 11", interpuso un recurso subjetivo contencioso electoral en contra de la Resolución No. PLE-CNE-1-19-7-2020, expedida por el Pleno del Consejo Nacional Electoral, resolución que el recurrente estima violatoria de los derechos invocados en su escrito inicial.

El numeral 15 del artículo 269 del Código de la Democracia, prevé la posibilidad de interponer un recurso subjetivo contencioso electoral ante "*Cualquier otra resolución, formal o materialmente electoral, que emane del Consejo Nacional Electoral, (…) y que no tengan un procedimiento previsto en la ley*", lo cual hace suponer -prima facie- la precedencia del referido recurso, en virtud de que la impugnación se dirige en contra de una resolución expedida por el órgano administrativo electoral.

De la argumentación expuesta por el representante de la organización política Movimiento "Justicia Social, Listas 11", así como de la constancia procesal, se advierte que el Consejo Nacional Electoral, en la resolución No. PLE-CNE-1-19-7-2020, dispuso el inicio del procedimiento administrativo de revisión de las actuaciones administrativas con las que se inscribió en el Registro Nacional Permanente de Organizaciones Políticas a varios movimientos políticos, entre ellos el Movimiento "Justicia Social, Lista 11", "en virtud de la petición razonada emitida por parte de la Contraloría General del Estado, relativa a la depuración del mencionado Registro".

Así mismo, el Pleno del Consejo Nacional Electoral dispuso conceder el plazo de diez

días, para que las organizaciones políticas referidas en la impugnada resolución, entre ellas el movimiento Justicia Social, Listas 11, "presenten pruebas, alegatos, elementos de descargo y observaciones, de conformidad con lo señalado en el artículo 194 del Código Orgánico Administrativo, posterior a lo cual se dará inicio al periodo de prueba".

Del cuaderno procesal se establece que la intencionalidad de lo resuelto por el Consejo Nacional Electoral es analizar, revisar y resolver la validez de actos de carácter administrativo anteriores, bajo las normas de autotutela de la legalidad y corrección, a través de la previsión legal de la aplicación de un procedimiento administrativo en las controversias que se puedan plantear en la actividad de la administración pública para lo que no está previsto un procedimiento específico; y, por eso se ampara en la normativa del COA.

Este Tribunal considera que la expedición de la resolución PLE-CNE-1-19-7-2020 y con ella el inicio del procedimiento administrativo de revisión, dispuesto el Consejo Nacional Electoral, constituyen actos de carácter preparatorio, previo a la adopción de una decisión; es decir, forma parte de la actuación de la administración electoral, a fin de dotar de validez y eficacia a la decisión final que adoptará -posteriormente- como consecuencia de dicho procedimiento.

De ello se concluye entonces, que el Consejo Nacional Electoral, a través del inicio del proceso administrativo de revisión, nada ha decidido aún respecto de la permanencia o no de las organizaciones políticas aludidas en el Registro Nacional Permanente de las Organizaciones Políticas, entre ellas el Movimiento "Justicia Social, Listas 11"; más aún cuando la resolución mencionada y el procedimiento prevén la posibilidad de presentar pruebas, alegatos, descargos y otras actuaciones, lo que permitirá el ejercicio del derecho a la defensa y las garantías del debido proceso.

En consecuencia, hallándose en trámite dicho procedimiento de revisión, la etapa de decisión en sede administrativa no ha concluido. Sin embargo, el representante del movimiento "Justicia Social, Listas 11" interpuso un recurso subjetivo contencioso electoral que resulta apresurado, pretendiendo que el Tribunal Contencioso Electoral emita un pronunciamiento sobre el fondo de una decisión administrativa incierta y futura, sobre la cual podría ejercer el derecho de interponer todos los recursos previstos en la normativa especializada del Código de la Democracia.

3.4.3. ¿La medida cautelar ordenada por el Consejo Nacional Electoral fue adoptada con la motivación suficiente y respeta los derechos de participación política?

La resolución No. PLE-CNE-1-19-7-2020, expedida por el Consejo Nacional Electoral, dispone lo siguiente:

> "**Artículo 3.-** Aplicar la medida cautelar de suspensión de la actividad de las Organizaciones Políticas Nacionales (…) "Justicia Social, Lista 11" (…) conforme lo determina el artículo 189 numeral 5 del Código Orgánico Administrativo, en virtud que, lo que se cuestiona en la petición razonada por la Contraloría General del Estado es su inscripción en el Registro Nacional Permanente de Organizaciones Políticas del Consejo Nacional Electoral y por ende su personería jurídica. Observando que la medida cautelar cumple con el fin que es legítimo, y que la procedencia de la misma es oportuna, idónea, necesaria y proporcional, con el objetivo de satisfacer dicho fin, y que el grado de satisfacción es menos equivalente al de la intensidad de la limitación al derecho a la igualdad del ejercicio de los derechos políticos o de participación de las Organizaciones Políticas que se encuentran legalmente Registradas ante el Consejo Nacional Electoral".

De la transcripción textual anterior se verifica que la resolución objeto del presente recurso subjetivo contencioso electoral, entre otras cosas, dispuso el inicio del procedimiento administrativo de revisión respecto de las actuaciones administrativas con las que se inscribió en el Registro Nacional Permanente

de Organizaciones Políticas a varios movimientos políticos, entre ellos, el Movimiento "Justicia Social, Listas 11", "en virtud de la petición razonada emitida por parte de la Contraloría General del Estado, relativa a la depuración del mencionado Registro", respecto de lo cual este Tribunal no emite pronunciamiento alguno, por encontrarse pendiente de resolución en sede administrativa. Sin embargo, no puede este órgano jurisdiccional desentenderse de la afirmación del representante del Movimiento "Justicia Social, Listas 11", respecto de que la emisión de la medida cautelar dispuesta por el Consejo Nacional Electoral constituye vulneración de derechos de participación; medida cautelar que constituye también parte medular de la resolución impugnada.

El Consejo Nacional Electoral, ordenó la aplicación de la medida cautelar de suspensión de la actividad de varias organizaciones políticas, entre ellas el Movimiento "Justicia Social, Listas 11", con fundamento en el artículo 189, numeral 5 del Código Orgánico Administrativo (COA); el informe jurídico que sustentó la adopción de esta medida desarrolla una argumentación extensa pero confusa en la que enreda frases relativas a la procedencia, elementos de convicción, legitimidad, oportunidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que terminan en la premisa: "que el grado de satisfacción es menos equivalente al de la intensidad de la limitación al derecho a la igualdad del ejercicio de los derechos políticos y de participación de las Organizaciones Políticas que se encuentran legalmente Registradas ante el Consejo Nacional Electoral" , frase que en criterio del TCE no significa, ni explica ni motiva nada.

Al respecto, en el ámbito del derecho administrativo, la medida cautelar, según el tratadista Ferran Pons Cánovas, es "aquella decisión administrativa de carácter provisional, excepcional e instrumental, que se adopta en el seno de un procedimiento sancionador o con carácter previo al mismo, con las debidas garantías y limitaciones, ya sea para poner fin a los efectos perjudiciales de la conducta infractora, ya sea para proteger el interés general perturbado por la infracción, ya sea, en fin, para asegurar -en sentido amplio- la eficacia de la resolución que pueda recaer" (Ferran Pons Cánovas; "Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador" – Madrid: Marcial Pons; pág. 26).

La doctrina también recoge el criterio del profesor Jean Claude Tron Petit, quien señala: "En principio la medida cautelar debe ser legítima, esto es, acorde y consistente con las normas de orden público y no vulnerar o disminuir el disfrute de los intereses de que es titular o favorecen y convienen a la sociedad. Otro presupuesto básico es que las medidas cautelares no pueden innovar o ser creativas en el patrimonio jurídico del solicitante. Esto significa que el interés que con la medida se busca preservar, evitar se demerite o que desaparezca, ya exista y sea acreditado al momento de solicitar la tutela cautelar."[1]

El Consejo Nacional Electoral, en la Resolución PLE-CNE-1-19-7-2020, invoca -entre otros- el artículo 132 del Código Orgánico Administrativo, norma que dispone que para la revisión de oficio, "el trámite aplicable es el procedimiento administrativo", previsto en el COA para la determinación de conductas ilegales y la declaración de responsabilidades, conforme lo prevé el capítulo I del Título III del Libro Segundo del Código Orgánico Administrativo (arts. 183 y siguientes). Por tanto, si bien el proceso de revisión iniciado por el Consejo Nacional Electoral, se tramitará mediante el ya citado procedimiento administrativo, ello de ninguna manera debe entenderse como la imputación, a las organizaciones políticas sometidas a dicho procedimiento, entre ellas el Movimiento "Justicia Social, Listas 11", de algún acto u omisión ilegal, pues con relación a las "actuaciones administrativas con las que se inscribió en el Registro Nacional Permanente de Organizaciones Políticas" a dichas organizaciones políticas, se parte del principio de que "es válido el acto administrativo mientras no se declare

1 La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo, http://jeanclaude.mx/wp-content/uploads/2007/02/La%20suspension%20como%20modalidad%20de%20medida%20cautelar%20en%20el%20amparo%20short.pdf. P. 21.

su nulidad", conforme lo prevé el artículo 104 del Código Orgánico Administrativo, invocado también por el Consejo Nacional Electoral en la Resolución No. PLE-CNE-1-19-7-2020.

Imputación de irregularidades que no cabe hacerlas a las organizaciones políticas afectadas pues tampoco los informes del control gubernamental de la Contraloría General del Estado han establecido responsabilidades contra ellas, tanto que no han sido citadas, informadas o notificadas sobre los supuestos exámenes que se refirieron al sistema operativo e informático del CNE. Por mandato constitucional cualquiera sea el caso de irregularidad, contravención, infracción o delito, de manera obligatoria debe prevalecer la aplicación del principio de presunción de inocencia y las garantías del debido proceso a las que de manera reiterada se refieren los fallos del Tribunal Contencioso Electoral.

Si bien el artículo 190 del mismo cuerpo normativo prevé la posibilidad de ordenar medidas cautelares una vez iniciado el procedimiento administrativo, las mismas proceden "si existen elementos de juicio suficiente para ello", debiendo cumplir los presupuestos de proporcionalidad y oportunidad para asegurar la eficacia de la resolución y originarse en condiciones de extrema gravedad y urgencia, que en el presente caso no han sido evidenciadas de manera alguna.

El Consejo Nacional Electoral fundamenta su decisión de aplicar la medida cautelar en la sola "petición" hecha por la Contraloría General del Estado, que "cuestiona" la inscripción del Movimiento "Justicia Social, Listas 11" -y otros movimientos políticos- en el Registro Nacional Permanente de Organizaciones Políticas del Consejo Nacional Electoral y el otorgamiento de su personería jurídica, sin que tal "petición", a criterio de este Tribunal, evidencie la calidad de **juicio suficiente**, como exige la norma legal invocada (artículo 190 del COA).

En relación al carácter de proporcional y oportuna de la medida cautelar ordenada en contra del Movimiento "Justicia Social, Lista 11", este Tribunal advierte que la medida en referencia es desproporcionada y no guarda relación con las garantías del debido proceso que consagra la Constitución de la República, toda vez que, privar a las organizaciones políticas sometidas al procedimiento de revisión iniciado por el Consejo Nacional Electoral -entre ellas el Movimiento Justicia Social, Listas 11- con la suspensión de sus actividades partidarias, les impide el ejercicio de los derechos y más prerrogativas que son inherentes a toda organización política, entre ellos el desarrollar los procesos de democracia interna y designación de candidatas y candidatos, frente al proceso electoral que se avecina.

Tampoco cumple el parámetro de oportunidad; por el contrario, desconoce la condición de preclusión de las etapas y fases electorales, en virtud del decurso del tiempo para el desarrollo de las actividades -dentro del periodo expresamente previsto en el calendario electoral aprobado con la anticipación suficiente- específicamente los procesos de democracia interna y designación de candidatos, que deben -obligatoriamente- celebrarse entre el 09 y el 23 de agosto del presente año.

Como ya se ha dicho, el resultado del procedimiento de revisión es incierto y no puede una mera expectativa, menoscabar, anular o impedir el ejercicio de los derechos de participación política previstos en la Constitución de la República, por lo que este Tribunal no puede obviar su obligación garantista de derechos, determinada en el numeral 3 del artículo 70 del Código de la Democracia; ello sin perjuicio de lo que el Consejo Nacional Electoral, una vez tramitado el procedimiento administrativo de revisión, resuelva -con el suficiente fundamento jurídico y la debida motivación- con relación a la permanencia o no del Movimiento "Justicia Social, Listas 11" en el Registro Nacional Permanente de Organizaciones Políticas.

OTRAS CONSIDERACIONES

Con fecha 12 de agosto de 2020 a las 17h36 se recibió en la dirección electrónica de la secretaría general de este Tribunal un escrito de la señora Vanessa Freire, como representante legal y Presidenta del Movimiento F. Compromiso Social, mediante el cual pretende que este Tribunal le reconozca como parte en la causa Nro. 046-2020-TCE, que a la fecha se encuentra en conocimiento y resolución del Pleno en virtud de un recurso vertical presentado en contra de la sentencia dictada por el juez de instancia.

Este Tribunal frente a tal solicitud, deja en claro que el legitimado activo en esta causa es el señor Manuel Xavier Castilla Fassio, en su calidad de Director Ejecutivo Nacional del Movimiento Justicia Social Listas 11; y que, la actual legislación electoral ecuatoriana no reconoce a un tercero interesado como parte procesal en las causas contencioso electorales, por lo que cualquier comparecencia o requerimiento al Tribunal Contencioso Electoral debe ser activada a través de los medios de impugnación legalmente establecidos y que en la solicitud presentada por la señora Freire no se verifica ninguna de esas circunstancias.

El Tribunal considera que la comparecencia y solicitud antes mencionada resulta improcedente e inaceptable.

Por todo lo expuesto, el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

PRIMERO.- Aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la ingeniera Shiram Diana Atamaint Wamputsar, presidenta del Consejo Nacional Electoral, en contra de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- Modificar la sentencia de primera instancia dictada el 01 de agosto de 2020 y declarar la validez del inicio del procedimiento administrativo de revisión resuelto por el órgano administrativo electoral a través de la Resolución No. PLE-CNE-1-19-7-2020.

TERCERO.- Dejar sin efecto la aplicación de la medida cautelar de suspensión de actividad dispuesta por el Consejo Nacional Electoral en la Resolución No. PLE-CNE-1-19-7-2020.

CUARTO.- Ejecutoriada la presente sentencia se dispone su archivo.

QUINTO.- Notifíquese la presente sentencia:

5.1. Al recurrente Manuel Xavier Castilla Fassio, y su patrocinador en la dirección de correo electrónica: machucalozanosantiago@gmail.com y en la casilla contencioso electoral N° 038.

5.2. A la ingeniera Shiram Diana Atamaint Wamputsar, Presidenta del Consejo Nacional Electoral, en las direcciones de correo electrónicas: danilozurita@cne.gob.ec/ gandicardenas@cne.gob.ec/ despachopresidencia@cne.gob.ec / secretariageneral@cne.gob.ec / santiagovallejo@cne.gob.ec / ronaldborja@cne.gob.ec / edwinmalacatus@cne.gob.ec y en la casilla contencioso electoral N° 003.

5.3. A la señora Vanessa Freire y su patrocinador en el correo electrónico cs5_2018@yahoo.com / vanessafreirev@yahoo.es / diego_madero@yahoo.com .

SEXTO.- Actúe el abogado Alex Guerra Troya, Secretario General de este Tribunal.

SÉPTIMO.- Publíquese la presente sentencia en la cartelera virtual-página web del Tribunal Contencioso Electoral.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-" F) Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera, **Juez;** Dra. Patricia Guaicha Rivera, **Jueza;** Dr. Joaquín Viteri Llanga, **Juez**; Dr. Ángel Torres Maldonado, **Juez (VotoSalvado)**; Mgs. Guillermo Ortega Caicedo, **Juez**

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0°

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	Ecuador
ÓRGANO ELECTORAL:	Tribunal Contencioso Electoral (TCE)
TEMA:	Inscripción de candidatura
NÚMERO DE CAUSA:	050-2020-TCE
FECHA DE EMISIÓN:	10 de noviembre de 2020
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Recurso de apelación
ACTO QUE SE RECURRE:	Sentencia de primera instancia
ACCIONANTE (S):	Partido Izquierda Democrática, Lista12.
ACCIONADO (S):	Juez de Primera Instancia
DECISIÓN:	Negar el recurso de apelación presentado por el presidente provincial de la Izquierda Democrática, de la provincia de Santa Elena. Aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Presidenta Nacional, el Defensor del Afiliado, el Presidente del Consejo Nacional de Ética y Disciplina; y, la Presidenta del Consejo Nacional Electoral de la organización política Izquierda Democrática.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	**Presidenta del partido Izquierda Democrática:** La Presidenta del partido Izquierda Democrática (ID) sostiene que la sentencia de primera instancia no contempló el debido proceso y que no se agotaron las instancias internas del partido, conforme lo determina su estatuto. Además, que las pruebas presentadas no cumplen con su finalidad, al no justificar los hechos aseverados. **Presidente del partido Izquierda Democrática, provincia de Santa Elena:** El Presidente del partido Izquierda Democrática (ID) de la provincia de Santa Elena manifiesta que la sentencia de primera instancia carece de motivación y de certeza electoral, puesto que se limita a resolver sobre ciertos puntos sometidos a juzgamiento y otros son tratados de manera superficial, de una forma no clara, lo que evidencia que carece de elementos objetivos de sustanciación. Además, que el juez de instancia debía resolver cada uno de los puntos controvertidos de manera precisa y expresa.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	**Defensor del Afiliado del partido Izquierda Democrática:** El Defensor del Afiliado del partido Izquierda Democrática (ID) en su recurso de apelación indica que en los autos de convocatoria de audiencia y de diferimiento, en ningún momento se le dispuso que comparezca en calidad de defensor del afiliado ni que deba señalar casillero electrónico. Justifica su inasistencia a la Audiencia Oral Única de Prueba y Alegatos, debido a que presentó síntomas relacionados con el COVID-19, razón por la que no asistió, con el fin de precautelar la salud de los participantes.
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	El Juez de instancia determina que el Estatuto del partido Izquierda Democrática (ID), no dispone de forma específica el procedimiento para conocer y resolver los distintos asuntos que se presenten al interior de la Organización Política (OP), únicamente establece que las decisiones de los órganos partidarios serán susceptibles de apelación ante el Consejo de Disciplina y Ética en primera instancia, y agotada ésta ante el Tribunal Contencioso Electoral; en consecuencia, el accionante sí presentó los recursos internos. Además, determina que con base en la autonomía propia que tiene la OP, debe cambiar la variable utilizada en el parámetro implementado en el artículo 8, literal c) del Instructivo para la Convención Nacional Izquierda Democrática 2020.

RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Principio jurídico de autonomía interna de las organizaciones políticas.
RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	El Pleno del Tribunal Contencioso Electoral (TCE) dispone que un acto jurisdiccional no puede determinar las reglas del estatuto interno de las organizaciones políticas, ya que éstas gozan de autonomía propia para autorregularse; es decir, tienen la facultad de establecer las obligaciones y derechos de sus afiliados y de qué manera hacerlos efectivos. Asimismo, de escoger a sus órganos directivos, los cuales tienen la potestad de tomar decisiones válidas con apego a la ley y sus estatutos, respetando la voluntad mayoritaria de sus miembros, siendo éstos parte del proceso de democracia interna de la organización política.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Efecto suspensivo.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	El recurso subjetivo contencioso electoral tiene efecto suspensivo en la ejecución de la resolución; una vez admitido a trámite por el juez nace una causa contencioso electoral que debe resolverse mediante sentencia, antes de esto son meras pretensiones del accionante.

OBITER DICTA 2- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Principio de preclusión.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	El Pleno del Tribunal Contencioso Electoral (TCE) determina que el accionante cumplió con el requisito *sine qua non* para este tipo de recurso, que consiste en agotar las instancias internas de la organización política conforme lo determina su estatuto, por lo que, la presentación del recurso subjetivo contencioso electoral ante el TCE es procedente.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL (TCE)

SENTENCIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano, 10 de noviembre de 2020, las 18h28.-

ANTECEDENTES

1. El 28 de julio de 2020, ingresó un escrito suscrito por el doctor Carlos Aguinaga, en representación del señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, presidente provincial del Partido Izquierda Democrática de la provincia de Santa Elena, mediante el cual interpone recurso subjetivo contencioso electoral *"(...) dispuesto en los artículos 268 numeral 1, 269 numeral 12 y 381 de la LEY ORGANICA ELECTORAL Y DE ORGANIZACIONES POLÍTICAS DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, CÓDIGO DE LA DEMOCRACIA"*.

2. El 29 de julio de 2020, se realizó el sorteo reglamentario el conocimiento de la presente causa, identificada con el número 050-2020-TCE, le correspondió al doctor Ángel Torres Maldonado, Juez del Tribunal Contencioso Electoral.

3. El 05 de agosto de 2020, a las 15h30, el doctor Ángel Torres Maldonado, juez electoral dictó auto de inadmisión en la causa No. 050-2020-TCE.

4. El 07 de agosto de 2020, el doctor Carlos Julio Aguinaga Aillón, patrocinador del señor Hugo Orlando Rodríguez Mirabá, mediante el cual interpone recurso de apelación contra el auto de inadmisión de 05 de agosto de 2020.

5. El 21 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral dictó sentencia, aceptando el recurso de apelación propuesto por el señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, en contra del auto de inadmisión de 05 de agosto de 2020, y dispuso se devuelva la causa al juez de instancia para que continúe con el trámite correspondiente.

6. Con auto de 31 de agosto de 2020, a las 20h30, el juez de instancia, doctor Ángel Torres Maldonado, admitió a trámite la causa.

7. El 08 de octubre de 2020, el señor juez de primera instancia dictó sentencia dentro de la causa No. 050-2020-TCE.

8. El 11 de octubre de 2020, la señora Wilma Andrade Muñoz, interpone Recurso de Apelación De La Sentencia emitida con fecha 08 de octubre de 2020 en la presente causa.

9. El 12 de octubre de 2020, a las 10h18, el abogado Jorge Yépez Lucero, en calidad de Defensor del Afiliado del Partido Izquierda Democrática, apela ante el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, la sentencia de 8 de octubre de 2020, en la parte relacionada al numeral quinto de la parte decisiva de la sentencia.

10. El 16 de octubre de 2020, ingresó por Secretaría General de este Tribunal, un escrito suscrito por el doctor Carlos Aguinaga, abogado patrocinador del señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, mediante el cual interpone: "(...) *recurso de apelación de la Sentencia de Instancia dictada dentro de esta causa para ante el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, con la finalidad de que se resuelvan en Derecho todos los puntos sometidos a su juzgamiento* (...)".

11. Mediante auto de 17 de octubre de 2020, el juez de instancia, doctor Ángel Torres Maldonado, concedió el recurso de apelación interpuesto por: 1) señora Wilma Andrade Muñoz, señor Nicolás Romero Barberis y señora Mónica Noriega Carrera, a través de su patrocinador, abogado Guillermo González Orquera; 2) doctor Jorge Yépez Lucero, defensor del afiliado del Partido Izquierda Democrática; y, 3) señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, por intermedio de su abogado doctor Carlos Aguinaga. Además dispuso se remita el expediente a Secretaría General para que proceda con el sorteo respectivo para determinar el juez sustanciador del Pleno del Organismo.

12. El 17 de octubre de 2020, luego del sorteo reglamentario correspondió a la doctora Patricia Guaicha Rivera, en calidad de jueza sustanciadora, el conocimiento y trámite del presente recurso de apelación.

13. El 21 de octubre de 2020, a las 16h41, la doctora Patricia Guaicha Rivera admitió a trámite los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de 08 de octubre de 2020, a las 14h30, dictada por el doctor Ángel Torres Maldonado y dispuso se convoque al juez suplente para el conocimiento y resolución de la presente causa.

Solemnidades sustanciales.

Competencia

14. El artículo 221, numeral 1 de la Constitución de la República, establece que el Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas.

15. El inciso cuarto del artículo 72 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia (en adelante Código de la Democracia), prescribe que, en los casos de doble instancia, la primera estará a cargo de un juez seleccionado por sorteo, de cuya decisión cabe el recurso de apelación ante el Pleno del Tribunal.

16. Por su parte el artículo 268 numeral 6 del Código de la Democracia dispone que el Tribunal Contencioso Electoral es competente para conocer y resolver los recursos horizontales y verticales referentes a sus sentencias, autos y resoluciones.

17. El Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral, en el artículo 215, señala que el Pleno del Tribunal en los diez días contados desde la fecha de admisión a trámite del recurso, deberá resolverlo mediante sentencia.

18. El recurso de apelación presentado por la señora Wilma Andrade Muñoz Presidenta Nacional del Partido Izquierda Democrática; señor Nicolás Romero Barberis, Presidente del Consejo Nacional de Ética y Disciplina y señora Mónica Noriega, Presidenta del Consejo Nacional Electoral de esa organización política; Hugo Rodríguez Miraba y Jorge Eduardo Yépez Lucero, defensor del afiliado del Partido Izquierda Democrática se refiere a la revisión de la sentencia dictada por el Juez de primera instancia, doctor Ángel Torres Maldonado, en el recurso subjetivo contencioso electoral interpuesto ante este Tribunal, por el señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, Presidente provincial de Izquierda Democrática en la provincia de Santa Elena.

19. En consecuencia, con base en la normativa invocada, el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, es competente para conocer y resolver, en segunda y definitiva instancia, el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Juez a quo.

Legitimación activa

20. De la revisión del expediente, se observa que la señora Wilma Andrade Muñoz, Presidenta Nacional del Partido Izquierda Democrática; señor Nicolás Romero Barberis, Presidente del Consejo Nacional de Ética y Disciplina y señora Mónica Noriega, Presidenta del Consejo Nacional Electoral de esa organización política, fueron los accionados en el recurso subjetivo contencioso electoral interpuesto por el señor Hugo Rodríguez Miraba, Presidente Provincial del Partido Izquierda Democrática de la provincia de Santa Elena quien a su vez actuó como recurrente; razón por la cual, cuentan con legitimación activa para interponer el presente recurso vertical de apelación al haber sido partes procesales en la presente causa.

21. El señor Jorge Eduardo Yépez Lucero, defensor del afiliado del Partido Izquierda Democrática, interpuso el recurso de apelación *"(...) en la parte relacionada al NUMERAL QUINTO de la parte decisiva de la sentencia (...)"* dictada el 08 de octubre de 2020, a las 14h30, por lo tanto, su intervención es legítima.

Oportunidad de la interposición del recurso

22. El inciso primero del artículo 214 del Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral dispone que el recurso de apelación, a excepción de la acción de queja se interpondrá en el plazo de tres días contados a partir de la última notificación. Conforme la razón sentada por la Secretaria Relatora del despacho del juez a quo, la sentencia en referencia fue notificada: i) Al señor Hugo Orlando Rodríguez Mirabá, Presidente Provincial del Partido Izquierda Democrática de

la provincia de Santa Elena, el 8 de octubre de 2020 a las 15h49 y 15h50 en los correos electrónicos señalados y en la casilla contencioso electoral No. 051, respectivamente; ii) A la señora Wilma Andrade Muñoz, Presidenta Nacional del Partido Izquierda Democrática; señor Nicolás Romero Barberis, Presidente del Consejo Nacional de Ética y Disciplina; y señora Mónica Noguera (sic), Presidenta del Consejo Nacional Electoral de Izquierda Democrática, el 8 de octubre de 2020, a las 15h49 en las direcciones de correos electrónicas previamente señaladas; y, iii) Al señor Jorge Eduardo Yépez Lucero, Defensor del Afiliado del Partido Izquierda Democrática, el 9 de octubre de 2020 a las 14h48 en el correo electrónico respectivo.

23. Los escritos que contienen los recursos de apelación a la sentencia fueron presentados en la Secretaría General del Tribunal Contencioso Electoral en el siguiente orden: i) El 11 de octubre de 2020, a las 16h44 por los accionados, señora Wilma Andrade, doctor Nicolás Romero Barberis, y Mónica Noriega Carrera; ii) El12 de octubre de 2020, a las 10h18 por el doctor Jorge Eduardo Yépez Lucero; y, iii) El 16 de octubre a las 18h05, por el señor Hugo Orlando Rodríguez Mirabá, luego que el Juez de instancia, el 13 de octubre de 2020, a las 14h30, atendiera el pedido de aclaración y ampliación a la sentencia solicitada.

24. Por lo tanto, se verifica que el recurrente, accionados y Defensor del Afiliado del Partido Izquierda Democrática interpusieron el recurso de apelación oportunamente, esto es dentro de los tres días de notificada la sentencia, según lo establece el artículo 214 del Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral.

25. Una vez verificadas las solemnidades sustanciales, este Tribunal, procede al análisis de los recursos de apelación.

Argumentos de los apelantes Wilma Andrade Muñoz; doctor Nicolás Romero Barberis y señora Mónica Noriega Carrera

26. Afirman que interponen el recurso de apelación de la sentencia emitida el 08 de octubre de 2020, por cuanto no se compadece con la realidad procesal constante en el expediente y no valora las pruebas actuadas durante la audiencia practicada en la causa.

27. Dicen además que *"(...)el Juez trató en calidad de "Cuestiones Previas" al reclamo sobre un tema de absoluta importancia como es la legitimación activa, cuestión sobre la que desde un inicio hemos reclamado y sobre la cual se probó documentalmente que el recurrente en realidad no lo es, ya que ha incumplido lo establecido en el Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral que establece*:

> *"Artículo 6.- Contenido del escrito de interposición.- El escrito mediante el cual se interpone el recurso, acción o denuncia, contendrá los siguientes requisitos: "(...) 9. El nombre y la firma o huella digital del compareciente; así como el nombre y la firma de su abogado patrocinador."*

28. Añaden que *"la existencia de un documento (foja 1) en el que se faculte presentar una acción o recurso en nombre de otra persona no está contemplada como posibilidad por la normativa electoral vigente; y en todo caso, se debería haber dispuesto se aclare o complete al menos a este respecto; el peticionario en caso de actuar en calidad de apoderado o procurador debería haber justificado tal calidad y la simple existencia de un correo electrónico no suple de manera alguna esta omisión."*

29. Manifiestan también que al ser la legitimidad de personería una solemnidad sustancial esta deberá ser considerada en la sentencia, sin perjuicio del criterio anticipado emitido por el juez a este respecto en la audiencia.

30. Sostienen los apelantes que, *"(…) Evidentemente esta sencilla afirmación no subsana de manera alguna el hecho oportunamente reclamado de que EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN O RECURSO NO CUENTA CON LA FIRMA DEL PRESUNTO RECURRENTE Y ÚNICAMENTE CON LA DE SU ABOGADO DEFENSOR, hecho o situación que jamás fue subsanado (el Juez de Instancia podía y debía haber dispuesto se complete)."*

31. Indica que el Instructivo para la Convención Nacional de la ID fue aprobado con fecha 16 de julio de 2020, fecha en la que el Consejo Ejecutivo Nacional ratificó la intervención de la Presidente del Partido dicho instructivo. El recurso se plantea recién el 28 de Julio de 2020, es decir doce días después de su aprobación. Sin embargo el recurrente en un evidente abuso del derecho pretende

llevar la discusión a que presentó un reclamo ante el Consejo Nacional de Ética y Disciplina de Izquierda Democrática de conformidad con el artículo 381 del Código de la Democracia cuando en el supuesto no consentido de que dicha reclamación fuese correcta de igual manera sería extemporánea.

32. A continuación manifiestan que el objeto de la controversia, según el juez de instancia: *"(...) se circunscribe a "**la aprobación del Instructivo para la Convención Nacional ID 2020, aprobado por el Consejo Nacional Electoral, en especial, el artículo 8 literal e) contiene elementos de cálculo de ponderación establecidos en el penúltimo inciso del artículo 14 de los Estatutos .es arbitrario, sin equidad ni proporcionalidad**."*

33. Sostienen que "*el Instructivo para la Convención Nacional ID 2020, es un documento legalmente emitido, ya que el recurrente no solo que no había agotado los recursos al interior de nuestra organización política, sino que inclusive no los ejerció por su propia decisión como ya lo manifestó la Presidenta del Partido, cuando señaló a su autoridad que*:

> *"(...) el Estatuto del Partido Izquierda Democrática, contempla dos mecanismos para garantizar los derechos de los afiliados y simpatizantes del Partido en el presente caso; por un lado la posibilidad. de interponer una reconsideración a las resoluciones asumidas por los órganos intentos conforme 'lo señala la Disposición General Quinta del Estatuto, que en el caso que nos ocupa hace relación al Consejo Nacional Electoral del Partido, por tratarse de instrumentos eminentemente electorales, conforme lo dispone el artículo 80 literal e) del Estatuto; acciones que conforme las certificaciones del Secretario Ejecutivo Nacional del Partido y del Secretario del Consejo Nacional Electoral de ID, el señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, no ha activado y por tanto no ha agotado las instancias internas que prevé el estatuto del partido para garantizar los derechos de los afiliados y simpatizantes del partido; por lo señalado a su pedido de 2020.08.03 de las 12:40 certifico que el señor Hugo Rodríguez Miraba, no agotó las instancia internas, conforme prevé el Estatuto del Partido Izquierda Democrática".*

34. Indican que "*Adicionalmente podría en su defecto haber recurrido de esta decisión ante el Consejo Nacional Electoral del Partido, como si lo hizo el señor Luis Abelardo Caicedo, y podría perfectamente haber activado el procedimiento señalado en el literal e) del artículo 80 del mismo Estatuto; sin embargo tampoco ejerció este derecho omisión que le es imputable a él mismo y no a la organización política.*"

35. Sostienen que "*(…) el propio perito contratado por el Actor señaló que NO EXISTEN ERRORES EN LA FORMULA independientemente de que como se ha ratificado hasta la saciedad dicho peritaje no puede ser aceptado como prueba*."

36. Adicionan los apelantes que el Juez de Instancia equivoca inclusive la motivación de su sentencia puesto que confunde la motivación del Recurso con el procedimiento aplicable, cuando señala: " *A ello se suma, a decir del recurrente, **que el comparativo de los parámetros de ponderación de los literales a) y b) del artículo 8 del Instructivo para la Convención Nacional ID 2020,** se les asigna el mismo peso, de 33.33% cada uno, con cálculo de votación que representa únicamente el 22% de los electores a nivel nacional, es decir, al 100% de un parámetro que se le asigna el peso de 33.33% se le equipara falsamente con el 22% dándole el mismo valor o peso; lo cual produce la afectación a la representación de los delegados provinciales, por lo que, a través de este recurso impugna la aprobación del referido instructivo por parte del Consejo Ejecutivo Nacional, en sesión de 22 de julio de 2020; La convocatoria a la Convención Nacional de Ética y Disciplina, **dado que vulneró lo señalado en el artículo 269.4 de la LOEOPCD; sin sujeción a los principios del debido proceso.**"*

37. Indican que, "*efectivamente, el artículo 269.4 del Código de la Democracia no se refiere de ninguna manera a las fórmulas matemáticas que apliquen las organizaciones políticas en sus procesos electorales internos, de hecho no existe norma legal alguna o reglamentaria que establezca parámetros uniformes para la formula con la que se designa las autoridades internas de las organizaciones políticas, de hecho como se explicó en la Audiencia de esta causa, en el mundo no existe una formula universalmente aceptada con la que se realice la designación o elección de autoridades a ningún nivel.*" (sic).

38. Afirman también que la aprobación del Instructivo cumple los parámetros y requisitos establecidos en la normativa interna del Partido en concordancia con la normativa Constitucional y Legal aplicable; no está por demás recordar en este Punto que el Estatuto del Partido Izquierda Democrática ha sido aprobado legalmente por el Consejo Nacional Electoral y han transcurrido ya varios años desde su aprobación sin que el mismo haya recurrido o impugnado en ningún momento por lo que su aprobación y vigencia se encuentra en firme, más aún se debe considerar **que en el proceso de elaboración y aprobación del Estatuto INTERVINO EL PROPIO RECURRENTE y lo aprobó con su voto**. La aprobación del Instructivo se ha hecho en estricto cumplimiento del Estatuto y ahora el recurrente pretende afirmar que la facultad normativa incluida en el Estatuto no se debería aplicar pretendiendo por lo tanto impugnar el Estatuto que el mismo aprobó.

39. Respecto de la prueba los apelantes sostienen que el Juez de instancia: *"(...) aceptó el informe pericial con la manifestación de que "el perito fue designado por el juez"; evidentemente es facultad del señor Juez el designar los peritos que considere necesarios, sin embargo de lo cual pero tal designación debe contener requisitos mínimos y en el presente caso en el transcurso de la Audiencia se constató lo siguiente: a) El informe pericial se refería a una PERICIA ESPECIALIZADA EN MATEMATICA Y ESTADISTICA y el Perito" Dr. Richard Ortiz Ortiz, designado no tiene ninguna experiencia, título o estudios ni en matemáticas ni en Estadística; b) Los criterios constantes tanto en el informe pericial como durante la audiencia y que fueron emitidos por el perito NO CORRESPONDEN a criterios matemáticos ni de estadística sino al CRITERIO SUBJETIVO del Dr. Richard Ortiz Ortiz en relación a la emisión del Instructivo utilizado en la Convención de la Izquierda Democrática. e) Tanto el informe como las conclusiones del mismo el Perito manifiesta que existe un error en el Estatuto del Partido Izquierda Democrática y que el Consejo Nacional Electoral se habría "equivocado" al aprobar el Estatuto y que inclusive las normas constitucionales y legales aplicables son erróneas o no han sido correctamente aplicadas por parte del Consejo Nacional Electoral y por el Partido Izquierda Democrática en la aprobación del Estatuto y la implementación del mismo.; y ratifican lo actuado en la Audiencia."*

40. Sobre la prueba testimonial expresan que "*conforme se constató en la audiencia únicamente se receptó el testimonio del señor Luis Abelardo Caicedo, quien en lo pertinente manifestó: a) Que presentó impugnación ante el Consejo Nacional Electoral del Partido porque este es el procedimiento correcto de conformidad con el ESTATUTO del partido; y, b) Que no presentó reclamo o impugnación alguna ante el Tribunal de Disciplina y Ética del Partido porque este NO ES EL PROCEDIMIENTO CORRECTO.*"

41. Con relación a la prueba documental, indican: "*Toda la prueba documental aportada tanto por el propio Actor como por la Defensa del Partido Izquierda Democrática llevan a las siguientes conclusiones; a) El señor Hugo Orlando Rodríguez Mirabá, Presidente Provincial del Partido Izquierda Democrática de la Provincia de Santa Elena no agotó los recursos internos que el Estatuto del Partido establece para reclamos electorales (siendo la emisión del Instructivo, la Convocatoria y la Asamblea de Elecciones asuntos electorales); b) Los actos impugnados por el señor Hugo Orlando Rodríguez Mirabá, se encuentran en firme por no haberse interpuesto los recursos que podría haber ejercido en sede administrativa; c) El señor Hugo Orlando Rodríguez Mirabá, Presidente Provincial del Partido Izquierda Democrática de la Provincia de Santa Elena no ha presentado UNA SOLA PRUEBA que justifique sus aseveraciones.*"

42. Concluyen afirmando: "*En este orden de cosas, hemos sido claros en apelar de la inaudita e írrita sentencia, por cuanto: 1. Viola el debido proceso, como se ha comprobado desde su inicio y a lo largo de todo el proceso desde el escrito de presentación del recurso subjetivo contencioso electoral, mismo que hemos demostrado, jamás estuvo debidamente validado. 2. Las actuaciones a las que el mismo Juez se refiere, del Partido Izquierda Democrática, han sido tomadas con total apego a derecho, no cabe en nuestro razonamiento lógico, actuaciones válidas a medias; o son válidas o no tienen valor jurídico; 3. El recurrente, no ha presentado una sola prueba que, de manera conducente y pertinente, demuestre sus asertos; y, (sic). El famoso peritaje en temas de matemática y estadística, fue realizado por un profesional - Abogado y Doctor en Derecho - que no tiene formación académica en el área del peritaje, por tanto ni técnica ni científica para realizar el mismo.*"

Pretensiones de los apelantes:

> *"1. Revocar la Sentencia de Instancia en todas sus partes;*
> *2. Ratificar la validez de las actuaciones del Partido Izquierda Democrática;*
> *3. Aplicar medidas reparatorias en las que se incluirán necesariamente al menos una disculpa pública por parte del Actor de la Causa;*
> *4. A la retribución económica por los daños y perjuicios ocasionados al Partido por su frívolas pretensiones, compensación que incluirá necesariamente las costas judiciales y los honorarios de nuestros abogados defensores."*

Argumento del apelante señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba

43. Señala que en la sentencia dictada por el juez de instancia, así como el auto de aclaración y ampliación a la misma: "*(…) carecen de la precisión y adecuada motivación para una correcta y precisa ejecución de la misma, sin que quede posibilidad de duda o defectuosa interpretación de la Sentencia y no resuelven todos los puntos sometidos a juzgamiento y otros los resuelve de una forma indeterminada, no clara, que podría constituirse peor el remedio que la enfermedad, por cuanto la Sentencia carece de los elementos objetivos de sustentación para una adecuada Administración de Justicia Electoral, en base al principio de certeza electoral, de obligatorio mandato para los señores Jueces que integran el Tribunal Contencioso Electoral, es por ello que accionó este Recurso de Apelación para que el Juez Ad-Quem, Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, dicte una nueva sentencia corrigiendo los errores de fondo de la Sentencia dictada."*

44. Indica que la sentencia contiene las siguientes imprecisiones: "*(...) Respecto al numeral 41 de la Sentencia, los actos impugnados fueron: UNO.- La Resolución del Consejo Ejecutivo Nacional de 22 de julio del 2020 por la cual aprueba el Instructivo para la Convención Nacional de la ID 2020; DOS.- La "resolución por la cual se CONVOCA a la V CONVENCIÓN NACIONAL DE LA ID, por contravenir los dispuesto en los artículos 14 inciso final y 17 de los Estatutos del Partido, ya que no existe los 15 días de antelación entre el día de la convocatoria y la realización de la convención nacional del partido y se convoca en base al Instructivo para la Convención Nacional ID 2020, impugnado"; y, TRES.- La "resolución del CONSEJO NACIONAL DE ETICA Y DISCIPLINA de 26 de julio del 2020, ..., por la cual se declara incompetente para conocer la apelación formulada por mi parte al amparo del artículo 381 del Código de la Democracia, ya que no se resuelve mi impugnación, no se llevó a cabo la audiencia oral y pública ni se me permitió probar los hechos alegados "; y, la sentencia de Instancia debía resolver cada una de ellos, en forma expresa y precisa, sin ambigüedades ni imprecisiones."*

45. El apelante hace alusión al numeral 58 de la sentencia de instancia e indica, "*conforme el Recurso interpuesto y mi intervenci6n en la audiencia oral de "pruebas y alegatos, el objeto de la controversia también es la legalidad y procedencia o no de la Convención Nacional de la Izquierda democrática que fue convocada para el 8 de agosto del 2020, convocada en base al Instructivo antes señalado; y la resolución del Consejo Nacional de Ética y Disciplina, sin que la Sentencia del juez a quo, haya señalado los principios jurídicos afectados ni la forma de calcular los votos obtenidos por la ID en la provincia con relación a los resultados nacionales obtenidos por la Izquierda Democrática." (sic)*

46. Respecto al numeral 61 de la sentencia, expresa: "(...) *que lo relaciona con el "principio de autonomía de las organizaciones políticas", no dice con claridad en su resolución, como debe de materializarse la conexión con las decisiones de los organismos internos impugnados mediante este Recurso Subjetivo Contencioso Electoral, vinculado a los principios de legalidad, equidad, igualdad, el sustento de concepciones incluyentes y no discriminatorias establecidas en los artículos 4, 306 y 308 del Código de la Democracia vinculado con las obligaciones de la ID previstas en el artículo 331 numerales 1, 2, 3 y 10 del citado Código con los derechos del afiliado señalados en el artículo 337 y su aplicación en función del artículo 14 de los Estatutos de la ID que se refieren a una ponderación que debe constar en el Instructivo."*

47. Respecto al numeral 73 de la Sentencia, manifiesta: "*(...) respecto al tipo de cálculo que debió y debe realizarse con los parámetros establecidos en el literal e) del artículo 8 del Instructivo, se debe definir con claridad que el porcentaje y la votación obtenida por las candidaturas (candidatos o listas) de la Izquierda democrática, por jurisdicción provincial se debe ponderar respecto a la votación nacional de las candidaturas y*

no a la votación provincial, ya que genera desequilibrio, desigualdad, y distorsión; y, que las elecciones que deben considerarse con todas las que participe la Izquierda Democrática, en la elección inmediatamente anterior a la convención, sean unipersonales o pluripersonales excluyendo las de las Juntas Parroquiales por la distorsión que genera; por lo que el análisis considerativo del Juez de Instancia deja abierto a una nueva discrecionalidad y cálculo con respeto al universo provincial o nacional; lo cual lleva a concluir que la Sentencia no adopta medidas de reparación integral precisas y objetivas en función y observancia de los principios señalados en el artículo 70 y 72 del Código de la Democracia."

48. Expresa que el Juez de instancia con relación al numeral 63 de la sentencia:

> *"(...) no resuelve la materia de impugnación, que no está vinculada sólo a plazo que debe mediar entre convocatoria y día de realización de la Convención sino que para su integración se convocó en base al Instructivo para la Convención Nacional ID 2020, cuyo artículo 8 fue impugnado y admitido parcialmente en la Sentencia, más aún cuando la Sentencia dispone en los numerales SEGUNDO Y TERCERO de la parte RESOLUTIVA que existe una afectación a principios y derechos que deben regir la vida de la organización política, es un contrasentido validar una Convención Nacional que adolece de un error de fondo, su legitimidad de origen establece que anula la Convención, lo cual es una contrasentido jurídico.*

49. En lo que atañe al numeral 60 de la sentencia, dice:

> *"(…) la competencia otorgada por el Estatuto en el artículo 14 a la Presidencia Nacional, de aprobar el Instructivo con la ponderación para la determinación del número de delegados provinciales y del exterior no basta ni garantiza que los afiliados puedan ejercer los derechos establecidos en el artículo 7 literales a), e), d) y e) del Estatuto del Partido ID, por lo que dicha decisión debe ser notificada conforme lo señala el artículo 381 del Código de la Democracia con la finalidad de que puedan conocerlo e impugnar agotando las instancias correspondientes; con la finalidad de garantizar la publicidad y trasparencia de los actos de decisión partidaria no sólo de la presidencia nacional sino de todos los órganos partidarios señalados en el capítulo m de los Estatutos; garantías que deben ser parte del análisis de su sentencia en función de la aplicación del principio de certeza electoral y judicial."*

50. Con relación al numeral 64 de la sentencia, expone:

> *"(…) no es una mera formalidad la correcta, legal y legítima integración de la Convención Nacional, de los delegados provinciales cuyo número se ponderará mediante Instructivo, tanto así que la Sentencia recurrida, en la parte resolutiva dispone:*
>
> *"SEGUNDO: Disponer que en el Instructivo para la Convención Nacional 2020 de la ID, previsto en el artículo 14 del Estatuto del partido Izquierda Democrática, observe el procedimiento para su trámite y aprobación conforme a la disposición estatutaria, a fin de que brinde certeza a los procesos electorales internos.*
>
> *TERCERO: Ordenar que, en uso del principio de autonomía, el parámetro previsto en el literal c) del artículo 8 del Instructivo para la Convención Nacional del partido Izquierda Democrática, aplique una variable que refleje la votación alcanzada tanto en el sector urbano como rural, a nivel nacional y que permita la inclusión de los parámetros constitucionales de igualdad y proporcionalidad".*

51. Argumenta que "*al existir un vicio, defecto, vulneración en la configuración del Instructivo, no es una mera formalidad sino un asunto sustancial, que, por el contrario, tenía el apremio de celeridad en la resolución de la causa, y la consecuencia lógica y legal es la anulación de la Convocatoria, por el defecto de forma, plazo para convocarla y defectos de fondo, indebida aprobación del Instructivo y la discrecionalidad arbitraria en la formación del parámetro del literal e) del artículo 8 del Instructivo que, es el que confiere el peso de decisión del voto para la adopción de decisiones dentro de la Convención; por lo que la Sentencia del Pleno del Tribunal debe ser clara y objetiva, y no imprecisa como es la Sentencia recurrida, para que no quepa duda en la forma de aplicación de la Sentencia.*"

52. En lo que concierne al numeral 65 de la sentencia, manifiesta:

> *"(...) solicité al Juez de Instancia, ampliar la Sentencia, respecto a la comparecencia*

de la Presidenta Nacional de la Izquierda Democrática a la causa No. 050-2020-TCE el 1 de Agosto del 2020, fecha en la cual se dio por citada dentro de la causa y por tanto, los efectos del recurso subjetivo contencioso electoral que le confiere al artículo 269 del Código de la Democracia fueron suspendidos desde esa fecha, por tanto, el haber continuado con la Convención Nacional a sabiendas y con conocimiento de causa respecto al contenido del recurso que fuera notificado mediante auto de 30 de julio del 2020; más aún cuando la inadmisión del trámite nunca quedo en firme, por ser apelado su decisión, la cual fue corregida por el Pleno del Tribunal con sujeción a Derecho, es decir, el recurso subjetivo contencioso electoral oportunamente planteado y notificado al partido Izquierda Democrática, a través de su Presidente Nacional, suspende los efectos de las resoluciones adoptadas por el Consejo Ejecutivo Nacional, el 22 de julio de 2020 y que fueron impugnadas a través de este Recurso; y, por ello la Sentencia debe contener dictamen preciso, ya que se debe respetar la ley y los efectos que el recurso tiene, de lo contrario, se produce un irrespeto a la norma."

53. Sostiene que el numeral 66 de la sentencia es confuso, ya que:

> *"(...) por un lado, admite que el recurso subjetivo contencioso electoral planteado por mi parte tiene efectos suspensivos; y, por otro lado, "extra petita" el juez de Instancia razona sobre el proceso de selección de candidatos de elección popular, que no es materia de este recurso ni siquiera el de elección popular, que no es materia de este recurso ni siquiera el de elección de los dignatarios del partido, ya que para ello, la ley y la norma estatutaria contemplan figuras como la subrogación temporal o definitiva, la prórroga de funciones, y mientras no haya sido legal y debidamente inscrita la Directiva Nacional de la Izquierda Democrática, estas obligaciones las debió cumplir la Directiva presidida por la señora Wilma Andrade Muñoz."*

54. Sobre el numeral 70, de la sentencia, manifiesta:

> *"(...) debió ser claro y determinante, en el sentido de que la reconsideración no está establecido como una (sic) mecanismo legal estatutario para agotar las instancias internas, ya que siendo un derecho este puede ser accionado o no por cualquier miembro de cuerpo colegiado; la nueva teoría de los recurridos implicaría entonces que, en cualquier acto de la naturaleza que fuere, si no hay reconsideración, no se agota la vía interna y por tanto, no se pueden ejercer los derechos de impugnación; por ello, es necesario la línea jurisprudencia! del Tribunal Contencioso Electoral en este sentido."*

55. Sobre el numeral 74 de la sentencia, refiere:

> *"(...) el Juez de Instancia, al emitir sentencia no puede cambiar o suspender los efectos que le confiere la ley al recurso subjetivo contencioso electoral y, en base a que facultad constitucional o legal lo puede hacer o la línea jurisprudencial que haya regulado aquello, ya que el que le confiera la ley efectos suspensivos a la interposición del recurso es una garantía de seguridad jurídica y de la tutela efectiva, imparcial de los derechos del recurrente, para que al momento de impartir justicia se deben reparar los actos lesivos o contrarios a la ley y a la ética política ya que puede constituirse este razonamiento en un camino para afectar los derechos de los impugnantes, resolviendo situaciones legales o dando efectos contrarios a los que la ley señala, configurándose un atento contra el ordenamiento jurídico; (…)"*

> *(…) El juez de Instancia señala: "(…) a fin de proteger las actuaciones de la dirigencia nacional electa en la Convención Nacional realizada el 8 de agosto de 2020, relacionadas con la selección interna, inscripción y calificación de candidaturas de ámbito nacional", cuando la Convocatoria impugnada que obra del proceso se refiere a elección de autoridades de la Convención Nacional, y de la elección de la Directiva Nacional, y no existió ningún punto del orden del día, al que se refiere el Juez de Instancia en este numeral, por lo que se pronuncia sobre lo que no se le ha pedido, extra petita."*

56. El apelante considera que "*Las resoluciones de la Sentencia recurrida contienen mandatos jurisprudenciales, imprecisos y que o resuelven, en debida forma, el fondo de la impugnación del recurso planteado*", por las siguientes razones:

> *"1.- El numeral SEGUNDO de la parte resolutiva de la Sentencia, no señala claramente si el procedimiento empleado*

para la aprobación del Instructivo cumplió o no lo señalado en el artículo 14 de los Estatutos de la Izquierda democrática; y, si no lo cumplió, su aprobación carece de validez jurídica, con todos los efectos que ello conlleva.

2.- El numeral TERCERO de la parte resolutiva de la Sentencia, no señala los parámetros que deben ser aplicados en la formación del artículo 8 del Instructivo ni toma como referente que, para las Convenciones Nacionales de la Izquierda Democrática de los años 2018 y 2019, los Instructivos que obran como prueba del proceso, en el artículo 7, contiene distinta formulación y aplicación del parámetro de la Ponderación; y, que el cambio producido para el Instructivo para la Convención nacional ID 2020 en el literal e) del artículo 8 es discriminatorio, inequitativo, desproporcional e injusto."

57. De igual manera el apelante advierte que existen aspectos no valorados en la sentencia recurrida, por cuanto:

"(...) no se valoró la prueba de descargo presentada por la señora Wilma Andrade Muñoz, Presidente de la Izquierda Democrática, en especial, el que consta en el 4.2, Pruebas de Descargo, literal e) ''Informe de Actualización de daros (SIC) y cálculo de fórmula de Representación para Izquierda Democrática, que sirvió de fundamento para la reforma de dicho cálculo(Fs. 510-533) "; he incorporado por mi parte como prueba, el cual origina los errores conceptuales, de forma y de fondo, en la construcción del artículo 8 del Instructivo para la Convención Nacional ID 2020, indebidamente formulado por el Consejo Nacional Electoral de la Izquierda Democrático, ilegalmente aprobado por el Consejo Ejecutivo Nacional el 22 de julio del 2020, y sobre el cual se llevó a cabo una Convención Nacional el 8 de agosto del 2020 que no podía realizarse, por los efectos que produce el Recurso Subjetivo Contencioso Electoral; y no se analiza ni valora, por cuanto hay estén (SIC) probadas cómo se vulnera los principios de proporcionalidad, equidad e igualdad en la participación y representación partidaria para formar o constituir el máximo órgano de decisión del Partido y, es donde se genera el perjuicio a la representación de las delegaciones provinciales, en los siguientes aspectos:

UNO.- La fórmula utilizada en el Informe de Actualización de daros (sic) y cálculo de fórmula de Representación para Izquierda Democrática para calcular el literal c) del artículo 8 del Instructivo relacionado con los resultados electorales, (porcentaje de recibida en todas las candidaturas) está debidamente calculado para todas las dignidades, por las siguientes razones: primero, relaciona los votos obtenidos por los candidatos líe Izquierda Democrática en la provincia, con respecto a la votación obtenidas por otros candidatos del resto de provincia con respecto a la votación obtenidas por otros candidatos del resto de organizaciones políticas participantes; segundo, genera un comparativo entre provincias con este método indebido que produce desigualdad, ya que compara con otros parámetros no establecidos en la norma del Instructivo y con distintos niveles de participación (número de listas por partido diferentes en cada provincia) con la votación total obtenida por todas las organizaciones en la provincia; y, al generar el porcentaje que corresponde nacional, compara resultados de votaciones en circunscripciones de diferente tamaño con votación de otras organizaciones, que nada tiene que ver en la representación a la Convención del partido Izquierda Democrática; tercero, es arbitrario, ya que busca dotar de una mayor representación a determinadas provincias buscando una fórmula que favorezca su crecimiento de delegados provinciales, en unos casos, como el del Carchi y del decrecimiento de los delegados provinciales en otros casos, como el de Pichincha, para citar un ejemplo probatorio claro; cuarto, vulnera una relación de proporcionalidad justa entre votación obtenida por la ID en la provincia en función de la votación obtenida por la ID a nivel nacional, por cada una de las dignidades; quinto utiliza un parámetro comparativo sobre el cual no establece nada el estatuto ni el propio artículo 8 del Instructivo que es:

Número de candidatos presentados por dignidad, para seleccionar la elección de Juntas Parroquiales y excluir a las demás dignidades.

DOS.- A este "cálculo de fórmula de representación", el Consejo Nacional Electoral del Partido al emitir el Instructivo y el Consejo Ejecutivo Nacional al aprobarlo, agregan a la frase: "Porcentaje de votación recibida en todas

las candidaturas", la materialización de la distorsión de la representación, en forma discrecional y arbitraria cuando regulan "a la dignidad de juntas parroquiales por Izquierda Democrática por provincia en el último proceso electoral de autoridades seccionales 2019", por las siguientes razones: primero, dejan de lado arbitrariamente, para favorecerse en la representación de los delegados provinciales, los resultados de las votaciones obtenidas por la ID en las dignidades de Prefectos, alcaldes y Concejales urbanos y Rurales; segundo, hacen un cálculo de esos resultados de las Juntas Parroquiales Rurales, por provincia, en relación a la votación obtenida por otras organizaciones políticas y no ponderando con la votación nacional obtenida por otras organizaciones políticas y provincia, en relación a la votación nacional obtenida por la ID en esta dignidad; tercero, consideran sólo una parte el cuerpo electoral, el 22,32%, de un total de 813 parroquia rurales, tercero del total de parroquias rurales, 813, la Izquierda democrática participó sólo en 337, es decir, en un 41.5% del total de las juntas parroquiales rurales, lo cual reduce el cuerpo electoral empleado al 12,15% de las referidas Juntas Parroquiales Rurales; cuarto, vulnera todos los principios de igualdad, equidad electoral, proporcionalidad y de certeza electoral; quinto, es la prueba más fehaciente, directa y probada de que se actuó incumpliendo el Estatuto de la ID, en forma discrecional, pretendiendo favorecer en los resultados finales de la Convención y en forma discrecional, pretendiendo favorecer en los resultados finales de la Convención y en forma abierta antidemocrática.

TRES.- Desde el reconocimiento de la ID nuevamente como partido político, en los Instructivos para las convenciones nacionales de los años 2018 y 2019, se utilizó las fórmulas siguientes:

3.1.- artículo 7 del Instructivo para la Convención Nacional 2018, que señalaba:

"Art. 7.- delegados provinciales.- para designar a los delegados provinciales y de las circunscripciones especiales del exterior se considerará los siguientes parámetros:
El número de electores por provincia o circunscripción será determinado mediante una fórmula que pondera en igual peso los siguientes factores:
a) Porcentaje de militantes por provincia/ circunscripción registrados en el CNE como afiliados a Izquierda Democrática.
b) Porcentaje de militantes por provincia/ circunscripción en relación al número total de electores de la misma.
c) Porcentaje del total de votos recibidos para la lista nacional de ID en cada provincia/ circunscripción .... " (Lo subrayado me pertenece)

3.2.- Artículo 7 del Instructivo para la Convención Nacional 2019, que prescribía:

"Art. 7.- Delegados provinciales.- Para designar a los delegados provinciales y de las circunscripciones especiales del exterior, se considerarán los siguientes parámetros:

El número de electores por provincia o circunscripción será determinado mediante una fórmula que pondera en igual peso los siguientes factores:
a) Porcentaje de militantes por provincia/ circunscripción registrados en el CNE como afiliados a Izquierda Democrática.
b) Porcentaje de afiliados de ID por provincia/ circunscripción, en relación al número total de electores de la misma.
c) Porcentaje del total de votos recibidos para la lista nacional de ID en cada provincia/circunscripción .. ... ". (Lo subrayado me pertenece).

3.3.- El señor Juez de Instancia genera confusión cuando en un auto que resuelve la aclaración y ampliación, señala:

"Con relación al parágrafo VII de la sentencia, cuáles son los parámetros aplicados en las Convenciones Nacionales de la ID de los años 2018 y 2019 que obran del proceso; pedido que es impertinente por cuanto el peticionario desea modificar el contenido de la sentencia y que se brinde información adicional a la jurisprudencia nacional e internacional en que este se fundamentó, explicando su pertenencia con los antecedentes de hecho. Además, no se trata de juzgar los instructivos aprobados en años anteriores, sino impugnado, esto es, el que corresponde al 2020". ·

3.4.- No se ha impugnado los instructivos 2018 y 2019, se ha *aportado como elemento probatorio para que se establezca que el cambio arbitrario del literal c) del artículo 8, y su cálculo en relación a la votación nacional obtenida por la ID, por ello, falta a la verdad objetiva de la relación probatoria del recurrido y lo argumentado y alegado en la audiencia por mi parte.*

3.4.- (sic) Queda demostrado señores Jueces del Pleno del tribunal que, lo lógico es calcular el porcentaje de votos obtenidos por el o los candidatos de Izquierda Democrática en una provincia contra o en relación proporcional a los votos totales obtenidos por los candidatos de ID a nivel nacional, para cada una de las dignidades; y, de esta forma se venía actuando; por lo que es de suma relevancia y tiene distintos efectos, si se hace el cálculo de una votación obtenida con relación a la provincia tomando en consideración las votaciones de otras organizaciones políticas, que si se hace relación a la votación obtenida por la ID a nivel nacional; por lo que la Sentencia debe corregir estas desviaciones y arbitrariedades cometidas, en forma clara y contundente; y, no a pretexto del "principio de autonomía de las organizaciones políticas", no establecer en Sentencia regulaciones objetivas y claras.

II.- La impugnación es el artículo 8 del Instructivo y la forma en la que se produjo el cálculo de la representación por ello, el auxilio de prueba del oficio No. CNE-SG-2020-0796-Of de 6 de julio de 2020, dispuesto en auto de 31 de agosto del 2020, a las 20h30, numeral TERCERO, y la respuesta remitida por el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, en la cual remiten el citado oficio sin el archivo digital o magnético sobre el número de afiliaciones de la Izquierda Democrática por las provincias y a nivel nacional; cuya información es de vital importancia para la aplicación del artículo 14 de los Estatutos y del artículo 8 del Instructivo para la Convención Nacional de la ID; ya que fue cumplido parcialmente el mandato de justicia electoral y el número de militantes y afiliados de la Izquierda Democrática a ser considerados, en los parámetros constantes en los literales a y b del artículo 8, también son esenciales, por las siguientes motivaciones:

2.1.- Consta como prueba el cuadro de afiliados a Izquierda Democrática con un total de 189.136 afiliados, de los cuales, 9.039 pertenecen al CARCHI, y el oficio No. CNE-SG-2020-0796-Of, de 6 de julio de 2020, sobre el cual el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL no remitió el archivo digital que los sustenta, en base al cual se realizó el "Informe de Actualización de daros (SIC) y cálculo de fórmula de representación para Izquierda Democrática, que sirvió de fundamento para la reforma de dicho cálculo (Fs. 510-533)", en palabras propias de la accionada, pero no existe la forma de su determinación por ello, la remisión de esta información es desacatar la orden del Juez Electoral e impedir el legítimo ejercicio de derecho a la defensa.

2.2.- La ID en el cuadro de "AFILIADOS A IZQUIERDA DEMOCRÁTICA", se escuda en el artículo 6 de la Ley orgánica (SIC) del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, respecto a la filiación política; y, certifica los afiliados en función de la información proporcionada por el CNE en el oficio antes señalado; pero ello, no puede constituirse en una negativa para remitir al Juez de Derecho Electoral, dicha información, para que pueda determinar si la forma de contabilización de afiliados, es especial, en el caso del Carchi, ya que se produjo una fusión entre la ID y el Movimiento Integración Democrática del Carchi, se efectuó en forma adecuada, es decir, considerado exclusivamente los adherentes permanentes; ya que resulta que ahora, el CARCHI no sólo es la provincia con las más altas votaciones porcentualmente hablando sino que es la sexta provincia con las más altas votaciones porcentualmente hablando sino que es la sexta provincia en número de afiliados; que si bien es cierto puede ser, eso requiere de una comprobación por parte de la Justicia Electoral de, si el artículo 8 del Instructivo que fue impugnado, utilizó la variable afiliados, en forma correcta; por ello es un sin sentido jurídico, lo que señala el Juez de Instancia, en el numeral 61 de la Sentencia: "en consecuencia, el partido Izquierda Democrática debe revisar aquella variable"; y, en el 62 dice: "En relación con el parámetro de afiliados a la organización política, este juzgador considera pertinente poner de presente que debe reflejar, con la mayor exactitud posible, el número real y efectivo de afiliados partidarios por cada jurisdicción, para lo cual, en forma previa, el órgano partidario responsable está llamado

a obtener la información necesaria y suficiente que respalde en forma objetiva el número de afiliados considerados en cada caso", con las debidas disculpas del Juez de Instancia, la Sentencia debe ser objetiva y clara.

2.3.- El 9 de octubre del 2012, el Pleno del CNE adoptó la resolución PLE-CNE-54-9-10-20 12, mediante la cual se inscribió al Movimiento de Integración Democrática del Carchi, con un total de 6.998 adherentes, como se expresa en el informe No. 04-DPC-CNE-2012, de 2 de octubre del 2012, suscrito por la Ing. Miriam Cabezas Velasco, Directora de la Delegación Provincial del Carchi, cuya resolución adjunto a este Recurso.
Mediante Resolución No. CNE 1-13-12-2018 del 13 de diciembre del 2018 en el Pleno del CNE autoriza fusionar al partido ID con el Movimiento de Integración Democrática del Carchi, y en el artículo 3 dispone "al Coordinador Nacional de Seguridad Informática Proyectos Tecnológicos Electorales al Coordinador Nacional Técnico de Participación Política, realicen la actualización de la base de datos, de acuerdo a la nueva condición de los adherentes permanentes del Movimiento de Integración Democrática del Carchi, Lista 65, para formar parte del registro de afiliados al Partido Izquierda Democrática", conforme al Acta de dicha sesión que acompaño.

En el Instructivo para la Convención Nacional del Partido Izquierda Democrática a realizarse en enero del 2019, el artículo 7 detalla la fórmula para calcular los delegados provinciales, que transcribo a continuación.

"Art. 7.- Delegados provinciales.- Para designar a los delegados provinciales y de las circunscripciones especiales del exterior, se considerarán los siguientes parámetros; El número de electores por provincia o circunscripción será determinado mediante una fórmula que pondera en igual peso los siguientes factores:

a) Porcentaje de militantes por provincia/ circunscripción registrados en el CNE como afiliados a Izquierda Democrática.
b) Porcentaje de afiliados de ID por provincia/circunscripción, en relación al número total de electores de la misma.
c) Porcentaje del total de voto recibidos para la lista nacional de ID en cada provincia / circunscripción".
La provincia de Carchi tiene el 1,79% de afiliados del total del país que equivale a 3.299 afiliados, después de la Fusión para la Convención de 2019, más sin embargo, en la página 7 del documento "ACTUALIZACIÓN DE DATOS Y CALCULO DE FORMULA DE REPRESENTACIÓN PARA IZQUIERDA DEMOCRÁTICA" que sirvió de base para el cálculo de delegados a la Convención Nacional de 2020, se detalla que el número de afiliados en la provincia de Carchi es de 9.039, de acuerdo al Registro de afiliados actualizados al 06 de julio de 2020 remitidos por el CNE, documento que hasta la fecha el CNE no ha enviado al Tribunal Contencioso Electoral el detalle de número de afiliados por provincia. Es decir, hay un incremento de 5.740 nuevos afiliados a la Izquierda Democrática en la provincia de Carchi, que no corresponde al número de adherentes permanentes; y, ello afecta el cálculo y la representación a la que tiene derecho la provincia en número de delegados provinciales, por lo que esta determinación es arbitraria, sin sustento legal, habida cuenta de que el artículo 315 numeral 7 del Código de la Democracia establece que sólo los afiliados o adherentes permanentes son miembros de una organización política en concordancia con el artículo 322 del mismo Código, de tal suerte que al determinar el número de afiliados que se incorporan en una fusión deben ser considerados sólo los adherentes permanentes.
2.4.- Se trata de un evidente ocultamiento de la información, que no se requiere en detalle sino por grupos afiliados de la ID al Carchi, adherentes permanentes del Movimiento Integración Democrática del Carchi, y con ello se comprueba la fidelidad en el uso de la información; por ello, señores Jueces del Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, mediante este recurso de apelación, insisto que en uso de las facultades que le confiere la ley, ordenen que remita el CNE la información faltante que respalda el oficio No. CNESG-2020-0796-0f de 6 julio del 2020.

III.- FÓRMULA APROBADA PQR EL CONSEJO EJECUTIVO DE LA ID ESTA ERRADA. .

La fórmula polinómica constante en el Instructivo e indebidamente aprobada por el Consejo Ejecutivo de Izquierda Democrática, para calcular el número de delegados para la Convención Nacional del año 2040, utiliza tres factores ene l artículo 8 del Instructivo impugnado, a saber:

> *Factor uno: (Literal a el artículo 8) Número de afiliados en cada provincia; y, la distorsión se genera en el CARCHI, ya que debió considerarse sólo ADHERENTES PERMANENTES DEL MOVIMIENTO INTEGRACION DEMOCRATICA Y NO LOS SIMPLES ADHERENTES.*
> *factor dos: (Literal b del artículo 8) Relación entre los afiliados/electores.*
>
> *Este factor equilibra el peso de las provincias grandes y medianas, pues al dividir para el número de electores, su valor ese (SIC) vuelve más pequeño mientras existe un mayor número de electores.*
>
> *Factor tres: (Literal e del artículo 8) Resultados electorales para los candidatos del partido Izquierda Democrática.*

Este cálculo y fórmula genera PROBLEMAS O INCONSISTENCIAS que produjeron la VULNERACIÓN A PRINCIPIOS ELECTORALES.

l. El primer problema es que considera solo los resultados de juntas parroquiales rurales y excluye los resultados de las otras dignidades;
2. El segundo problema es el cálculo erróneo o indebido del % votación de Izquierda Democrática obtenido en la provincia contra el total de votos de la provincia y no con los resultados nacionales de la ID en cada dignidad
3. El tercer problema es que compara como le fue a la ID en esa provincia en relación con la votación de otros partidos, y al obtener el porcentaje de cada provincia, los parámetros de cálculo y comparación serian distintos, asimétricos e inequitativos.

LO CORRECTO ES: Calcular la votación de la ID en la provincia respecto a la votación nacional de la ID, lo cual arroja una relación porcentual directa simétrica; se debe comparar resultados de la ID por provincias en relación a la votación nacional de la misma organización). DIVIDIENDO VOTOS ID PROVINCIA POR VOTOS ID NACIONAL en cada dignidad.
4.- En la fórmula polinómica aprobada por el Consejo Ejecutivo Nacional de Izquierda Democrática se propone que el factor tres, literal e) del artículo 8 del Instructivo, corresponda al PORCENTAJE DE LOS RESULTADOS ELECTORALES DE ID EN RELACIÓN CON LOS RESULTADOS DE LOS DEMÁS PARTIDOS PARTICIPANTES EN CADA UNA DE LAS PROVINCIAS.
ESTA APLICACIÓN DENTRO DE LA FORMULA ESTA INCORRECTA, NO HAY EQUIDAD EN LOS CRITERIOS DE COMPARACIÓN.

Para la designación de delegados en los años anteriores, la IZQUIERDA DEMOCRATICA utilizó el criterio de que el factor tres sea la RELACIÓN ENTRE LOS VOTOS OBTENIDOS POR LOS CANDIDATOS DE IZQUIERDA DEMOCRÁTICA EN CADA UNA DE LAS PROVINCIAS, COMPARADAS CONTRA EL TOTAL DE VOTOS OBTENIDOS POR ID A NIVEL NACIONAL, para esa dignidad, conforme está probado dentro de la causa con la aplicación de los Instructivos para las Convenciones Nacionales 2018 y 2019.

La representación como criterio debe entenderse que estén debidamente representados los distintos grupos de afiliados, y que la representación sea justa, es decir, una representación más o menos proporcional de la fuerza política electoral, equivalente a una adecuada relación votos con los delegados provinciales que se acreditan a la Convención, con distinto peso en cuanto al voto.

IV - INFORME PERICIAL PROBATORIO

4.1.- La accionante ha tachado el informe pericial de subjetivo, y de la lectura integra del informe pericial presentado por el Dr. Richard Ortiz Ortiz, perito designado por el Juez de Instancia, ante la falta de perito

especializado en matemática y estadística electoral, según obra del proceso, se puede colegir la autonomía, independencia, objetividad, veracidad y transparencia del contenido del informe pericial.

4.2.- El informe pericial del Dr. Richard Ortiz Ortiz, que con su conocimientos, estudios y experiencia, suple la acreditación de un perito especializado.. por su formación académica, a pesar de que con una lectura muy puntual del Artículo 8 del Instructivo y un análisis inductivo y deductivo asi como cualitativo, se puede evidenciar el sesgo y la afectación del Instructivo impugnado.

4.3.- El informe pericial responde de manera objetiva, académica y con suficiencia, mis peticiones del anuncio probatorio, cuyas respuestas en esencia fueron:

A) Si la ponderación aplicada en el literal c) del artículo 8 del Instructivo para la Convención Nacional de la ID 2020 impugnado cumple los parámetros de equidad, proporcionalidad de la representación, certeza electoral, ponderación promedio o ponderación matemática justa y equilibrada.

El Dr. Richard Ortiz Ortiz en su informe expone y emite su criterio, respecto a la vulneración del principio de equidad electoral dice: "Esta desviación de la equidad electoral del literal e) del artículo 8 del Instructivo ...afecta, obviamente a una ponderación justa y equilibrada del peso de apoyo electoral de la ID en las elecciones seccionales de 2019"; con referencia al principio de proporcionalidad dice que se ve afectado doblemente, por la consideración únicamente de juntas parroquiales rurales no permite que se refleje la verdadera composición de los votantes de la ID en las elecciones seccionales 2019 y en relación a la composición de la Convención Nacional hay un sesgo, no refleja la contribución electoral de cada provincia a la fortaleza nacional del partido; y, respecto al principio de certeza electoral, que le quita certeza el proceso interno.

B) Si no lo cumple, que indique las desviaciones de las fórmulas y cálculos empleados para obtener la representación que consta en el instructivo antes señalado.

El Dr. Richard Ortiz argumenta en su informe y concluye que, a más de haber ido más allá del encargo de realizar la actualización de datos y cálculo de la fórmula de representación, el consultor Ing. En Electrónica Pabel Herrera, con su trabajo origina todos los problemas del literal e) artículo 8 del Instructivo, lo cual generó sesgo y desviaciones de la fórmula de representación empleada y que lo más negativo fue el empleo de elecciones de juntas parroquiales y la exclusión de las otras dignidades.

C) Si el artículo 8 del Instructivo se ajusta a lo (SIC) ponderación señalada en el artículo 14 de los Estatutos de la ID.

Señala el Dr. Ortiz que, el criterio tercero del art. 8 del Instructivo no se compadece con los principios de proporcionalidad e igualdad, se pierde la perspectiva nacional y se da importancia mayor a los votos rurales excluyendo los urbanos y la votación de las otras dignidades.

D) Y, emita criterio técnico de corrección de la fórmula de cálculo de la representación de los delegados provinciales, sustentado técnica y matemáticamente.

Y, en la respuesta a esta interrogante, el señor perito doctor Richard Ortiz señala varias alternativas y opina que la mejor es tomar e (SIC) peso de los resultados de todas las dignidades.

El informe pericial es una prueba contundente y las alegaciones en contra del accionado, son pura argumentación sin sustento, por lo que el Juez de Instancia podía tomar los elementos necesarios; para resolver adecuadamente en la parte resolutiva numeral TERCERO; y que no quede en la indefensión ni al libre criterio discrecional de la Presidenta del Partido ni de ningún otro organismo del partido; ya que justamente, la aprobación de la fórmula cálculo de la representación por parte del Consejo Ejecutivo Nacional y emitida por el Consejo Nacional Electoral, de esta forma, generan duda razonables de su actuación no será más justa ni igual, y se deja la puerta abierta para que se hagan cálculos ant6jadizos y arbitrarios, como ya efectivamente ocurrió; es por ello, que la Sentencia debe ser corregida y reformada admitiendo mis pretensiones."

58. El apelante afirma que las pretensiones, no son resueltas en la sentencia recurrida y señala:

> *"Las pretensiones del parágrafo IX, numerales 3. 5 y 6 del recurso subjetivo contencioso electoral interpuesto por mi parte, no han quedado resueltas mediante la adopción de medidas de reparación integral de conformidad con la ley.*
>
> *Es decir la actuación del Consejo Nacional de Ética y Disciplina no puede quedar sin resolver, ni en la impunidad respecto a la Justicia Electoral;*
>
> *Al igual que la acción del Consejo Nacional del Partido al emitir el Instructivo género la desigualdad, la desproporción en la representación y la vulneración a los principios de desigualdad, la desproporción en la representación y la vulneración a los principios de igualdad, proporcionalidad, representación, equidad y permitió que se establezca la formula arbitraria afectando los principios y valores que deben regir los procesos de democracia interna en la representación."*

59. Solicita se acojan las pretensiones expuestas en el recurso subjetivo contencioso electoral; se reforme la sentencia admitiendo totalmente el recurso y se dicten medidas de reparación integral.

El escrito de apelación formulado por el doctor Jorge Eduardo Yépez Lucero, Defensor del Afiliado del Partido Izquierda Democrática, se basa en las siguientes consideraciones:

60. Refiere la parte considerativa o antecedentes procesales de la sentencia, los cuales reproduce e indica:

> *77. En el presente caso, este juzgador conoce la situación de salud que vive el Ecuador el mundo, debido al COVID-19; no obstante, evidencia que el doctor Jorge Eduardo Yépe~ Lucero, en su calidad de defensor del afiliado de la organización política accionada pese haber sido legalmente notificado con las providencias emitidas por este juzgador en la tramitación de esta causa y con la fecha de realización de la audiencia, nunca ingresó un escrito en este Tribunal ni siquiera señalando domicilio electrónico; por lo que, este juzgador no acepta su justificación presentada a este Despacho de manera extemporánea y solicita que a través de la Secretaria General de este Organismo se aperture el expediente a la infracción electoral que corresponda.*

61. De igual manera, transcribe la decisión del Juez en el que resuelve:

> *QUINTO: Disponer a la Secretaría General de este Tribunal, aperture el expediente de infracción electoral respectivo en contra del doctor Jorge Eduardo Yépez Lucero, en su calidad de defensor del afiliado de la organización política Izquierda Democrática, de conformidad a lo previsto en el artículo 99 del Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral.*

62. Manifiesta que el 8 de septiembre de 2020, se le notificó con el auto de 8 de septiembre de 2020, a las 11h00, en el cual se dispuso la práctica de la audiencia Oral Única de Pruebas y Alegatos para el martes 15 de septiembre de 2020, a las 10h00 en el auditorio del Tribunal Contencioso Electoral; que por la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID se le comunica que el aforo del auditorio se encuentra limitado; y que, las partes procesales y sus abogados patrocinadores deberán acudir a la referida diligencia respetando las medidas de bioseguridad.

63. Indica que el 10 de septiembre de 2020, se le notificó con el auto de 10 de septiembre de 2020, a las 12hl5, en el cual se dispuso el diferimiento de la audiencia para el día miércoles 30 de septiembre de 2020, a las l0h00 a realizarse en el auditorio del Tribunal Contencioso Electoral; y señala que en ninguno de los autos de 8 de septiembre de 2020 a las 11h00 y 10 de septiembre de 2020 a las 12h15, respectivamente, se le dispuso en calidad de Defensor del Afiliado, señale domicilio judicial.

64. Indica que el Código de la Democracia en los artículos ,249 y siguientes, dispone que la principal diligencia en los procesos contencioso electorales, es la Audiencia Oral Única de Pruebas y Alegatos, por tanto, comparecer en mi calidad de Defensor del Afiliado, previo a esta audiencia, no es procedente por cuanto, es en ésta donde se presentarán y practicarán las pruebas solicitadas por las partes, además se escuchará a las partes sus alegatos.

65. Señala que el 1 de octubre 2020, a las 14h52, presentó un escrito en el cual manifestó lo siguiente:

> *"ANTECENTES: (sic)*
>
> *1. Mediante auto de 8 de septiembre de 2020, a las 11h00, se señaló para el martes 15 de septiembre de 2020, la práctica de la Audiencia Oral Única de Pruebas y Alegatos, la misma que fue diferida para el 30 de septiembre de 2020, a las 10h00.*
> *2. El día de ayer, 30 de septiembre 22020,(SIC) presenté sintomatología relacionada a la COVID 19, por lo que a fin .de precautelar la salud de todas a las personas que asistirían a la Audiencia en referencia, así como de los Funcionarios del TCE, preferí por responsabilidad no asistir a dicha diligencia.*
>
> *3. Al presentar sintomatología, acudí al médico quien de manera inmediata me derivó a un Laboratorio Clínico para que se me realice los exámenes correspondientes a fin de determinar la presencia o no del virus.*
>
> *4. Con la base a lo anterior, acudí a los laboratorios Ecua-american, en donde se me practicó el examen de laboratorio correspondiente. Adjunto para el efecto el certificado otorgado por Ecua-american Cía. Ltda."*
>
> PETICIÓN:
>
> *"Con base a los antecedentes expuestos, por medio del presente solicito se justifique mí inasistencia a la Audiencia Oral Única de Pruebas y Alegatos, realizada el día de ayer 30 de septiembre de 2020, a las 10h00, para lo cual adjunto en una foja útil, el certificado conferido por el Laboratorio Ecua-american Cía. Ltda."*
>
> *Señalo como mi domicilio electrónico mi correo jorgevepezl@yahoo.com , en donde recibiré posteriores notificaciones." (sic)*

66. Manifiesta que hubiese sido una irresponsabilidad de su parte, *"(...) comparecer a la Audiencia Oral Única de Pruebas y Alegatos, señalada para el 30 de septiembre de 2020, a las 10h00 con la presencia de síntomas relacionada al COVID-19, pues hubiese puesto en grave riesgo a todas las personas que comparecieron a esta audiencia, incluyendo al personal del Tribunal Contencioso Electoral; y que por los protocolos de seguridad sanitaria, al contar con síntomas relacionadas al COVID-19, es necesario realizarse los exámenes respecticos, así como guardar confinamiento hasta esperar los resultados (...)"*

67. Afirma que el 30 de septiembre de 2020, acudió al Laboratorio Ecua american Cía. Ltda., para realizarse la prueba de COVID-19 y que hasta no tener los resultados, debía quedarse en su casa, a fin de evitar cualquier tipo de propagación, razón por la cual presentó escrito de excusa al día siguiente, esto es el 1 de octubre de 2020, una vez que el laboratorio en referencia le notificó que el resultado era negativo.

68. Hace alusión a lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil, relativo a la fuerza mayor o caso fortuito y que el 30 de septiembre de 2020, al haber tenido síntomas parecidos al COVID-19 fue un hecho no previsto, algo que no podía prever los días anteriores a esta fecha, asegurando que si los síntomas los tenía los días previos, hubiese puesto en conocimiento del Juez de Instancia adjuntando el certificado respectivo.

69. Indica que al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 en concordancia con el artículo 214 del Reglamento de Trámites del Tribual Contencioso Electoral, apela ante el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, la sentencia de 8 de octubre de 2020, a las 14h48 en la parte relacionada al numeral quinto de la parte resolutiva de la sentencia, que dice:

> *"QUINTO; Disponer a la Secretaría General de este Tribunal, aperture el expediente de infracción electoral respectivo en contra del doctor Jorge Eduardo Yépez Lucero, en su calidad de Defensor del Afiliado de la organización política Izquierda Democrática, de conformidad a lo previsto en el artículo 99 del Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral."*

70. Expresa que en el expediente consta el certificado conferido por el Laboratorio Ecua american Cía. Ltda., con el que demostró que, en dicho laboratorio, el día 30 de septiembre de 2020, se realizó los exámenes de laboratorio, correspondientes y que, por protocolos

de seguridad sanitaria, debía guardar confinamiento hasta no tener resultados de los análisis realizados.

71. Indica que en los autos de 8 de septiembre de 2020 a las 11h00 y 10 de septiembre de 2020 a las 12h15, se le dispuso en calidad de Defensor del Afiliado, señale domicilio judicial,*"(...) por lo que lo que menciona el Juez de primera instancia es incorrecto al indicar que pese a haber sido notificado no he señalado domicilio electrónico (...) "*

72. Solicita al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, se acepte la apelación y se deje sin efecto el numeral QUINTO de la parte decisiva de la sentencia de 8 de octubre de 2020, a las 14h30 dictada por el Juez a quo.

Determinación de los Hechos.

73. El 26 de octubre de 2018 el Consejo Ejecutivo Nacional de la ID, aprueba el Reglamento de Democracia Interna para Candidaturas a Cargos de Elección Popular para Elecciones Seccionales 2019.

74. Con fecha 22 de julio de 2020 se realiza una reforma al Reglamento de Democracia Interna para Candidaturas a Cargos de Elección Popular para Elecciones Seccionales 2019.

75. El Instructivo de la Convención Nacional de Izquierda Democrática 2020 fue aprobado por el Consejo Ejecutivo Nacional de Izquierda Democrática CNE-ID, en sesión telemática realizada el 22 de julio de 2020.[1]

76. Con fecha 24 de julio de 2020 se realiza la Convocatoria V Convención Nacional Izquierda Democrática a realizarse el 08 de agosto de 2020, la misma que fue suscrita por la señora Wilma Andrade Muñoz, Presidenta Nacional Izquierda Democrática Listas 12; y, contiene el orden del día a tratarse.

77. Mediante escrito de 25 de julio de 2020 el señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, en su calidad de Presidente Provincial del partido Izquierda Democrática de la provincia de Santa Elena y afiliado al Partido, interpuso un recurso de apelación ante el Consejo Nacional de Ética y Disciplina de la Izquierda Democrática, en el cual impugna el Instructivo para la Convención Nacional ID 2020 y la resolución por la cual se Convoca a la V Convención Nacional de Izquierda Democrática 2020. [2]

78. Con fecha 26 de julio de 2020, el Consejo Nacional de Ética y Disciplina de Izquierda Democrática Resuelve: *"1. Inadmitir el recurso de apelación interpuesto por el señor HUGO ORLANDO RODRÍGUEZ MIRABÁ, Presidente del Consejo Ejecutivo Provincial de Santa Elena de Izquierda Democrática por carecer de competencia. 2. Archívese."*[3].

79. El 28 de julio de 2020, el doctor Carlos Aguinaga Aillón, en representación del señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, Presidente Provincial del Partido Izquierda Democrática de la provincia de Santa Elena, interpuso recurso subjetivo contencioso electoral, al amparo de lo dispuesto en el artículo 269 numeral 12 del Código de la Democracia, relativo a "Asuntos litigiosos de las organizaciones políticas", por la aprobación del "Instructivo Convención Nacional ID 2020" por parte del Consejo Directivo Nacional del Partido Izquierda Democrática, que a decir del recurrente, lesionan los principios de proporcionalidad, equidad, igualdad y cuyo artículo 8 afecta los derechos de los afiliados.

80. Con auto de 31 de agosto de 2020, el juez de instancia admitió a trámite la presente causa y dispuso citar a la señora Wilma Andrade Muñoz, doctor Nicolás Romero Barberis y señora Mónica Noriega Carrera, Presidenta Nacional, Presidente del Tribunal de Ética y Disciplina y Presidenta del Consejo Nacional Electoral del Partido Izquierda Democrática, en su orden, concediéndoles el plazo de cinco días para que contesten el recurso presentado en su contra; anuncien y presenten las pruebas de descargo. Los accionados el 5 de septiembre de 2020, dan atención a lo ordenado por el Juez a quo.

81. El 30 de septiembre de 2020, a las 10h00, se llevó a cabo la audiencia oral única de prueba y alegatos dispuesta por el juez de instancia.

1 Expediente causa 050-2020 foja 315

2 Expediente causa 050-2020 Foja 340 – 345 vuelta

3 Expediente causa 050-2020 Foja 347 y 348

82. El 08 de octubre de 2020, a las 14h30, el Juez a quo dictó sentencia dentro de la presente causa.

Análisis Del Caso

Con estos antecedentes cabe hacer las siguientes consideraciones:

Legitimidad del recurrente

83. El Señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, en fojas 01 del expediente, mediante oficio de 27 de julio 2020, con su firma autógrafa original, dirigido al Presidente del TCE manifiesta que: "*designa como su abogado Patrocinador al doctor Carlos Julio Aguinaga Aillón, quien está autorizado a suscribir por el compareciente el recurso electoral previsto en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia; en especial, el contemplado en el artículo 381, y podrá ejercer los recursos contenciosos electorales previstos en la norma legal antes indicada ante el Tribunal Contencioso Electoral de su rectoría.*" El abogado Patrocinador el 28 de julio 2020 ingresó el recurso subjetivo contencioso electoral[4] en representación del Señor Miraba, por lo cual está cumplido el requisito previsto en el art. 245 numeral 2) del Código de la Democracia y el art. 6 numeral 9) del Reglamento Trámites TCE. La Constitución dispone que no se puede omitir la justicia por las meras formalidades, más aún que el recurrente anteriormente ha ratificado las actuaciones del Abogado Patrocinador el 26 de julio 2020, en el escrito dirigido al Presidente del Consejo Nacional de Etica y Disciplina dela ID[5], ,y en la audiencia de prueba y alegatos de 30 de septiembre 2020.

Efecto suspensivo de la presentación del recurso subjetivo contencioso electoral.

84. En referencia de que la interposición del recurso subjetivo contencioso electoral, que según el hoy apelante, debió ocasionar la suspensión del desarrollo de la V Convención Nacional de la Izquierda Democrática, cabe señalar que el recurso se presentó, en la Secretaría General del Tribunal Contencioso Electoral, el 28 de julio de 2020, el mismo que fue sorteado el 29 del mismo mes y año. Una vez cumplidas las diligencias previas, el juez de instancia resolvió inadmitir la causa, conforme consta del auto de 5 de agosto de 2020; en virtud del recurso de apelación, concedido mediante auto del 10 de agosto de 2020, el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, mediante auto de 21 de agosto de 2020, a las 20h31 resolvió aceptarlo y, en consecuencia, es admitido a trámite el día 31 de agosto de 2020, esto es, después del 8 de agosto de 2020, fecha en que la V Convención Nacional de la Izquierda Democrática fuera desarrollada. Por tanto no aplica la alegación, pues es de conocimiento procesal que el efecto suspensivo debe darse desde la admisión a trámite del medio de impugnación, porque es ahí cuando el juzgador determina que se ha superado la etapa de la admisibilidad y nace una causa que se deba resolver. Antes de eso existen pretensiones del actor.

85. Respecto al tiempo transcurrido entre la convocatoria-24 de julio 2020-[6] y la realización de la Convención Nacional -8 de agosto 2020-En efecto, el artículo 17 del estatuto del partido Izquierda Democrática prescribe que las convocatorias "*se realizarán con al menos quince días de anticipación"* sin precisar si corresponde a término o plazo. En el presente caso, contabilizados todos los días desde el siguiente al de la convocatoria hasta el día mismo de la realización de la V Convención Nacional ID, han transcurrido quince días.

Actuación del Consejo Nacional de Ética y Disciplina

86. El señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, fundamentado en el art. 381 del Código de la Democracia[7], presentó el 25 de julio 2020 un recurso de apelación ante el Doctor Alfonso Nicolás Romero Barberis, presidente del Consejo Nacional de Ética y Disciplina de Izquierda Democrática, manifestando que*:*

4 Expediente causa 050 Foja 230

5 Expediente causa 050 Foja 21

6 Expediente causa 050 Foja 336

7 Art. 381.- Las decisiones que adopten los organismos internos deberán ser notificadas a los sujetos políticos intervinientes dentro de las veinticuatro (24) horas y serán susceptibles de apelación en idéntico plazo ante el consejo de disciplina y ética en primera instancia y agotada esta, para ante el Tribunal Contencioso Electoral.
El consejo de disciplina y ética decidirá el recurso sin más trámite dentro de las veinticuatro (24) horas de presentado el mismo.
La decisión del consejo de disciplina y ética deberá notificarse dentro del plazo previsto en el párrafo precedente y será apelable dentro de las cuarenta y ocho (48) horas ante el Tribunal Contencioso.

"1.- La resolución por el cual se aprueba el Instructivo para la Convención Nacional ID 2020, por cuanto su aprobación adolece de vicios de forma y de fondo; ya que dicho instructivo vulnera principios electorales de equidad en la participación política, de proporcionalidad, de igualdad y el de certeza electoral, conforme lo fundamento en el presente recurso.
2.- La resolución por la cual se CONVOCA a la V CONVENCION NACIONAL DE LA ID, por contravenir lo dispuesto en los artículos 14 inciso final y 17 de los Estatutos del Partido, conforme a los fundamentos expuestos a continuación en el presente recurso.". A través de este recurso de apelación: "*IMPUGNO ante el Consejo Nacional de Ética y Disciplina, a fin de que resuelvan la eliminación del contenido del LITERAL C del artículo 8 del INSTRUCTIVO, por no garantizar ni la equidad ni la proporcionalidad en la representación de los delegados provinciales, lo cual refleja la realidad de la votación nacional obtenida por el partido."*

87. El presidente del Consejo Nacional de Ética y Disciplina, en su resolución[8] de 26 de julio 2020, considera que no tiene la facultad de conocer y resolver sobre el recurso de apelación interpuesto, por tanto resuelve que el Consejo Nacional de Ética y Disciplina no es competente para analizar el recurso de apelación interpuesto por el señor Hugo Orlando Rodríguez Mirabá, por lo que lo inadmite la impugnación, lo cual es un incumplimiento de una obligación legal que se desprende del Código de la Democracia.

88. Los miembros de los órganos de gobierno del Partido ID, de acuerdo al artículo 20 del Estatuto pueden presentar pedidos de reconsideración de las resoluciones, en la misma sesión con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros presentes, que es uno de los recursos para agotar los recursos internos de impugnación. Lo cual no fue activado por el recurrente señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba.

89. El Estatuto del partido ID en el artículo 80 literal e) establece que una de las funciones del Consejo Nacional Electoral es: conocer y resolver en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos sobre reclamos inherentes a aspectos electorales, el Instructivo de la V Convención ID 2020 es parte de la regulación del acto electoral interno para la elección de los miembros de varios órganos de gobierno del Partido ID, y es otra instancia interna que debió ser aplicada por el recurrente señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba.

90. La disposición del Art. 381 del Código de la Democracia también establece un medio de impugnación contra las decisiones de los órganos internos de las organizaciones políticas, en consecuencia al presentarse el recurso de apelación ante el Consejo Nacional de Ética y Disciplina, y este haber emitido su decisión, se ha agotado la instancia interna en el partido ID por lo que es procedente interponer el recurso subjetivo contencioso electoral ante el TCE.

Instructivo para la V Convención Nacional Izquierda Democrática

91. La Constitución de la República de Ecuador en el artículo 109 dispone que las organizaciones políticas se regirán por sus principios y estatutos, su organización, estructura y funcionamiento serán democráticos, garantizarán la alternabilidad, rendición de cuentas y conformación paritaria entre mujeres y hombres en sus directivas y candidaturas mediante procesos electorales internos o elecciones primarias.

92. El Instructivo para la Convención Nacional ID 2020 fue elaborado por el Consejo Nacional Electoral de Izquierda Democrática CNE-ID, y fue aprobado por el Consejo Ejecutivo Nacional de Izquierda Democrática, en sesión telemática realizada el 22 de julio de 2020. El Instructivo fue debatido en dicha sesión y de los 31 miembros del Consejo Ejecutivo Nacional la votación es (20) veinte a favor, (10) diez en contra y (01) una abstención.

93. La normativa interna de las organizaciones políticas permite el funcionamiento y la determinación de la estructura interna, la misma que está garantizada por la Constitución, sin embargo esta facultad de autorregulación no puede afectar los derechos de los afiliados. El artículo 380

8 Expediente causa 050 Foja 348.

del Código de la Democracia establece que los estatutos de los partidos políticos pueden ser impugnados dentro de los 15 días posteriores a su aprobación por el CNE, pasado este plazo quedarán en firme, y serán registrados en el órgano de administración electoral, en lo posterior "*únicamente podrá impugnarse la legalidad de los actos derivados de su aplicación.*". Sin perjuicio de que las iniciativas de reforma del estatuto siga los procedimientos internos para su análisis y aprobación, con la intervención de los órganos de gobierno en los cuales con la mayoría requerida pueda, dentro del régimen democrático interno, se proceda a la reforma correspondiente.

94. En el recurso de apelación[9] ante el Consejo Nacional de Ética y Disciplina sobre las normas del Instructivo para la Convención Nacional ID 2020 la pretensión fue*: ".1. Que se resuelva dejar sin efecto el literal c) del artículo 8 del para la Convención Nacional lD 2020; 2. Que se suspenda la Convocatoria a la V Convención Nacional ID 2020 a realizarse el 8 de agosto de 2020; debido a que consta en el orden del día, la "Apertura e inicio del proceso electoral para la elección de la Directiva Nacional de izquierda Democrática para el periodo 2020-2022", "el Cierre de votación", la "Proclamación de resultados de la elección de la Directiva Nacional, impugnaciones y resoluciones del CNE-ID" y, la "Posesión de las nuevas autoridades", con base en un Instructivo de la Convención Nacional lD 2020 que adolece de errores de forma y de fondo, que lesionan la equidad y proporcionalidad en la representación de los delegados provinciales, conforme queda fundamentado."*

95. El citado Consejo tiene 24 horas para pronunciarse y según el Código de la Democracia debe, en audiencia oír al peticionario, en esencia es un Consejo disciplinario para conocer sobre actos contrarios al estatuto y normativa interna del partido ID, sin embargo puede este organismo dejar sin efecto la aprobación de un instructivo, o suspender la convocatoria de una convención del partido?. Son cuestiones que se debe analizar tomando en cuenta que el Consejo Nacional de Ética y Disciplina, según el estatuto ID puede establecer sanciones previstas en dicho estatuto a los afiliados.

96. La resolución adoptada por la Presidenta del Partido ID, ratificada por el Consejo Ejecutivo Nacional, de poner en vigencia el Instructivo para la Convención ID 2020 cumplió la formalidad y las atribuciones previstas en el Estatuto sobre los órganos de gobierno, en los que se verifica: la convocatoria, quórum, la presencia de los miembros, la deliberación sobre el citado Instructivo, y la aprobación por mayoría. Es decir el órgano de gobierno ha formado su decisión dentro de su competencia de autorregularse, con la participación de los miembros, y como libre expresión de la mayoría. Estas decisiones se toman como parte de la capacidad de decisión política de los órganos de gobierno, como una aplicación del principio de autonomía interna de las organizaciones políticas, dentro de sus atribuciones, las resoluciones y decisiones pueden ser controvertidas, reconsideradas o dejarlas sin efecto apelando a la razón y la conveniencia para la organización al interior de dichos órganos, y por principio democrático la mayoría decidirá en consideración de las múltiples posibilidades y variables, el destino de la organización, pero no podrían ser revisadas por cuestiones de criterio de alguno de los miembros de dichos órganos o de los afiliados al partido ID, sino en los casos en que se manifieste una ilegalidad de las decisiones o afectación a derechos políticos de los miembros.

97. El señor Hugo Rodríguez Miraba, manifiesta que en las Convenciones del partido ID en 2018 y 2019, el instructivo no tuvo observaciones, es decir la fórmula polinómica para adjudicar la representación por provincias en la votación general era aceptable. La impugnación con respecto al Instructivo para la Convención 2020 ID se refiere al literal c) de la fórmula de cálculo que contempla los siguientes parámetros:

> *"a. Porcentaje de militantes por provincia/ circunscripción registrados en el CNE como afiliados a Izquierda Democrática. (Registro de afiliados actualizados al 06 de julio de 2020 remitidos por el CNE).*
> *b. Porcentaje de afiliados de ID por provincia/circunscripción, en relación al número total de electores de la misma. (Registro de afiliados actualizados al 06 de julio de 2020 remitidos por el CNE /*

9 Expediente causa 050 Foja 344.

Padrón electoral de votaciones seccionales 2019)

c. Porcentaje de votación recibida en todas las candidaturas a la dignidad de juntas parroquiales por Izquierda Democrática por provincia en el último proceso electoral de autoridades seccionales 2019. En el caso de alianzas, el porcentaje de voto es el que le corresponde a la participación de ID.

La fórmula de cálculo contempla los parámetros anteriormente descritos con los siguientes pesos en su composición:

A = 33,33%

B = 33,33%o

C = 33,33%

TOTAL= 100%"

98. En el Instructivo para la Convención ID 2020 en examen, el conflicto es que se ha escogido: los resultados electorales obtenidos por el partido en las elecciones seccionales del año 2019, únicamente para la dignidad de juntas parroquiales rurales, con el criterio: "*Es la única dignidad en la que prácticamente todas las provincias inscribieron candidaturas, a diferencia de otras* dignidades". Lo cual puede generar un gran debate en relación con otras posibilidades para realizar el cálculo, como pudo haber sido en referencia a las parroquias urbanas u otros criterios. Los argumentos contrarios afirman que "*El reconocer los resultados de juntas parroquiales rurales elimina la participación del 74,7% de la población nacional, que reside en parroquias urbanas y que sufragaron por prefecto, alcalde y concejales (…)".*

    Los órganos internos de gobierno con capacidad para tomar decisiones tienen que valorar cuál es el efecto de la aplicación de una variable u otra, tomando en cuenta que para establecer la representatividad puede haber múltiples posibilidades, el límite de una decisión es que se afecte los derechos previstos en la Constitución, la ley, o el estatuto de la organización política.

99. Los artículos 108 y 109 de la Constitución establecen que los partidos políticos se regirán por sus estatutos, máximo instrumento normativo de la organización, y que la estructura organizativa sustentará políticas incluyentes y no discriminatorias, conformación paritaria entre las mujeres y hombres en sus directivas y candidaturas y garantizarán la alternabilidad, rendición de cuentas dentro de los principios democráticos.

    La Constitución promueve y garantiza la organización política, y considera que el régimen democrático se fundamenta en la vigencia de partidos y movimientos políticos que consoliden el estado constitucional de derechos y justicia, razón por la cual se ha concedido a estas organizaciones en el Código de la Democracia[10] una autonomía interna, para autorregularse y dictar su estructura con reglas para la elección democrática de los órganos directivos y las candidaturas; competencias y obligaciones de los órganos directivos; derechos y deberes de los afiliados y afiliadas así como garantías para hacerlos efectivos; y requisitos para tomar decisiones internas válidas. En la expedición del Instructivo 2020 ID, se ha verificado la actuación de los órganos previstos en el Estatuto ID y la deliberación en el Consejo Ejecutivo Nacional sobre la conveniencia de la fórmula polinómica que establece la representatividad por provincia, el ejercicio del derecho al voto por parte de los miembros de dicho órgano y se ha aprobado por mayoría el Instructivo 2020 ID, el 22 de julio del 2020.

100. En el Anexo 2 presentado por el Señor Hugo Rodríguez Miraba, como prueba[11] se puede observar la concreción de la fórmula polinómica en relación a los delegados a la Convención por provincias, en la que se determina que en la mayoría de provincias se incrementa el porcentaje de delegados a la V Convención Nacional ID 2020, en relación a los delegados a la Convención 2019, por provincia, y cuatro provincias reducen su representatividad en el máximo órgano de gobierno de la ID.

10 Art. 321 del Código de la Democracia.

11 geb Expediente causa 050 Anexo 2 Foja 4.

CUADRO COMPARATIVO DE % DE DELEGADOS 2018/2019/2020							
PROVINCIAS	**DELEGADOS A CONVENCIÓN 2018 POR PROVINCIA**	**DELEGADOS A CONVENCIÓN 2019 POR PROVINCIA**	**DELEGADOS A CONVENCIÓN 2020 POR PROVINCIA**	**% DE DELEGADOS A CONVENCIÓN 2018 POR PROVINCIA**	**% DE DELEGADOS A CONVENCIÓN 2019 POR PROVINCIA**	**% DE DELEGADOS A CONVENCIÓN 2020 POR PROVINCIA**	**PROVINCIAS QUE MUESTRAN CAMBIOS SIGNIFICATIVOS QUE AFECTAN LA COMPOSICIÓN DE LA CONVENCIÓN 2020 EN RELACIÓN A 2019.**
AZUAY	62	15	21	10,33	10,00	7,00	* SE REDUCE EN 30%
BOLÍVAR	12	3	11	2,00	2,00	3,67	* SE INCREMENTA 83,5%
CAÑAR	14	3	8	2,33	2,00	2,67	* SE INCREMENTA 200%
CARCHI	17	5	30	2,83	3,33	10	
COTOPAXI	21	5	7	3,5	3,33	2,33	
CHIMBORAZO	12	3	7	2,00	2,00	2,33	
IMBABURA	16	4	9	2,67	2,67	3,00	
LOJA	21	5	9	3,5	3,33	3,00	
PICHINCHA	156	40	31	26,00	26,67	10,33	*SE REDUCE 62%
TUNGURAHUA	19	5	10	3,17	3,33	3,33	
STO. DOMINGO	22	5	12	3,67	3,33	4,00	
EL ORO	22	5	10	3,67	3,33	3,33	
ESMERALDAS	10	2	8	1,67	1,33	2,67	* SE INCREMENTA EN 100%
GUAYAS	41	10	15	6,83	6,67	5,00	* SE REDUCE 25%
LOS RÍOS	30	8	13	5,00	5,33	4,33	
MANABÍ	49	11	16	8,17	7,33	5,33	* SE REDUCE 27%
SANTA ELENA	23	6	11	3,83	4,00	3,67	
MORONA SANTIAGO	2	1	5	0,33	0,67	1,67	* SE INCREMENTA EN 149%
NAPO	6	2	9	1,00	1,33	3,00	* SE INCREMENTA EN 125%
PASTAZA	4	1	6	0,67	0,67	2,00	* SE INCREMENTA EN 199%
ZAMORA	2	1	8	0,33	0,67	2,67	* SE INCREMENTA EN 299%
SUCUMBÍOS	7	2	7	1,17	1,33	2,33	* SE INCREMENTA EN 75%
ORELLANA	4	1	6	0,67	0,67	2,00	* SE INCREMENTA EN 199%
GALÁPAGOS	3	1	8	0,5	0,67	2,67	* SE INCREMENTA EN 299%
USA Y CANADÁ	9	2	8	1,5	1,33	2,67	* SE INCREMENTA EN 100%
EUROPA ASIA Y OCEANÍA	9	2	8	1,5	1,33	2,67	* SE INCREMENTA EN 100%
LATINOAMERICA Y ÁFRICA	7	2	7	1,17	1,33	2,33	* SE INCREMENTA EN 75%
TOTALES	**600**	**150**	**300**	**100,00**	**100,00**	**100,00**	

101. El apelante, señor Hugo Rodríguez Miraba sostiene que el Instructivo, con su artículo 8, vulnera el principio de equidad e igualdad, sin embargo, como de autos se desprende, ni las pruebas documentales ni las periciales practicadas en la Audiencia de prueba y alegatos han sido suficientemente eficaces para fijar certeza a los hechos relatados.

102. Sin embargo, el partido Izquierda Democrática deberá ajustar los tiempos de generación de la normativa interna y sus mecanismos de aplicación de tal manera que se alineen a los principios constitucionales y legales con el fin de garantizar seguridad jurídica y certeza en el ejercicio de los derechos de sus afiliados.

103. En cuanto a lo pretendido por el señor Jorge Yépez Lucero, defensor de los afiliados, de autos se constata que el documento con el que se pretende justificar su ausencia en la audiencia de prueba y alegatos del 30 de septiembre de 2020, contiene información insuficiente y no cuenta con firma de responsabilidad por lo que este Tribunal considera que configura lo determinado en el artículo 99 del Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral.

104. El principio jurídico de la autonomía interna para establecer los derechos y obligaciones de los afiliados y afiliadas y las garantías para hacerlos efectivos; las competencias de los órganos directivos y los requisitos para tomar decisiones internas válidas es un derecho de las organizaciones políticas, las reglas para hacer efectivo ese principio son prerrogativas del partido político, esa normativa se genera en los órganos correspondientes bajo decisión de la mayoría. En cuanto a las reglas para la elección democrática de los órganos directivos el Código de la Democracia establece que se deben observar las garantías de paridad, inclusión y no discriminación[12].

105. El acto jurisdiccional no puede perder de vista el principio de libertad de asociación y la garantía de la conformación de organizaciones políticas con su autonomía interna para auto regularse, por tanto un acto jurisdiccional no puede establecer reglas concretas que deba contener un reglamento o instructivo, para establecer la representatividad del máximo órgano de gobierno del partido ID, estas reglas son el producto de una actividad interna que debe cumplirse bajo las competencias previstas en el Estatuto de la organización, dentro de los derechos de participación de los afiliados, el consenso y mayoría democrática, con la limitación de no afectar los derechos previstos en la Constitución y la ley.

Con estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, EL PLENO DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL RESUELVE:**

PRIMERO: Negar el recurso de apelación presentado por el señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, presidente provincial del Partido Izquierda Democrática de la provincia de Santa Elena en contra de la sentencia de primera instancia dentro de la presente causa.

SEGUNDO: Aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los señores Wilma Andrade Muñoz, doctor Nicolás Romero Barberis y señora Mónica Noriega Carrera; y, en consecuencia dejar sin efecto la sentencia de primera instancia, dictada con fecha 08 de octubre de 2020, dentro de la presente causa.

TERCERO: Disponer que el partido Izquierda Democrática cuando proceda a la reforma de su normativa interna, lo haga en estricta observación de los principios democráticos y con apego a la Constitución de la República, los instrumentos internacionales y la Ley, con el fin de precautelar la seguridad jurídica y el derecho de participación de los afiliados; y, por lo menos con 6 meses de anticipación a los procesos de elección interna o del proceso de elección de candidatos, tomando en cuento la paridad de género, inclusión de jóvenes, de grupos vulnerables y discriminados históricamente.

CUARTO.- Por encontrarse indicios respecto del cometimiento de una infracción electoral del señor Jorge Yépez Lucero, Defensor de los Afiliados del partido Izquierda Democrática, dispongo se obtengan los recaudos suficientes y que, a través de Secretaría General se arme un expediente y mediante sorteo se asigne

12 Art. 321 del Código de la Democracia.

juez de instancia que conozca y resuelva la causa, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 206 del Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral

QUINTO.- Actué el abogado Alex Guerra Troya, secretario general de este Organismo.

SEXTO.- Notifíquese con la presente sentencia:

a) A la señora Wilma Andrade Muñoz, Nicolás Romero Barberis y Mónica Noriega Carrera, Presidenta y representante legal; Presidente del Consejo de Ética y Disciplina; y, Presidente del Consejo Nacional Electoral del Partido Izquierda Democrática respectivamente en los careos electrónicos: wilma.andrade.id@gmail.com; diego@id12.ec; secretaria@izquierdademocratica.com; guillermogonzalez333@yahoo.com: nathyabogada06@gmail.com; y, kromerochoa@hotmail.com

b) Al señor Hugo Orlando Rodríguez Miraba, en las direcciones de correo electrónico: ho_rodriguezm@hotmail.com; aguinaga.carlos@gmail.com y en la casilla contencioso electoral 051.

c) Al doctor Jorge Eduardo Yépez Lucero, Defensor del Afiliado de la Organización Política Izquierda Democrática, en la dirección de correo electrónico: jorgeyepezl@yahoo.com

d) Al Consejo Nacional Electoral, a través de su Presidenta, en la casilla contencioso en las direcciones de correo electrónico: secretariageneral@cne.gob.ec; enriquevaca@cne.gob.ec; dayanatorres@cne.gob.ec; y en la casilla contencioso electoral No. 003.

SÉPTIMO.- Publíquese el contenido de la presente sentencia en la cartelera virtual-página web institucional www.tce.gob.ec.

CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE." F.) Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera, **JUEZ;** Dra. Patricia Guaicha Rivera**, JUEZA VOTO SALVADO;** Msc Guillermo Ortega Caicedo, **JUEZ;** Dr. Joaquín Viteri Llanga, **JUEZ VOTO SALVADO;** Dr. Fernando Muñoz Benítez, **JUEZ**

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

MÉXICO

GACETA AMERICANA
DE JUSTICIA ELECTORAL
2021

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	México
ÓRGANO ELECTORAL:	Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
TEMA:	Uso indebido de la imagen de un adolescente en propaganda electoral.
NÚMERO DE CAUSA:	SUP-REP-95/2019
FECHA DE EMISIÓN:	10 de julio de 2019
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Recurso de revisión
ACTO QUE SE RECURRE:	Resolución dictada por la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
ACCIONANTE (S):	Candidato a la gubernatura del Estado de Puebla.
ACCIONADO (S):	Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
DECISIÓN:	Se revoca la resolución recurrida.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	Solicita que la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación revea la decisión, puesto que es veraz y creíble el consentimiento de Gianluca de la Rosa Bandini para que su imagen apareciera en la propaganda electoral. Además, que la responsabilidad primaria, respecto a la autorización para que el adolescente apareciera en el video (objeto de la controversia) corresponde a los padres.
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	Declara la existencia de la infracción atribuida a Enrique Cárdenas Sánchez, entonces candidato a la gubernatura del Estado de Puebla, postulado por los partidos políticos Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano, por el uso indebido de la imagen de un adolescente en la propaganda electoral; razón por la que, se le impuso una amonestación pública.

ARGUMENTOS	
RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Autorización de menores de edad para aparecer en campaña electoral.
RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	Los escritos presentados ante la autoridad electoral, en la Audiencia de Pruebas y Alegatos, lejos de poner en duda la voluntad del adolescente, generan certidumbre que ésta se otorgó antes de la difusión del video y con posterioridad, lo que confirma su aceptación para participar en la propaganda electoral. Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, respecto a las reglas de la sana crítica, la lógica y las máximas de la experiencia a las que debe sujetarse el órgano resolutor para valorar las pruebas que obran en autos, resulta equivocado que se hubiere efectuado un análisis comparativo de las firmas de ambos escritos (actuales) en confronta con el pasaporte que se expidió cuando el ahora adolescente tenía 12 años de edad, considerado niño (conforme al artículo 5 de la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes). Asimismo, la copia del pasaporte que tenía en su poder Enrique Cárdenas Sánchez no deriva de un hecho fortuito sino seguramente fue entregada por el adolescente o por sus padres a solicitud del entonces candidato a la gubernatura; a pesar que la "firma" del pasaporte corresponde al nombre del menor y en los escritos es una rúbrica, ello no implica que ambas hubieren sido suscritas por personas distintas.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Imágenes de niñas, niños y adolescentes como recurso propagandístico.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	Cuando se trata de las niñas, niños y adolescentes y se utilice su imagen en la publicidad, ésta debe sujetarse a ciertos requisitos en los que se asegure su derecho a la dignidad o intimidad. Si en los medios de comunicación se recurre a imágenes de niñas, niños y adolescentes, como recurso propagandístico y parte de la inclusión democrática, se deben resguardar ciertas garantías, pues es fundamental que exista el consentimiento por escrito o cualquier otro medio, de quienes ejerzan la patria potestad o tutela; así como, la opinión de la niña, niño o adolescente, esto último, atendiendo al grado o nivel de madurez con relación a su edad.

OBITER DICTA 2- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Cumplimiento de la norma.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	El incumplimiento de los lineamientos para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales, no puede considerarse en su aplicación literal, pues debe obedecer a una interpretación acorde a las circunstancias particulares en cada situación, lo que no ocurrió en este caso por parte de la Sala responsable.

SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

RECURSO DE REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR

EXPEDIENTE: SUP-REP-95/2019.

RECURRENTE: ENRIQUE CÁRDENAS SÁNCHEZ.

AUTORIDAD RESPONSABLE: SALA REGIONAL ESPECIALIZADA DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

MAGISTRADO PONENTE: INDALFER INFANTE GONZALES.

SECRETARIOS: CLAUDIA MYRIAM MIRANDA SÁNCHEZ, JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ HUERTA Y RODRIGO QUEZADA GONCEN.

COLABORARON: MARCO VINICIO ORTÍZ ALANIS Y ANDRÉS RAMOS GARCÍA.
Ciudad de México, a diez de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS, para resolver el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador identificado al rubro, interpuesto por Enrique Cárdenas Sánchez, contra la resolución dictada por la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Federación en el procedimiento especial sancionador electoral identificado con la clave **SRE-PSD-27/2019**, por la que le impuso una amonestación pública al declarar existente la infracción consistente en el uso indebido de la imagen de un adolescente en propaganda electoral.

R E S U L T A N D O:

PRIMERO. Antecedentes. De los hechos narrados en la demanda y de las constancias de autos, se desprende lo siguiente:

I. Convocatoria. El treinta de enero de dos mil diecinueve, el Congreso de Puebla emitió convocatoria para la elección extraordinaria de la gubernatura estatal.

II. Inicio proceso electoral extraordinario (Acuerdo INE/CG43/2019). El seis de febrero de dos mil diecinueve[1], el Instituto

1 Los hechos que se narren en adelante corresponden al año dos mil diecinueve, salvo que se precise otra anualidad

Nacional Electoral dio inicio al proceso electoral extraordinario en el Estado de Puebla para elegir, entre otros cargos, el de la gubernatura de esa entidad federativa[2].

III. Precampaña, campaña y jornada electoral. Las precampañas del referido proceso electoral se realizaron del veinticuatro de febrero al cinco de marzo de dos mil diecinueve; el periodo de campañas se llevó a cabo del treinta y uno de marzo al veintinueve de mayo siguiente y la jornada electoral se realizó el pasado dos de junio.

IV. Primer Procedimiento Especial Sancionador (SRE-PSD-16/2019). El nueve de mayo de dos mil diecinueve, Morena presentó escrito de queja en contra del otrora candidato Enrique Cárdenas Sánchez y los Partidos Políticos de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano, por la presunta promoción durante el desfile que se llevó a cabo en conmemoración a la Batalla de Puebla del 5 de mayo, así como la utilización de símbolos patrios en la propaganda publicada por el citado candidato y Movimiento Ciudadano en sus redes sociales de *Twitter*, afectando con ello el principio de equidad en la contienda electoral de ese proceso.

Ese asunto quedó registrado en la Sala Regional Especializada con la clave alfanumérica SRE-PSD-16/2019.

V. Resolución del procedimiento especial sancionador (SRE-PSD-16/2019). El treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve, la Sala Especializada dictó sentencia, en la que determinó, entre otras cosas, que la autoridad instructora debía iniciar un nuevo procedimiento especial sancionador con la finalidad de que se investigara si el otrora candidato Enrique Cárdenas Sánchez cumplió con la normativa aplicable, toda vez que, del análisis de uno de los videos alojados en la red social Twitter materia de resolución en ese procedimiento, se advirtió la imagen de un adolescente.

VI. Nuevo procedimiento especial sancionador (SRE-PSD-27/2019).

A. Apertura de Procedimiento Especial Sancionador. Con motivo de la resolución descrita en el resultando que antecede, la autoridad instructora determinó la apertura de un nuevo procedimiento especial sancionador, instaurado contra Enrique Cárdenas Sánchez, otrora candidato a la gubernatura de Puebla, por la posible vulneración al interés superior de la niñez, derivado de la utilización de la imagen de un adolescente en la propaganda difundida a través de su cuenta de Twitter, la cual se registró con la clave JD/PE/SRE/JD12/PUE/PEF/17/2019 y ordenó la realización de diversas diligencias de investigación.

B. Recepción del expediente en Sala Regional Especializada. El diecinueve de junio de dos mil diecinueve, se recibió el expediente en la Sala Regional Especializada y fue registrado con la clave SRE-PSD-27/2019.

C. Resolución del procedimiento especial sancionador (SRE-PSD-27/2019) -Acto impugnado-. El veintisiete de junio de dos mil diecinueve, la Sala Especializada resolvió el medio de impugnación indicado, en el que determinó lo siguiente:

"R E S U E L V E

PRIMERO. Es **existente** la infracción atribuida a Enrique Cárdenas Sánchez, entonces candidato a la gubernatura de Puebla, postulado por los partidos políticos Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano, consistente en el uso indebido

2 De conformidad con el Acuerdo INE/CG43/2019 del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se aprobó el plan y calendario integral para el proceso electoral local extraordinario de la Gubernatura y de diversos Ayuntamientos en el estado de Puebla.

de la imagen de un menor de edad en propaganda electoral.

SEGUNDO. Se impone a Enrique Cárdenas Sánchez, una sanción consistente en una **amonestación pública.**

TERCERO. Se **vincula** a Enrique Cárdenas Sánchez y a la 12 Junta Distrital Ejecutiva del Instituto Nacional Electoral en Puebla, en los términos precisados en la presente ejecutoria.

CUARTO. Se deberá comunicar un resumen con lenguaje adecuado de la presente resolución al adolescente que participó en la propaganda denunciada.

QUINTO. Publíquese la presente resolución en el Catálogo de Sujetos Sancionados de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación".

SEGUNDO. Interposición del recurso de revisión del procedimiento especial sancionador. Contra de esa determinación, el dos de julio de dos mil diecinueve, Enrique Cárdenas Sánchez, **interpuso recurso de revisión del procedimiento especial sancionador** ante la Oficialía de Partes de la Sala Especializada.

TERCERO. Recepción y turno. En la propia fecha, se **recibió** la demanda del recurso de revisión del procedimiento especial sancionador en la Oficialía de Partes de la Sala Superior, motivo por el cual, el Magistrado Presidente ordenó registrar el expediente en el Libro de Gobierno con la clave **SUP-REP-95/2019,** y turnarlo a la Ponencia del Magistrado Indalfer Infante Gonzales, para los efectos previstos en el artículo 19, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación Electoral.

CUARTO. Radicación, admisión y cierre de instrucción. En su oportunidad, el Magistrado Instructor radicó y admitió a trámite la demanda y, agotada la instrucción la declaró cerrada, con lo cual los autos quedaron en estado de resolución, al tenor de lo siguiente.

C O N S I D E R A N D O:

PRIMERO. Competencia. La Sala Superior es competente para conocer y resolver el presente medio de impugnación, porque se controvierte una sentencia emitida por la Sala Regional Especializada, cuyo conocimiento es competencia exclusiva de este órgano jurisdiccional federal, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 41, párrafo segundo, base VI y, 99, párrafo cuarto, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 186, fracción X, y 189, fracción XIX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 3, párrafo 2, inciso f); 4, párrafo 1, y 109, párrafo 2, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

SEGUNDO. Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad. Se colman los requisitos de procedibilidad previstos en los artículos 7, párrafo 1; 9, párrafo 1; 13, párrafo 1, 45; 109 y 110, párrafo 1, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en los términos siguientes:

a. Forma. La demanda se presentó por escrito ante la autoridad competente; consta el nombre del accionante; se identifica el acto impugnado y la autoridad responsable; menciona los hechos en que basan su impugnación; los agravios que considera le causa y los preceptos presuntamente vulnerados; igualmente, obra la firma autógrafa del recurrente.

b. Oportunidad. Se cumple el requisito, porque de las constancias se advierte que la sentencia combatida se notificó al recurrente el uno de julio de dos mil

diecinueve[3], en tanto la demanda que dio origen al recurso de revisión del procedimiento especial sancionador en que se actúa, se presentó ante la autoridad responsable el dos de julio siguiente; esto es, dentro del plazo de tres días previsto en el artículo 109, párrafo 3, parte final, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

c. Legitimación. El requisito se colma, toda vez que Enrique Cárdenas Sánchez está legitimado para promover el medio de impugnación, al ser quien fue denunciado en el procedimiento especial sancionador cuyo fallo se revisa.

d. Interés jurídico. El recurrente cuenta con interés jurídico para interponer el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador, porque combate la resolución dictada en el procedimiento respectivo en que fue parte denunciada, en la cual se le impuso una sanción.

e. Definitividad. También se colma este requisito de procedencia, porque en la normativa aplicable no existe otro medio de impugnación para controvertir la resolución recurrida.

En consecuencia, al cumplirse los requisitos de procedencia del recurso de revisión del procedimiento especial sancionador y no advertirse de oficio causas de improcedencia, corresponde analizar y resolver el fondo del asunto controvertido.

TERCERO. Planteamiento del caso.

1. Queja (origen primer procedimiento sancionador).

El nueve de mayo de dos mil diecinueve, Morena presentó escrito de queja contra el otrora candidato Enrique Cárdenas Sánchez y los Partidos Políticos de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano, por la presunta promoción durante el desfile que se llevó a cabo en conmemoración a la Batalla de Puebla del 5 de mayo, así como la utilización de símbolos patrios en la propaganda publicada por el citado candidato y Movimiento Ciudadano en sus redes sociales de *Twitter*, afectando con ello el principio de equidad en la contienda electoral de ese proceso, esa queja motivó que se integrara el expediente **SRE-PSD-16/2019.**

2. Resolución del primer procedimiento sancionador.

El treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve, la Sala Especializada dictó sentencia, en la que determinó declarar inexistentes las violaciones a la normativa electoral atribuida a los denunciados.

En la referida resolución, también se estableció que al analizar uno de los videos correspondientes el material denunciado, se advirtió que en una de las imágenes aparecía una persona de quien se presumía era un adolescente:
(Fotografía)

Por lo cual, ordenó el inicio de un procedimiento oficioso a fin de que se investigara si el entonces candidato Enrique Cárdenas cumplió con la normativa aplicable para su exposición en la propaganda.

3. Inicio del segundo procedimiento sancionador.

Con motivo de lo anterior, la autoridad instructora determinó la apertura de un nuevo procedimiento especial sancionador, instaurado contra Enrique Cárdenas Sánchez, otrora candidato a la gubernatura de Puebla, por la posible vulneración al interés superior de la niñez, derivado de la utilización de la imagen de un adolescente en la propaganda difundida a través de su cuenta de Twitter,

3 Visible a foja 417 del cuaderno accesorio 1 del expediente SUP-REP-95/2019.

la cual se registró con la clave JD/PE/SRE/JD12/PUE/PEF/17/2019.

4. **Resolución del segundo procedimiento sancionador (acto impugnado).**

Una vez integrado el expediente, se remitió a la Sala Regional Especializada, quien lo registró con la clave SRE-PSD-27/2019, mismo que fue resuelto el veintisiete de junio de dos mil diecinueve, en el sentido de declarar la existencia de la infracción atribuida a Enrique Cárdenas Sánchez, entonces candidato a la gubernatura del Estado de Puebla, postulado por los partidos políticos Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano, consistente en el uso indebido de la imagen de un adolescente en propaganda electoral, por lo que se le impuso una amonestación pública.

La responsable fijó la *litis* del asunto a resolver y determinó que la materia de controversia consistía en determinar si la utilización de la imagen de un adolescente en propaganda de campaña difundida a través de la red social Twitter, por medio de la cuenta personal de Enrique Cárdenas Sánchez, entonces candidato común a la gubernatura de Puebla, por los partidos políticos Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano, constituían una vulneración al interés superior de la niñez, en contravención con lo dispuesto por los artículos 1, 4, párrafo noveno de la Constitución Federal; 389, párrafo 1, fracción VI del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Puebla y 445 párrafo 1, inciso f) de la Ley General.

Al efecto, estableció la existencia del video[4] con la imagen del adolescente, transmitido vía una red social[5], así también tuvo como sujeto denunciado a Enrique Cárdenas Sánchez, titular del perfil de *Twitter*[6] en donde se realizó la publicación materia de la *litis*.

A partir de lo anterior, la autoridad procedió a determinar si existía alguna vulneración al interés superior del adolescente.

Para los efectos, valoró las siguientes pruebas existentes en autos:

A. Documental privada, consistente en el escrito de nueve de junio, por medio del cual, Enrique Cárdenas Sánchez, manifiesta y exhibe lo siguiente:

• La persona identificada en el video por el que se inició el procedimiento especial sancionador es un adolescente de diecisiete años de edad.
• Que dicha persona fue debidamente informada del alcance de su participación en las cuentas de redes sociales, que manejó el denunciado cuando fue candidato a la gubernatura del Estado de Puebla y que el referido adolescente expresó su consentimiento por escrito, de manera libre e individual.
• Que existió consentimiento de los padres del adolescente, para lo cual adjuntó un escrito en el que se advierte la firma de los padres del adolescente, en cumplimiento a lo establecido en el numeral 7, de los "Lineamientos para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales".
• De los dos escritos anteriores anexó copia simple de sus identificaciones, la correspondiente al adolescente consistente en el pasaporte y a los padres, sus respectivas credenciales de elector.

B. Documental privada ofrecida en la audiencia de pruebas y alegatos, consistente en el documento con los datos del adolescente que aparece en el

4 Mediante la liga: https://twitter.com/ECardenasPuebla/status/1125231326910737922

5 Conforme a lo establecido en el acta circunstanciada del 11 de mayo de 2019

6 Escrito de aceptación de 16 de mayo de 2019, por el cual, Enrique Cárdenas asume que es titular la cuenta https://twitter.com/ECardenasPuebla

video denunciado y en el cual plasma su consentimiento.

En consideración de la Sala Especializada las pruebas descritas eran insuficientes para tener por colmada la autorización de los padres del adolescente y la voluntad de éste en participar en el video objeto materia de controversia.

Especialmente argumentó, que existían inconsistencias entre el escrito firmado por el adolescente presentado durante la instrucción del procedimiento administrativo y el exhibido en la audiencia de pruebas y alegatos, lo que a su juicio impedía otorgar fuerza demostrativa suficiente para considerar que el consentimiento del adolescente hubiere sido auténtico y efectivo.

Lo anterior, porque la exhibición de un segundo escrito con variaciones contextuales respecto del primero, le generaban duda razonable en cuanto a las circunstancias de modo y tiempo, en el que recabó esos consentimientos, de ahí que estimó, que tales probanzas adolecían de certeza y grado de convicción de entidad suficiente para tener por colmado el requisito de la manifestación de voluntad del adolescente.

De igual forma, la Sala Especializada estableció que la firma plasmada en ambos escritos no coincidía con aquella que observó en la identificación oficial exhibida por el denunciado (pasaporte del adolescente); así que consideró: "*que de acuerdo a las máximas de la experiencia se podría razonar que debido a su desarrollo la misma pudo variar, este órgano jurisdiccional no tiene elementos objetivos para estimar dicha situación, ya que en el caso no se adjuntó alguna identificación actual del adolescente,*[7] *de ahí que ante dicha falta de certeza, debe imperar la protección reforzada del interés superior de la niñez por parte de este órgano jurisdiccional, de la que como ya vimos ha resuelto la Suprema Corte, no está exento dicho adolescente*".

Asimismo, indicó que la falta de coincidencia o incongruencia entre firmas era algo que el entonces candidato pudo advertir desde el inicio y, por tanto, debió recabar elementos adicionales para solventar dicha variación ante la autoridad administrativa o jurisdiccional electoral.

A partir de ello, la autoridad responsable señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el punto 8 de los señalados Lineamientos, respecto a que el consentimiento y la opinión informada de niñas, niños y adolescentes que aparezcan de manera identificable, entre otras, en propaganda político electoral, deben ser videograbados, y de igual forma, se les deberá explicar el alcance de su participación, contenido, temporalidad y forma de difusión, **tomando en cuenta su edad, madurez y desarrollo cognitivo.**

Esto es, sostuvo que, **de haberse recabado dicho testigo de grabación conforme lo ordena los citados lineamientos, se hubiera dado certeza respecto al consentimiento y opinión debidamente informada del adolescente** para participar en el material que fue difundido por el entonces candidato en su red social.

Además de lo anterior, la responsable señaló que, el hecho de que se hayan recabado los consentimientos de los "*presuntos padres del citado adolescente*" -dado que no se acreditó el vínculo filial- (por la ausencia del acta de nacimiento), ello tampoco era suficiente, dado que el ejercicio de la patria potestad no implica la sustitución de la voluntad informada de éste.

Por lo anterior, estimó que el denunciado incumplió con la carga demostrativa respecto al cumplimiento de los requisitos que establecen los lineamientos para la

7 La copia del pasaporte que se proporcionó señala como fecha de expedición el año dos mil catorce.

protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que participen en propagada electoral.

Es por lo cual, la Sala responsable procedió a individualizar la sanción y señaló que, tomando en consideración los elementos objetivos y subjetivos de la infracción, especialmente el bien jurídico tutelado, las circunstancias particulares del incumplimiento, así como la finalidad de las sanciones, determinó imponer a Enrique Cárdenas Sánchez, la sanción consistente en **una amonestación pública**.

5. Motivos de disenso. El recurrente expresa agravios respecto de dos temas esenciales:

- **Valoración de pruebas en el procedimiento sancionador**

En concepto del recurrente, resulta veraz, consistente y creíble el consentimiento de Gianluca de la Rosa Bandini para que su imagen apareciera en la propaganda electoral; lo anterior, porque de las constancias que obran en el expediente se advierte que tanto sus padres como el adolescente otorgaron el consentimiento.

En tal sentido, aduce que la Sala responsable llevó a cabo una incorrecta valoración del contenido de los dos escritos de consentimiento signados por el adolescente, así como de las firmas estampadas en éstos, ya que indebidamente consideró que presentaban inconsistencias, toda vez que éstas no se "aprecian" y en consecuencia no es conforme a Derecho que estableciera que existía una duda razonable; en ese sentido, considera que se deben tener por auténticos los documentos y acreditado el consentimiento.

El recurrente aduce que del análisis comparativo llevado a cabo por la autoridad responsable entre la firma del pasaporte y las que obran en los escritos de manifestación del consentimiento, advirtió que las firmas visibles no son idénticas; pero que eso no demuestra que no trate de la misma persona, ya que el pasaporte fue expedido el catorce de agosto de dos mil catorce (cuando el adolescente tenía doce años) y los escritos de consentimiento se suscribieron cuando tenía diecisiete años, por lo que en el lapso de cinco años, los rasgos de su rúbrica pudieron ser modificados.

Además, en el documento en el que consta la firma autógrafa del adolescente, también consta la de los padres, las que coinciden con sus respectivas credenciales de elector.

De ahí que, en concepto del recurrente, la carga probatoria impuesta por la Sala responsable resulta excesiva, ya que solicitó presentar una identificación oficial reciente del adolescente, cuando el único documento que podía exhibir como documento oficial era su pasaporte al no contar con cédulas de identidad.

- **No se acredita la conducta antijurídica del infractor**

Señala que no se configura la antijuricidad de la conducta como elemento esencial para ser sancionable, ya que no se reunieron los elementos para la imputación de la responsabilidad administrativa.

Ello, porque conforme a la propia jurisprudencia citada por la Sala Especializada en la sentencia reclamada, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, debe considerarse el desarrollo y condiciones personales de cada sujeto, a efecto de establecer la evolución y autonomía en lo individual, cuestión que dejó de lado la responsable.

Lo anterior, porque de las constancias que obran en autos se desprende que no existió un daño o lesión al interés superior del adolescente, en tanto que se debió

ponderar que el adolescente al momento de la realización del promocional tenía la edad de diecisiete años, cuatro meses y veintidós días; es decir, a pocos meses de alcanzar la mayoría de edad.

En ese sentido, afirma que debió considerarse esa situación al momento de emitir la sentencia, dado que al no hacerlo se incumplió con un estándar de cuidado y diligencia para considerar el desarrollo personal del adolescente conforme a su madurez, progreso cognitivo y capacidad para tomar sus decisiones.

Así como, la situación de que el adolescente vive en la zona urbana de la ciudad de Puebla, que corresponde a la clase media; por lo cual, desde su percepción, la responsable debió inferir que el adolescente tiene conocimiento de las implicaciones del uso de las redes sociales.

En la misma línea, aduce que la Sala Especializada debió atender al hecho público y notorio de que el padre del adolescente fue dirigente del Partido de la Revolución Democrática, por lo cual, su desarrollo ha sido dentro de un ambiente familiar político.

En ese sentido aduce, que la responsabilidad primaria respecto a la autorización para que el adolescente apareciera en el video (objeto de la controversia), corresponde a los padres, los cuales, conforme a las constancias que obran en autos, otorgaron su permiso por medio de un escrito, del cual no existe contradictorio o alguna otra probanza que le reste fiabilidad, lo que se robustece con las identificaciones oficiales de ambos padres.

Por tanto, a su parecer, existen pruebas suficientes que demuestran que tanto los padres como el adolescente otorgaron su consentimiento para aparecer en el video objeto de controversia.

CUARTO. Cuestión previa.

En el caso, debe tenerse en consideración que el adolescente que aparece en el video por el cual se inició un procedimiento oficioso es un adolescente que, al momento de los hechos, contaba con diecisiete años y cuatro meses de edad.

Persona de la cual podría afirmarse, que su capacidad de pensar y razonar se encuentra en condiciones normales, que tiene una actitud crítica y reflexiva respecto de los acontecimientos de su entorno y que, válidamente pudo expresar su consentimiento para aparecer en un video que fue objeto de propaganda electoral.

Lo anterior se estima así, teniendo en cuenta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto y ha establecido sustancialmente que, también implica garantizar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, tomando en consideración, **entre otros elementos, el derecho del niño o la niña a expresar su opinión en todas las decisiones que pudieran beneficiar o afectar, para lo cual, resulta menester considerarlos como un grupo que debe ser escuchado**, dado que debe reconocerse que tienen derechos que ejercen influencia en su vida, que no son únicamente los derechos derivados de su vulnerabilidad o su dependencia respecto de los adultos; por ende, existe la obligación del Estado de garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "*que esté en condiciones de formarse un juicio propio*".

En estos términos, no se han de apreciar como una limitación, sino como una obligación para el Estado y todas las autoridades, de evaluar la capacidad del niño o de la niña de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible, lo que significa, que no pueden partir de la premisa de que un menor de

edad es incapaz de expresar sus propias opiniones; al contrario, se ha de partir de la base, que el niño, la niña y sobre todo el adolescente, tienen capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tienen derecho a expresarlas, así como a manifestar su voluntad respecto a acciones u omisiones; de ahí que de ningún modo corresponda al niño o niña probar primero que tiene esa capacidad.

En esa tesitura, acorde con el *Protocolo de actuación de quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*[8] emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el interés superior de la niñez tiene las siguientes implicaciones:

a) La plena satisfacción de los derechos de la niñez es un parámetro y fin en sí mismo;

b) Desempeñarse como directriz a fin de orientar las decisiones en las que se ven involucrados los derechos de la niñez.

De esa manera, en la jurisprudencia del Alto Tribunal el interés superior de la niñez es un concepto complejo, al ser: (I) *un derecho sustantivo*; (II) *un principio jurídico interpretativo fundamental*; y (III) *una norma de procedimiento*, lo que exige que cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser la consideración primordial, lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas[9].

En este mismo sentido, la Suprema Corte[10] ha establecido como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés superior de la niñez, entre otros aspectos, el que se atiendan sus deseos, sentimientos, opiniones, así como sus decisiones, siempre que sean compatibles con sus necesidades vitales y deben ser interpretados de acuerdo a su personal madurez o discernimiento.

En particular, el artículo 5 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece que:

> **Artículo 5.** Son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.
> Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años de edad, se presumirá que es adolescente. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor o menor de doce años, se presumirá que es niña o niño.

Por tanto, de acuerdo con lo vertido, en cada caso, el juzgador debe considerar la edad de la persona implicada, así como el grado de madurez y desarrollo cognitivo que se aprecie a fin de resolver una situación en particular tomando en

8 Consultable en el siguiente link: https://www.scjn.gob.mx/derechoshumanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion

9 Consúltese la tesis aislada de la Segunda Sala de rubro: **"DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE"**. 2a. CXLI/2016, Décima época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación el seis de enero de dos mil dieciséis. Los criterios que aquí se citan de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueden consultarse en www.scjn.gob.mx.

10 Jurisprudencia 1ª./J 44/2014 (10ª), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: **"INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS"**. Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia Constitucional, Pág. 270.
Asimismo, como consecuencia de este criterio, se emitió otro en donde se sostuvo que "el interés superior del menor es un principio vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación se proyecta en tres dimensiones: **a) como derecho sustantivo**, en cuanto a que el interés referido sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida; **b) como principio jurídico interpretativo fundamental**, en el sentido de que si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades, a la luz del interés superior del menor; y, **c) como norma de procedimiento**, conforme a la cual, siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, deberá incluirse en el proceso de decisión, una estimación de las posibles repercusiones en ellos. Asimismo, la justificación de la medida adoptada deberá dejar patente que se consideró el interés superior del menor en el análisis de las diversas alternativas posibles". Tesis: 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro "**INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO"**.

consideración la expresión de la voluntad u opinión de la niña, niño o adolescente, conforme a su edad y capacidad para la toma de decisiones.

En esa misma línea, el artículo 19 de la Convención Americana establece que "*todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*".

La Comisión y la Corte Interamericana han sido claras en señalar que los niños y las niñas "*poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos (…) y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado*". Por consiguiente, el artículo 19 de la Comisión Americana de Derechos Humanos debe entenderse como un derecho adicional y complementario que el tratado establece para los niños, niñas y adolescentes, quienes por su estado de desarrollo -particular- necesitan de protección especial.

Esta protección especial que reconoce el derecho internacional de los derechos humanos a las niñas, niños y adolescentes se fundamenta en su condición de personas en crecimiento y se justifica en base a las diferencias, respecto de las personas adultas, en cuanto a las posibilidades y los desafíos para el efectivo ejercicio y la plena vigencia de sus derechos.

Por lo cual, el deber de protección especial se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones especiales del niño, niña o adolescente quienes, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas [a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social], depende más o menos de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos. Esta dependencia de los adultos, y su intensidad, se ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades cognitivas de éstos conforme a su grado de madurez.

Por tanto, se estima que, para asegurar el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe considerarse, en principio, el grado de dependencia de los adultos para recibir la atención y los cuidados necesarios, posteriormente deben implementarse una serie de medidas de distinto tipo y contenido que consideren el desarrollo particular de cada individuo, que por regla general -salvo excepciones-, va relacionado con la edad del niño, niña o adolescente.

De igual forma, es orientador lo sostenido por el psicólogo y biólogo Jean Piaget, quien señala que hay cuatro etapas del desarrollo cognitivo[11]:

a) Sensoriomotriz: (de 0 a 2 años, primera infancia). b) Preoperacional (de 2 a 7 años, segunda infancia).
c) Operaciones concretas (de 7 a 11 años, tercera infancia) y
d) Operaciones formales (de 11 años en adelante, corresponde a la pubertad y adolescencia en adelante).

Indica que la etapa de las operaciones formales es el estadio (fase) final del desarrollo cognoscitivo, que se caracteriza principalmente por el pensamiento abstracto y racional en cuanto a la toma de decisiones.

Señala, que el estadio de las operaciones formales es el punto más alto que cualitativamente alcanza el ser humano en su desarrollo intelectual. A partir de esta etapa, todos los progresos que se realizan son cuantitativos y cualitativos; esto es, el pensamiento cambia, notablemente, en relación al pensamiento de los niños.

11 Piaget, Jean. La Equilibración de las Estructuras Cognitivas. Editorial Siglo XXI. Año 2012.

Conforme a lo expuesto, la Sala Superior estima que, en el caso, tanto la edad del adolescente como la apreciación de sus capacidades cognitivas, deben considerarse para definir el presente asunto.

QUINTO. Estudio de fondo. Teniendo en cuenta lo relatado con antelación, la Sala Superior estima que los agravios expuestos por el recurrente son **fundados** y suficientes para revocar la sentencia reclamada, por lo siguiente.

- **Cuestión probatoria**

-Escritos de manifestación de la voluntad del adolescente

A juicio de la Sala Superior, asiste razón al recurrente cuando aduce que las pruebas existentes en autos son suficientes para demostrar la voluntad del adolescente para aparecer en el video difundido en la cuenta de Twitter del entonces candidato a la Gubernatura de Puebla, Enrique Cárdenas Sánchez.

Lo anterior se estima así, dado que en el caso obran en autos dos escritos de manifestación de la voluntad del adolescente que, contrario a lo estimado por la responsable, acreditan de manera fehaciente que éste aceptó participar en la propaganda electoral.

Es decir, la distinción contextual y de tiempo que aduce la Sala Especializada entre el escrito presentado ante la autoridad electoral instructora y otro en la audiencia de pruebas y alegatos, lejos de poner en duda la voluntad del adolescente, genera certidumbre que ésta se otorgó antes de la difusión del video y con posterioridad, lo cual, confirma que el adolescente aceptó participar en la propaganda electoral.

Esto es, la misma persona -el adolescente- aceptó en momentos distintos, su voluntad de participar en el video analizado, lo cual, conforme al marco jurídico y jurisprudencial expuesto en párrafos precedentes, no causa afectación ni menos cabo al adolescente, por el contrario, se insiste, éste confirma haber aceptado.

Por lo cual, las consideraciones sustentadas por las Sala Especializada en torno a que: "*incluso, en el escrito por medio del cual remite el segundo refiere que presenta un* ***consentimiento adicional*** *al primer escrito y que adjunta una "…opinión informada para aparecer en propaganda electoral en redes sociales, adicional a la que obra en autos del expediente…".*

Refuerza que el adolescente aceptó participar en el video previamente a su difusión y posteriormente confirmó esa aceptación, por lo cual, a juicio de la Sala Superior, tales probanzas refuerzan la manifestación de la voluntad del adolescente.

- Diferencia entre las firmas plasmadas en los documentos y la que obra en la identificación oficial.

Con respecto a las firmas contenidas en los escritos mencionados, la Sala Regional expuso que las firmas eran discrepantes de la que calza la identificación oficial del adolescente en su pasaporte.

Esto es, adujo que la firma plasmada en ambos escritos no coincidía con aquella que observó en la identificación oficial exhibida por el denunciado, así que consideró: "*que de acuerdo a las máximas de la experiencia se podría razonar que debido a su desarrollo la misma pudo variar, este órgano jurisdiccional no tiene elementos objetivos para estimar dicha situación, ya que en el caso no se adjuntó alguna identificación actual del adolescente*[12]*, de ahí que ante dicha falta de certeza, debe imperar la protección reforzada del interés superior de la niñez por*

12 La copia del pasaporte que se proporcionó señala como fecha de expedición el año dos mil catorce.

parte de este órgano jurisdiccional, de la que como ya vimos ha resuelto la Suprema Corte, no está exento dicho adolescente".

Asimismo, indicó que la falta de coincidencia o incongruencia entre firmas es algo que el entonces candidato pudo advertir desde el inicio y, por tanto, debió recabar elementos adicionales para solventar dicha variación ante la autoridad administrativa y jurisdiccional electoral.

Contrario a tales consideraciones, este órgano jurisdiccional estima que, de conformidad con lo establecido en el artículo 16, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, conforme a las reglas de la sana crítica, la lógica y las máximas de la experiencia a las que debe sujetarse el órgano resolutor para valorar las pruebas que obran en autos, resulta equivocado que la responsable hubiere llevado a cabo un análisis comparativo de las firmas de ambos escritos (actuales) en confronta con el pasaporte que se expidió cuando el ahora adolescente tenía doce años de edad, considerado niño (conforme al artículo 5 de la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes).

Además, teniendo en cuenta que la copia del pasaporte que tenía en su poder Enrique Cárdenas Sánchez no deriva de un hecho fortuito, sino seguramente fue entregada por el adolescente o por los padres de éste a solicitud del entonces candidato a la gubernatura, se estima que, a pesar de que la "firma" del pasaporte corresponde al nombre del adolescente y de los escritos consiste en una rúbrica, ello no implica que ambas hubieren sido asentadas por personas distintas.

Lo anterior, conforme a la tesis emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo texto y rubro es el siguiente:

"EVOLUCIÓN PROGRESIVA DE LAS FACULTADES DEL NIÑO. CONSTITUYE UN "PRINCIPIO HABILITADOR" DEL EJERCICIO DE SUS DERECHOS.

El ejercicio de los derechos de los menores no puede concebirse de manera idéntica para toda etapa de la niñez, pues cada una presenta un grado diferenciado de libertades y deberes respecto a su realización: a mayores niveles de aprendizaje, conocimiento y madurez, mayor el margen de autonomía para que sean los menores quienes ejerzan, por sí mismos, sus derechos -y no simplemente por medio de sus padres-; de ahí que tanto la pertinencia, como el grado de acceso a los derechos de los niños, dependerá de la etapa de la niñez en la que se encuentre el menor y, por ende, a efecto de lograr su correcta consecución, debe atenderse en todo momento a su trayectoria vital, a lo que le resulte benéfico y permita el desarrollo pleno y efectivo de todos sus derechos. Es así, en virtud de que el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en dicha Convención. En ese contexto, es menester concebir a la evolución progresiva de las facultades de los menores como un verdadero "principio habilitador" de la totalidad de los derechos reconocidos por el parámetro de regularidad del Estado Mexicano, y no como una excusa para realizar prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y que tradicionalmente se han justificado, alegando la relativa inmadurez del menor[13].

Esto es, teniendo en cuenta la evolución progresiva de los adolescentes, es factible establecer que, si éste a los doce años firmaba con su nombre, a los diecisiete años (a meses de alcanzar la mayoría de edad) pudo modificar su rúbrica, lo que no implica que hubiere sido estampada por persona distinta.

13 Época: Décima Época, Registro: 2016017, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 50, Enero de 2018, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a. XI/2018 (10a.). Página: 539.

Así, de lo vertido, se puede llegar a la convicción de que la manifestación de la voluntad por parte del adolescente, plasmada en los escritos, proviene del puño y letra del adolescente.

Lo anterior, en virtud de que, conforme al principio de buena fe que impera en el sistema jurídico mexicano, existe una fuerte presunción de que los documentos presentados por las partes ante las autoridades jurisdiccionales son auténticos; y para destruir esa presunción se requiere de pruebas plenas que demuestren que el documento es falso.

En ese sentido, como se dijo, las circunstancias que expresó la Sala Especializada para desconfiar de los escritos que fueron presentados por el denunciado son insuficientes para derrotar la presunción de autenticidad de los documentos presentador por Enrique Cárdenas.

- Vínculo filial

La responsable refirió que el denunciado omitió exhibir el documento que acreditara el vínculo filial de los "*supuestos padres*" con el adolescente que apareció en el video, en tanto que no presentó el acta de nacimiento.

Además afirmó que, no obstante la existencia del escrito firmado por María Guadalupe Bandini Brito y Miguel Ángel De La Rosa Esparza, en el cual otorgaron su consentimiento para que el adolescente apareciera en el video, así como la copia simple de sus respectivas credenciales de elector, tal cuestión no subsanaba la falta de consentimiento por parte del adolescente, ya que resultaba necesario que existiera certeza tanto de la manifestación de voluntad del adolescente, como del vínculo filial con quienes se asegura son sus padres.

A juicio de la Sala Superior, aun cuando, en el caso, es cierto que no se presentó el acta de nacimiento, como lo precisó la Sala Regional Especializada, lo cierto es que, del análisis concatenado de los elementos de prueba consistentes en las copias de las credenciales para votar de María Guadalupe Bandini Brito y Miguel Ángel De La Rosa Esparza, del pasaporte del adolescente y el escrito original de consentimiento de los padres para la aparición del adolescente en la propaganda político-electoral, se puede inferir el vínculo filial entre aquellos y el adolescente.

Esto es así, porque, aun cuando esos documentos de identificación obran en copia simple, lo cierto es que reproducen instrumentos oficiales, generalmente aceptados como método de identificación por ser expedidos, en cada caso, por órganos del Estado Mexicano; y toda vez que en el caso, no se encuentra cuestionada su autenticidad es que se puede presumir la existencia de los originales.

Evidenciado, lo anterior, de los documentos bajo análisis, se advierte que hay coincidencia entre los apellidos del adolescente con quienes se dice son sus padres, de ahí que si bien no se presentó el acta de nacimiento, lo cierto es, que se debía atender a la finalidad de aportar dicho elemento, esto es, demostrar el vínculo filial, lo cual se logra valorando y concatenando las probanzas exhibidas.

También resulta pertinente tener en cuenta que obra en autos el escrito original signado por María Guadalupe Bandini Brito y Miguel Ángel De La Rosa Esparza, mediante el cual expresan su consentimiento para la aparición del adolescente en la propaganda político-electoral.

En ese orden, analizados en su conjunto, de manera concatenada y conforme a las reglas de la lógica, la sana crítica y la experiencia, se genera la presunción *iuris tantum*, de que María Guadalupe Bandini Brito y Miguel Ángel De La Rosa Esparza,

son los padres del adolescente, ya que fueron quienes suscribieron el escrito de consentimiento sobre la aparición de su hijo adolescente en el video objeto de la denuncia, presunta relación filial que no fue cuestionada y menos desvirtuada; por tanto, al no existir prueba en contrario, se debe tener por acreditada.

- **Interpretación conforme del artículo 8 de los Lineamientos para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales, para efectos de no exigir su aplicación en el caso concreto.**

La Sala Superior considera que en el caso concreto no se debe aplicar el numeral 8 del Lineamiento, debido a que de una interpretación conforme, se advierte que el mismo tiene una finalidad específica.

La mencionada norma es del tenor siguiente:

> 8. Los sujetos obligados de acuerdo el lineamiento 2 deberán videograbar, por cualquier medio, la explicación que brinden a las niñas, niños y adolescentes, entre 6 y 17 años, sobre el alcance de su participación en la propaganda política o electoral, su contenido, temporalidad y forma de difusión, asegurándose que reciba toda la información y asesoramiento necesarios para tomar una decisión; y recabar su opinión, tomando en cuenta su edad, madurez y desarrollo cognitivo.
> Dicha opinión deberá ser propia, informada, individual, libre, expresa, espontánea, efectiva y genuina, que sea recabada conforme a las guías metodológicas que proporcionará la autoridad electoral.

De la norma, se obtiene que los partidos políticos, coaliciones, candidato —de partido, coalición o independientes, ya sean federales o locales—, autoridades electorales federales y locales y personas físicas o morales que se encuentren vinculadas directamente a otro de los sujetos antes mencionados, deben de videograbar, por cualquier medio la explicación que se haga a las niñas, niños y adolescentes, entre la edad de seis a diecisiete años, sobre su participación en propaganda política y electoral que se produzca con su participación.

En principio, se tiene que, de una interpretación literal, siempre y en todos los casos, los sujetos obligados deben videograbar la explicación detallada y precisa que se haga a las personas entre seis y diecisiete años, sobre su participación en propaganda política y electoral.

Sin embargo, la Sala Superior considera que de una interpretación conforme del mencionado precepto, se obtiene que no siempre y en toda circunstancia, se debe tener el respaldo de la videograbación.

En principio, se debe decir que la interpretación conforme es una técnica que tiene su justificación ordinaria en los principios de supremacía constitucional. De este modo, esta técnica interpretativa se utiliza principalmente en las disposiciones que se encuentran en ordenamientos de menor rango que la Constitución y lo que se busca es dotarlas de un sentido que las haga compatibles y congruentes con la Constitución.

Esta técnica cobra aun mayor relevancia en México a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de diez de junio de dos mil once, debido a que en el párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución se estableció como mandato que "*[l]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*".

La interpretación conforme, como herramienta de hermenéutica jurídica, pretende dotar a un precepto normativo

de un sentido que lo haga compatible con otra norma que sirve de parámetro para su validez, con lo cual se evitan las implicaciones que se producirían al declarar su invalidez o al inaplicarlo en un caso concreto.

En relación con lo anterior, la Suprema Corte ha adoptado diversos criterios que sirven de respaldo:

• "Este principio se relaciona con la interpretación conforme, por la cual, antes de considerar inconstitucional una norma jurídica, deben agotarse todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que, de ser posibles varias interpretaciones de la disposición, debe preferirse la que salve la aparente contradicción con la Norma Fundamental. En ese sentido, **un presupuesto indispensable para que esas técnicas hermenéuticas puedan aplicarse es que la asignación de significado a la norma jurídica sea fruto de una interpretación válida, es decir, la derivada de algún método de interpretación jurídica, ya sea el gramatical, el sistemático, el funcional, el histórico o algún otro**. Así, la interpretación conforme o la aplicación del principio pro persona no puede realizarse a partir de atribuir a la norma un significado que no tiene conforme a alguno de los métodos de interpretación jurídica, porque en ese caso, la norma sujeta a escrutinio ya no será la misma, sino que habría sido cambiada por otra".[14] (Énfasis añadido).

• "En el caso de la voluntad objetiva del legislador, **la interpretación conforme puede realizarse siempre y cuando el sentido normativo resultante de la ley no conlleve una distorsión, sino una atemperación o adecuación frente al texto original de la disposición normativa impugnada**; asimismo, el principio de interpretación conforme se fundamenta en una presunción general de validez de las normas que tiene como propósito la conservación de las leyes; por ello, se trata de un método que opera antes de estimar inconstitucional o inconvencional un precepto legal. En ese sentido, sólo cuando exista una clara incompatibilidad o contradicción que se torne insalvable entre una norma ordinaria y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o algún instrumento internacional, se realizará una declaración de inconstitucionalidad o, en su caso, de inconvencionalidad; por tanto, el operador jurídico, al utilizar el principio de interpretación conforme, deberá agotar todas las posibilidades de encontrar en la disposición normativa impugnada un significado que la haga compatible con la Constitución o con algún instrumento internacional"[15]. (Énfasis añadido).

• "[…] antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, **es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento**; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las

14 Con base en la tesis aislada de rubro **INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU APLICACIÓN TIENE COMO PRESUPUESTO UN EJERCICIO HERMENÉUTICO VÁLIDO.** Décima Época; Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, p. 337, número de registro 2018696.

15 De conformidad con la tesis de rubro **INTERPRETACIÓN CONFORME. SUS ALCANCES EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA**. Décima Época; Pleno, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su* Gaceta, Libro 42, mayo de 2017, Tomo I, p. 161, número de registro 2014204.

normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse"[16]. (Énfasis añadido).

En el caso concreto, es posible interpretar la prescripción contenida en el numeral 8 de los Lineamientos para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales, dotando de vigencia al principio constitucional del interés superior del menor y armonizándolo con el derecho de las niñas, niños y adolescentes a participar en la propaganda política y electoral de los partidos, coaliciones y candidatos, así como el derecho de estos difundir propaganda, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva[17].

En ese sentido, para que el mandato contenido en los lineamientos, consistente en videograbar la explicación que se debe hacer sobre su participación en la propaganda política o electoral, tenga sentido con el ejercicio de los derechos antes precisados

Si bien la previsión en los lineamientos tutela y protege el consentimiento informado de las personas entre seis y diecisiete años, no es el único medio por el cual se puede lograr tal finalidad.

El artículo 4º, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral; también tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo y por cualquier medio, derecho de participación y a expresar su opinión libremente, así como derecho al respeto a su imagen, entre otros.

En ese tenor, el bienestar de la niñez se configura como el principio superior, destacando la primacía frente al Estado de los derechos y obligaciones de los padres y la protección de la esfera familiar como principios fundamentales, sin olvidar una prohibición general de discriminación.

Estas directrices deberán guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez, a fin de asegurar el pleno desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, tomando en cuenta su edad y madurez[18].

El interés superior de la niñez se funda en la dignidad misma del ser humano y en

16 Sirve de apoyo la tesis de rubro **INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA**.

17 Argumentos elaborados en la jurisprudencia de rubro "**RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES**"

18 Estos lineamientos también se reconocen en los artículos 25, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 19, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2, 3, 5, 4, 8, 12, 13, 16 y 18, de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Convención de las Naciones Unidas de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, sobre los Derechos del Niño, es el instrumento internacional que realiza aportaciones al reconocimiento de la subjetividad jurídica de las niñas y niños, subrayando su particular necesidad de especial cuidado. En ese tenor, el bienestar de la niñez se configura como el principio superior que articula todo el Tratado artículo 3-, destacando la primacía frente al Estado de los derechos y obligaciones de los padres y la protección de la esfera familiar como principios fundamentales –artículos 3, 5 y 18-, sin olvidar una prohibición general de discriminación artículo 2.1-. Así, consagra la participación de los niños, niñas y adolescentes, en los siguientes términos:
- Derecho a la opinión y expresión. –artículos 12 y 13-
- En los asuntos que le afecten, en función de la edad y madurez: "*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*".
- En los procedimientos judiciales o administrativos que le incumban: "*Se dará, en particular, al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*".
- Libertad de buscar y recibir información y difusión: "*El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño*".

la necesidad de propiciar el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

De ese modo, se erige en uno de los principios rectores más importantes de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que rige la realización de acciones y toma de medidas por parte de las autoridades, para garantizar la protección de los derechos de ellos.

De ese modo, existe el deber asegurar a las niñas, niños y adolescentes la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, se tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

De ahí que, conforme al artículo 4, de la Constitución Federal, en todas las decisiones y actuaciones del Estado, se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, para garantizar de manera plena sus derechos.

En esas condiciones, el interés superior de las niñas, niños y adolescentes es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse en algún caso concreto o que pueda afectar sus intereses.

Esto, porque el principio en cita ordena la realización de una interpretación sistemática que -para darle sentido a la norma en cuestión- tome en cuenta los deberes de protección de las niñas, niños y adolescentes, y los derechos especiales que tienen, previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.

Así, cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de las niñas, niños y adolescentes, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida relativa.

Asimismo, al determinar y evaluar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes deben tenerse en cuenta, entre otros elementos, el derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan, para lo cual, resulta menester considerarlos como un grupo que debe ser escuchado, dado que debe reconocerse que tienen derechos que ejercen influencia en su vida, que no son únicamente los derechos derivados de su vulnerabilidad o su dependencia respecto de los adultos; por ende, existe la obligación del Estado de garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio".

Estos términos, no han de apreciarse como una limitación, sino como una obligación para el Estado y todas las autoridades, de evaluar la capacidad del niño o de la niña de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible, lo que significa, que no pueden partir de la premisa de que es incapaz de expresar sus propias opiniones, al contrario, se ha de partir de la base, que el niño o la niña tienen capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tienen derecho a expresarlas; de ahí que de ningún modo corresponda al niño o niña probar primero que tiene esa capacidad.

En esa línea, a partir del principio de interdependencia previsto en el artículo 1º, párrafo tercero, de la Ley Suprema, se tiene en cuenta que el interés superior de la niñez se debe examinar junto con los demás derechos humanos reconocidos.

En este sentido, desde esta naturaleza interconexa, el interés superior de la niñez, constituye una perspectiva y principio que orienta el cumplimiento de los deberes y la adopción de medidas por parte de las autoridades estatales,

dado que los derechos de la niñez son valores que existen dentro de un marco ético, moral, espiritual, cultural y social más amplio, los cuales trascienden hacia el modo en que actúan todas las autoridades del Estado, al imponerles el deber de garantizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, así como a tomar medidas especiales que por su propia condición de niñas, niños y adolescentes requieran.

Suma a lo anterior, que los principios de progresividad y del "interés superior del menor", contenidos en los artículos 1º y 4º, de la Constitución Política Federal, hace factible que las autoridades puedan adoptar reglas y medidas específicas orientadas hacia la protección de los derechos e intereses de la niñez, porque la expresión "interés superior del niño", implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño y de la niña.

El interés superior de las niñas, niños y adolescentes también permea al ámbito interno, dado que el legislador ordinario ha concebido que es un principio implícito en la regulación constitucional de los derechos de las niñas y niños, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 6, 8, 9, 12, 18, 64, 71, 76, 77, 78, 80, 81 y 117 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el principio del interés superior del menor, además de su carácter tuitivo, constituye un elemento hermenéutico de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, los coloca como sujetos prevalentes de derechos.

Se trata entonces de considerar la especial situación en que se encuentran ciertos derechos humanos cuando el titular es una niña, niño o adolescente, atendiendo a que el derecho básico que tienen de ser atendidos con pleno respeto a sus derechos fundamentales.

Desde esta óptica, las niñas, niños y adolescentes son destinatarios de un trato preferente, por su carácter jurídico de sujeto de especial protección, lo que implica que son titulares de un conjunto de derechos que deben valorarse de acuerdo con sus circunstancias específicas.

De ahí que el interés superior de la niña, niño o adolescente sea un principio rector de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionados con ellos[19].

En relación con lo anterior, la Sala Superior ha sostenido que, desde un punto de vista jurisdiccional, el interés superior del niño y de la niña es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse en algún caso concreto o que pueda afectar los intereses de alguna niña, niño o adolescente, lo cual demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida relativa ante situaciones de riesgo para ellos.

En este sentido, queda de relieve que cualquier autoridad, inclusive de naturaleza electoral, en cumplimiento de las obligaciones generales establecidas en el artículo 1º, tercer párrafo, de la Constitución General de la República, en el ámbito de su competencia, válidamente

19 Tesis 1ª. LXXXII/2015, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: ***"INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. CONSTITUYE UN PRINCIPIO RECTOR DE TODAS LAS ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS RELACIONADOS CON MENORES***", visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, Libro 15, febrero de 2015, Tomo II, página 1398.

puede implementar alguna medida encaminada a la tutela de los derechos de las niñas, niños o adolescentes, tomando en cuenta su interés superior.

Respecto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, entre otros aspectos, el orden jurídico impone al Estado la obligación de garantizarles que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y su madurez[20].

Asimismo, las niñas, niños y adolescentes no podrán ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; tampoco de divulgaciones o difusiones ilícitas de información o datos personales, incluyendo aquélla que tenga carácter informativo a la opinión pública o de noticia que permita identificarlos y que también atentan contra su honra, imagen o reputación.

Se considera una vulneración a la intimidad de estos, cualquier manejo directo de su imagen, nombre, datos personales o referencias que permitan su identificación en los medios de comunicación, menoscabe su honra o reputación, sea contrario a sus derechos o los ponga en riesgo, conforme al principio de interés superior de la niñez[21].

En esa línea, este órgano jurisdiccional ha señalado que el derecho a la imagen de las niñas, niños y adolescentes está vinculado con el derecho a la intimidad y al derecho al honor, entre otros derechos de su personalidad, los cuales pueden resultar eventualmente lesionados a partir de la difusión de su imagen en los medios de comunicación social, como ocurre con los spots televisivos de los partidos políticos[22].

Por tanto, cuando se trata de las niñas, niños y adolescentes y se utilice su imagen en la publicidad, ésta debe sujetarse a ciertos requisitos en beneficio a su derecho a la dignidad o intimidad, el cual se debe respetar en razón del señalado interés superior[23].

De modo que, si en los medios de comunicación se recurre a imágenes de niñas, niños y adolescentes como recurso propagandístico y parte de la inclusión democrática, se deben resguardar ciertas garantías, como lo es que exista el consentimiento por escrito o cualquier otro medio, de quienes ejerzan la patria potestad o tutela, así como la opinión de la niña, niño o adolescente, esto último, atendiendo al grado o nivel de madurez en atención a la edad[24].

20 Esto, entendiendo que la libertad de expresión de las niñas, niños y adolescentes conlleva el derecho a que se tome en cuenta su opinión, y por ello, las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán establecer las acciones que permitan la recopilación de esas opiniones.

21 Artículo 16, de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículos 76, 77 y 78 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

22 Cabe recordar que los derechos humanos otorgan acción para lograr que el Estado los respete, por considerarse esenciales e inherentes a las personas, razón por la cual, los atributos de la personalidad, como son los concernientes al honor, la intimidad y a la propia imagen, constituyen derechos subjetivos del ser humano, en tanto son inseparables de su titular, quien nace con ellos, y el Estado debe reconocerlos.

23 El Derecho comparado ofrece avances en la protección de los derechos del menor, muestra de ello lo son los pronunciamientos del entonces Tribunal Constitucional Federal alemán, órgano jurisdiccional que en su momento consideró que el respeto a la dignidad del menor se debe procurar especialmente, y que **el deber de control del Estado sobre el cuidado** y la educación **de las niñas y los niños, deriva fundamentalmente de que es el propio menor como titular de derechos fundamentales quien puede esperar y reivindicar la protección del Estado, debido a que el menor es un ser con un derecho inherente a la dignidad y con el derecho propio al libre desarrollo de su personalidad** tal y como lo mandata en sus primeros artículos la Ley Fundamental de Bonn.
Por ello, el citado Tribunal expuso que los derechos fundamentales del respeto a la dignidad de la persona, esto es, del menor de edad y su derecho al libre desarrollo de la personalidad, derivan de la propia Constitución y entrañan la protección de la infancia.
Así, el Tribunal Constitucional en cita, determinó que el menor requiere protección y asistencia para formarse como persona responsable e independiente; de modo que la función jurisdiccional ha de procurar que el derecho de las niñas, niños y jóvenes a la protección del Estado rija como principio constitucional general.

24 A tal fin, se debe tener en cuenta que **el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende el derecho a la intimidad y a la propia imagen, en conexión con el respeto a la dignidad del hombre; asimismo, que el desarrollo de la personalidad de los menores es más vulnerable que el de**

Conforme a lo anterior, la Sala Superior al resolver el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador, identificado con la clave de expediente SUP-REP-120/2017, estableció lo siguiente:

> […] **a juicio de esta autoridad jurisdiccional, con base en el deber de prevenir diligentemente la violación a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y en congruencia con el deber de garantizar una tutela reforzada de sus derechos, en lo sucesivo no se debe recurrir al uso de este tipo de formas establecidas y estandarizadas que propicien exclusivamente respuestas cerradas, sino procurar que sean escritos que permitan una respuesta abierta y una expresión más libre y espontánea de los niños, niñas y adolescentes atendiendo a su edad y madurez intelectual, con el objeto de recabar su opinión informada acerca de su participación en el promocional, y de evitar que la opinión de la persona menor de edad sea inducida,** o bien, que haya el riesgo de que la información puesta a consideración de las personas menores de edad acerca de las circunstancias del promocional en el cual participará sea insuficiente o en un formato no idóneo, y sólo se pida o se deje como única opción el que reproduzca algún tipo de respuesta.
>
> Lo anterior permite que **la manifestación de la voluntad de las personas menores de edad sea a través de una opinión franca y autónoma,** usando un lenguaje idóneo a la capacidad comprensiva de las niñas y niños involucrados. La opinión debe reflejar la espontaneidad de la manifestación, aspecto que debe ser cuidado tanto por la autoridad administrativa electoral, los actores políticos, así como los padres o tutores de los menores involucrados. Máxime, cuando se trata de promocionales en los cuales la persona menor de edad se verá expuesto o se le retratará en una situación de violencia, maltrato o cualquier otra que implique una situación de vulnerabilidad.
>
> En conclusión, en todos los casos, pero especialmente en este tipo de promocionales, la documentación deberá tener como base **elementos objetivos**, haciendo **constar la forma y el medio en que se hizo saber a las personas menores de edad el contexto de participación, cuál fue su reacción, qué opinó al respecto y toda aquella información que permita que las autoridades tengan la certeza que se cumplieron con los parámetros que salvaguardan el interés superior del niño o la niña.**

Con base en lo anterior, esta Sala Superior estima necesario enfatizar que las autoridades administrativas y jurisdiccionales tienen un especial deber de cuidado en materia de protección de los derechos de la infancia de forma tal que se exige una mayor diligencia al momento de valorar que la información proporcionada por los partidos a los padres o tutores, así como a las personas menores de edad, sea la adecuada, debiendo quedar constancia de ello, así como brindar información oportuna, necesaria y suficiente respecto a la forma en que va a ser producida dicha propaganda, en observancia al lineamiento mencionado.

De esa manera se acredita que el conocimiento informado abarca la producción de los promocionales y permite expresar de manera aún más clara y precisa la voluntad de las personas menores de edad de participar en un promocional con características precisadas.

---

una persona adulta, motivo por el cual, el ámbito en el que las niñas y niños puedan sentirse y desarrollarse libres de la presión de la información y control públicos debe estar mejor protegido que el de los mayores.

Es por ello que el Comité de Radio y Televisión del INE deberá implementar, en el ámbito de su competencia, una metodología, consultando a especialistas en la protección de los derechos de la infancia, que permita a los partidos políticos cumplir con las obligaciones antes referidas, de forma que:

i) Conste que las niñas y niños que participarán en la producción de los promocionales fueron debidamente informados respecto al contexto y alcance que tendrán éstos, explicándose claramente cómo será utilizada su imagen y en qué consistirá su participación;

ii) Se evite utilizar formatos únicos y preestablecidos a efecto de conocer la opinión de las personas menores de edad que contengan preguntas cerradas que los obliguen a responder de una forma particular o propicien respuestas no espontáneas, que no se adecuen a la edad y madurez del niño o la niña en cuestión, que no atiendan a un enfoque de género y a posibles discapacidades, o, incluso, a su contexto social o cosmovisión;

iii) Se generen mecanismos idóneos que maximicen una opinión propia, individual, libre y espontánea por parte de los niños y niñas que participen en los promocionales, propicien respuestas libres que partan del nivel de comprensión o desarrollo que tengan en cada caso, sin que necesariamente sus opiniones deban ceñirse a un formato único y preestablecido (aunque la autoridad, debidamente asesorada, los genere de forma ejemplificativa), y;

iv) Los mecanismos que se adopten permitan a las autoridades administrativas y jurisdiccionales poder comprobar que, efectivamente, los partidos políticos cumplieron en cada caso sus obligaciones respecto a los niños y niñas que participen en los promocionales.

[…]

Conforme a lo anterior, se debe decir que el numeral 8 de los Lineamientos para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales, no debe ser interpretado de forma literal, ya que ello conllevaría a limitar de forma indebida la posibilidad de ellos a participar en propaganda política y/o electoral.

Lo anterior, debido a que considerar que la videograbación es el único medio por el cual se pueda tener certeza de que se informó efectivamente a estos de que su participación en promocionales políticos y/o electorales, de cómo sería, para generar una opinión propia, individual, libre y espontánea de su parte, sería restar valor a otros elementos de prueba por los cuales se pudiera demostrar que tuvieron pleno conocimiento del modo y de los alcances de su participación.

Así, en cada caso, se puede variar la forma en que los sujetos obligados pueden documentar que realmente les informaron, ya que no resulta adecuado e idóneo concluir que únicamente una videograbación puede generar certeza a las autoridades administrativas y jurisdiccionales respecto a que se les informó de manera adecuada sobre los alcances y forma de participación en propaganda política o electoral.

Ello debido a que la propia Sala Superior, en el precedente que se ha indicado estableció, que se debería contar con elementos objetivos, de los cuales se pudiera desprender que se les hizo saber el contexto de su participación.

Asimismo, se estableció que se dejara constancia de su reacción, su opinión y demás información que permitiera tener certeza relativa a que se cumplieron los parámetros necesarios para informar adecuadamente a la niña, niño o adolescente.

En ese orden de ideas, atendiendo a la particularidad de cada caso, así como a la edad, madurez intelectual y circunstancia particular de la niña, niño o adolescente, los sujetos obligados deben ponderar la forma de hacer evidente la forma, las condiciones, el contenido de la explicación y su reacción, así como su opinión.

Por tanto, si existen otros elementos de prueba por los cuales se pueda tener certeza de que se cumplió con el deber de informarle y éste tuvo la capacidad de discernir y comprender el alcance del mismo, no se debe considerar la videograbación como el único elemento por el cual se pueda tener certeza, ni que sea obligatorio en todos los casos el mismo, sino que se debe atender, como se ha dejado patente, a las circunstancias particulares de cada caso y atento a las cualidades de cada las niña, niño o adolescente.

Así, en el caso, conforme a lo que se ha resuelto en los conceptos de agravio precedentes, resulta evidente, que existen elementos suficientes, atendiendo a las particularidades del caso, especialmente a la edad del adolescente y a su capacidad intelectual vinculada a su madurez, por la edad que tiene, para concluir que la exigencia de la videograbación resulta desproporcionada, ya que obran otros elementos de autos, como la declaración de aceptación de participar, en la cual obra su firma de puño y letra, por la que se puede tener certeza de que fue debidamente informado del alcance de su participación.

En consecuencia, la sanción impuesta estuvo indebidamente fundada y motivada.

Esto, ya que el incumplimiento al numeral 8 de los Lineamientos para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en materia de propaganda y mensajes electorales, no puede considerarse en su aplicación literal, sino debe obedecer a una interpretación conforme, acorde a las circunstancias particulares de cada caso, lo que no ocurrió en el presente asunto, por parte de la Sala responsable.

En vista de lo anterior, al haber resultado fundados los agravios, lo que procede es revocar la resolución impugnada, en virtud de que no existe la infracción que se le atribuyó a Enrique Cárdenas Sánchez.

Por lo expuesto y **fundado**, se

R E S U E L V E:

ÚNICO. Se **revoca** la resolución recurrida.

NOTIFÍQUESE como corresponda.

En su oportunidad, archívese el presente expediente como asunto concluido y, en su caso, hágase la devolución de la documentación exhibida.

Así lo resolvieron por **unanimidad** de votos, la Magistrada y los Magistrados que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con la ausencia de la Magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso, ante la Secretaria General de Acuerdos, quien autoriza y da fe. F) MAGISTRADO PRESIDENTE, ELIPE ALFREDO FUENTES BARRERA; MAGISTRADO, FELIPE DE LA MATA PIZAÑA; MAGISTRADO, INDALFER INFANTE GONZALES; MAGISTRADA, JANINE M. OTÁLORA; MAGISTRADO, REYES RODRÍGUEZ

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	México
ÓRGANO ELECTORAL:	Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
TEMA:	Acuerdo plenario que otorga medidas de protección a la comunidad.
NÚMERO DE CAUSA:	SUP-REC-74/2020
FECHA DE EMISIÓN:	06 de mayo de 2020
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Recurso de reconsideración
ACTO QUE SE RECURRE:	Acuerdo plenario de medidas de protección
ACCIONANTE (S):	Comunidad San Pedro Mártir, Oclatlán, Oaxaca.
ACCIONADO (S):	Sala Regional del Tribunal Electoral
DECISIÓN:	Se confirma el acuerdo controvertido.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	La pretensión radica en que se revoque y deje sin efecto el acuerdo plenario mediante el que se consideraron procedentes las medidas de protección. Se cuestiona que el escrito no debió ser atendido por cuanto fue enviado por correo electrónico; además, carecía de la firma de los solicitantes.
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	La Sala Regional del Tribunal Electoral estimó, como una restricción extrema al ejercicio del derecho de acceso a la justicia, la presentación del escrito de forma física; además al ser notoria la dificultad y riesgo que implica el traslado para su presentación, cuando el domicilio de la parte actora guarda una distancia de 432 Km. En atención a lo señalado, concedió las medidas de protección. Asimismo, resolvió que la situación narrada por los actores podía constituir la comisión de diversos ilícitos relacionados con el derecho de acceso a la justicia, por lo que, conforme a Derecho, se adoptaron medidas para garantizar la esfera jurídica y personal de los solicitantes.

ARGUMENTOS	
RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Validez de la decisión para otorgar medidas de protección.
RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	El escrito de solicitud de las medidas de protección debe considerarse bien presentado, en virtud de la contingencia sanitaria producto del COVID – 19 y del ámbito geográfico en el que residen los solicitantes, lo que ocasionó que por diversos obstáculos no se presentara de forma física y directa. Exigir a los solicitantes que salieran de su comunidad en plena pandemia implica exponerlos a una situación desfavorable y al riesgo de contagio. Asimismo, por su calidad de indígenas, debe aplicarse cierta flexibilidad en las promociones que realizan ante las autoridades jurisdiccionales; es lógico tener que ponderar ciertos factores que permitan cumplir con el mandato constitucional y convencional de acceso a la justicia.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Tutela preventiva.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	La tutela preventiva no solo consiste en abstenerse de realizar una conducta o comportamiento que cause daño sino en adoptar las medidas de precaución necesarias para que ese perjuicio no se genere. No tiene el carácter sancionatorio, pues busca evitar una actividad que puede resultar ilícita, por realizarse en contravención a una obligación o prohibición legalmente establecida.

OBITER DICTA 2- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Naturaleza de las medidas cautelares.
OBITER DICTA: (Argumentoscomplementarios)	En atención a la naturaleza de las medidas cautelares se requiere una acción ejecutiva inmediata y eficaz, fundada y motivada que se adopte mediante la ponderación de elementos que obren en el expediente, con el fin de determinar la probabilidad si se ocasionaren daños o lesiones irreparables.

SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

Recurso de reconsideración

EXPEDIENTE: SUP-REC-74/2020
RECURRENTES: ADALBERTO LÓPEZ LÓPEZ Y OTROS
AUTORIDAD RESPONSABLE: SALA REGIONAL DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, CORRESPONDIENTE A LA TERCERA CIRCUNSCRIPCIÓN PLURINOMINAL, CON SEDE EN XALAPA, VERACRUZ
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ LUIS VARGAS VALDEZ
SECRETARIADO: VIOLETA ALEMÁN ONTIVEROS, RAÚL ZEUZ ÁVILA SÁNCHEZ Y JUAN CARLOS LÓPEZ PENAGOS

Ciudad de México, a seis de mayo de dos mil veinte.

S E N T E N C I A

Que emite la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el sentido de **confirmar** el acuerdo plenario emitido por la Sala Regional Xalapa en el expediente SX-JDC-110/2020.

R E S U L T A N D O

1 **I. Antecedentes.** De los hechos narrados por los recurrentes y de las constancias del expediente se advierte lo siguiente:

2 **A. Asamblea electiva.** El trece de octubre de dos mil diecinueve, se llevó a cabo la asamblea electiva de integrantes del ayuntamiento de San Pedro Mártir, Ocotlán, Etla, Oaxaca, para el periodo 2020-2022, en la que, entre otros, resultó electo Adalberto López López como presidente municipal.

3 **B. Diversa asamblea electiva.** El veinte siguiente, se llevó a cabo una nueva asamblea para elegir a los integrantes del ayuntamiento para el periodo antes señalado. Al efecto, Roberto Padilla López postulado para el cargo de presidente municipal obtuvo el triunfo.

4 **C. Calificación de la elección.** El veintisiete de diciembre siguiente, el Consejo General del Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca emitió Acuerdo mediante el cual calificó como válida la asamblea electiva celebrada el trece de octubre de dos mil diecinueve.

5 **D. Impugnación primigenia.** El treinta y uno de diciembre, diversas ciudadanas y ciudadanos del municipio presentaron demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano en contra de la calificación de la elección antes señalada. El medio de impugnación se radicó ante la Sala Xalapa.

6 **E. Reencauzamiento.** El diez de enero de dos mil veinte, la mencionada Sala determinó reencauzar la demanda para que el Tribunal Electoral de Oaxaca conociera la controversia planteada.

7 **F. Resolución local.** El siete de marzo siguiente, el Tribunal local emitió sentencia en el sentido de confirmar el Acuerdo controvertido, es decir, convalido el resultado de la primera de las asambleas mencionadas.

8 **G. Juicio ciudadano.** El dieciocho de marzo, diversas ciudadanas y ciudadanos promovieron juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano en contra de la sentencia antes mencionada. El medio de impugnación se radicó ante la Sala Regional Xalapa en el expediente SX-JDC-110/2020.

9 **H. Solicitud de medidas de protección.** El veintiocho de marzo, Roberto Padilla López y otro ciudadano solicitaron a la Sala Regional Xalapa la emisión de medidas de protección derivado de supuestas amenazas que expresaron en su contra los integrantes del ayuntamiento de San Pedro Mártir, Ocotlán, Etla, Oaxaca, las cuales consideraron que pusieron en peligro su integridad y derechos humanos.

10 **I. Acuerdo de Sala.** El treinta de marzo, la Sala Xalapa emitió acuerdo por el que concedió las citadas medidas, y determinó procedente dar vista a la Secretaría General; Fiscalía General; Defensoría de los Derechos Humanos; Secretaría de Seguridad Pública, todos del Estado de Oaxaca, a fin de que, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, llevarán a cabo acciones con la finalidad de inhibir las conductas que señalaron los solicitantes (supuestas amenazas).

11 **II. Recurso de reconsideración.** En contra de lo anterior, el diecisiete de abril, Adalberto López López y otras personas[1], en su calidad de terceros interesados en el juicio ciudadano radicado ante la Sala Xalapa en que se dictaron las medidas de protección, interpusieron recurso de reconsideración.

12 **III. Recepción y turno.** El veinte de abril de esta anualidad, en la Oficialía de Partes de esta Sala Superior, se recibió el oficio por el que la mencionada Sala remitió el escrito de demanda y demás constancias atinentes al medio de impugnación.

13 El mismo día, el Magistrado Presidente de esta Sala Superior acordó integrar el expediente, registrarlo con la clave **SUP-REC-74/2020,** y turnarlo a la ponencia del Magistrado José Luis Vargas Valdez, para los efectos previstos en el artículo 19 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral[2].

14 **IV. Radicación, admisión y cierre de instrucción.** En su oportunidad, el Magistrado instructor radicó el expediente, admitió el medio de impugnación, y al advertir que las constancias resultaban suficientes para el dictado de la sentencia, declaró cerrada la instrucción y ordenó formular el proyecto correspondiente.

C O N S I D E R A N D O

PRIMERO. Competencia

15 La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es competente para conocer y resolver el medio de impugnación señalado en el rubro, de conformidad con lo previsto en los artículos 41, párrafo 3, base VI, y 99, párrafo 4, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 186, fracción X, y 189, fracción XIX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; así como 64 de la Ley de Medios, porque se trata de un recurso de reconsideración interpuesto para controvertir una resolución dictada por una Sala Regional de este Tribunal Electoral.

1 Jesús Margarita Martínez García, Angélica Araceli García, María Elpidia López Matías, Jacobo López López, Raymunda López Vásquez, Lobidildo Samuel Aguilar Morales, Eufemia Artínez García, Javier García Aguilar, Estela Luminosa Pablo Martínez, Humberto Jacob Vásquez López y Adían López Jiménez.

2 En adelante, Ley de Medios.

SEGUNDO. Procedencia del recurso de reconsideración

16 Es procedente el recurso de reconsideración porque reúne los requisitos formales, generales y especiales de procedencia que están previstos en los artículos 9, 61, párrafo 1, inciso b), 63, 65 y 66 de la Ley de Medios.

17 **A. Forma.** La demanda cumple con los requisitos de forma porque: *i)* se presentó por escrito; *ii)* consta el nombre de los recurrentes, su firma autógrafa y la dirección de correo electrónico particular, señalada para recibir notificaciones[3]; *iii)* se identifica la resolución impugnada y a la autoridad responsable de la misma, y *iv)* se mencionan los hechos en los que se basa la impugnación y los agravios que les causa el acto impugnado.

18 **B. Oportunidad.** El medio de impugnación se interpuso oportunamente, acorde con lo siguiente:

19 En términos del artículo 63, párrafo 1, inciso a) de la Ley de Medios, el recurso de reconsideración debe interponerse dentro del plazo de tres días, contados a partir de la notificación de la resolución de la Sala Regional correspondiente.

20 Sin embargo, tratándose de comunidades indígenas, de la interpretación sistemática de los artículos 2º, apartado A, fracción VII; 4, párrafo primero y 17, párrafos segundo y tercero de la Constitución federal, esta Sala Superior ha establecido que existe el deber de garantizar a los integrantes de los pueblos originarios *"el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado"*, por lo que se debe dispensar una justicia en la que se puedan defender sin que se interpongan impedimentos procesales por los que indebidamente se prescinda de sus particulares circunstancias, para que, en forma completa y real, el órgano jurisdiccional decida materialmente o en el fondo el problema planteado.

21 Así, los órganos impartidores de justicia deben establecer protecciones jurídicas especiales en favor de dichas comunidades y de los sujetos que las conforman, considerando sus particulares condiciones de desigualdad y facilitándoles el acceso efectivo a la tutela judicial, a fin de no colocarlos en un estado de indefensión, al exigirles la satisfacción o cumplimiento de cargas procesales que sean irracionales o desproporcionadas, de acuerdo con su circunstancia de desventaja social y económica ampliamente reconocida en la Constitución y en los ordenamientos legales. Por tanto, las normas que imponen cargas procesales deben interpretarse de la forma que resulte más favorable a las comunidades indígenas.

22 En ese sentido, esta Sala Superior ha definido que no deberán computarse los días inhábiles, ni los sábados y domingos cuando las comunidades o personas indígenas promuevan medios de impugnación en materia electoral relacionados con la defensa de sus derechos individuales o colectivos.

23 Esta es una medida positiva que maximiza el derecho especial de acceso a la justicia de esas comunidades, sin perjuicio del deber de los tribunales electorales de flexibilizar el plazo para impugnar, incluso después de que concluyó el término al haber descontado días inhábiles, con base en la valoración de las particularidades de cada caso como obstáculos técnicos, circunstancias geográficas, sociales y culturales específicas que se aleguen

3 Requisito que se satisface de manera excepcional, en términos de lo dispuesto en el punto de acuerdo XIV, del Acuerdo General 4/2020 de esta Sala Superior, aprobado el diecisiete de abril de esta anualidad, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintidós del señalado mes y año.

o que se adviertan del expediente y, con ellas ponderar, por un lado, las circunstancias de quienes impugnan y, por otro, si el exceso del plazo en el que se presentó el juicio o recurso justifica negarles el acceso a la justicia[4] .

24 Ahora, en el caso que nos ocupa, se observa que las y los recurrentes se adscriben como personas indígenas, integrantes de la comunidad de San Pedro Mártir, Ocotlán, Oaxaca.

25 En su escrito de demanda, exponen que tuvieron conocimiento del acto impugnado a través de la notificación por estrados efectuada por la Sala Xalapa, de treinta y uno de marzo .de la presente anualidad; siendo que su demanda se recibió en la oficialía de partes de dicha autoridad regional el diecisiete de abril siguiente.

26 Así las cosas, en observancia a los mandatos constitucionales, esta Sala Superior se encuentra obligada a valorar y ponderar las circunstancias y peculiaridades del caso con el fin de determinar si es razonable y justificado la flexibilización de las formalidades procesales.

27 A juicio de esta Sala Superior, como se adelantó, debe tenerse por satisfecho el requisito, ya que se advierten condiciones particulares en el presente asunto que obligan a esta autoridad a facilitar el acceso a la justicia.

28 En efecto, entre dichos factores se considera la calidad de personas indígenas con la que se ostentan los y las recurrentes, y las circunstancias de desventajas en las que históricamente se encuentran estos colectivos.

29 Asimismo, es un hecho notorio que, dentro del tiempo que trascurrió entre el conocimiento del acto y la presentación de la demanda ante la Sala responsable, se comprendieron las celebraciones religiosas correspondientes a la Semana Santa, del domingo chico al domingo doce de abril.

30 Aunado a lo anterior, se advierte que la demanda fue presentada a través del servicio de correspondencia de Correos de México, el trece de abril, según se desprende de la consulta del número de guía correspondiente[5].

31 Finalmente, no debe perderse de vista que el treinta de marzo pasado, el Consejo de Salubridad General emitió el acuerdo por el cual se declara como emergencia sanitaria, por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad causada por el virus SARS CoV2 (COVID-19)[6], en consecuencia, el día treinta y uno siguiente, la Secretaría de Salud[7] implementó diversas medidas para mitigar la dispersión y transmisión del virus, entre ellas, la suspensión inmediata de actividades no esenciales, así como el resguardo domiciliario de la población que no participa en dichas tareas primordiales, o que se encuentran en grupos de riesgo.

32 Del análisis de las circunstancias descritas, es posible concluir que las y los recurrentes pertenecen a un entorno que históricamente ha sido

4 Dichos criterios se contiene en las jurisprudencias 28/2011, rubro: "COMUNIDADES INDÍGENAS. LAS NORMAS PROCESALES DEBEN INTERPRETARSE DE LA FORMA QUE LES RESUTE MÁS FAVORABLE"; 7/2013, de rubro; "PUEBLOS INDÍGENAS. SE DEBEN GARANTIZAR A LOS CIUDADANOS QUE LOS CONFORMAN UN EFECTIVO ACCESO A LA JURSIDIDCCION ELECTORAL"; Y 8/2019, de rubro: "COMUNIDADES Y PERSONAS INDÍGENAS. EL PLAZO QUE TIENE PARA PROMOVER MEDIOS DE IMPUGANCION RELACIONADOS CON SUS PROCESOS ELECTIVOS DEBE COMPUTARSE SIN TOMAR EN CUENTA LOS DÍAS SÁBADOS, DOMINGOS E INHÁBILES".

5 Consúltese el número de guía EE960070900MX, en el sitio oficial del servicio postal mexicano: https://www.correosdemexico.gob.mx/SSLServicios/SeguimientoEnvio/Seguimiento.aspx

6 Publicado en el Diario Oficial de la Federación, consultable en la dirección: https://www.dof.gob.mx/detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020

7 Véase el "ACUERDO" por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por la siguiente liga: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31-03-2020

sujeto a condiciones de desventaja en diversos aspectos, como en cuestiones económicas o de movi1idad.

33 Además, que su contexto cultural y religioso les condiciona en alto grado el desarrollo de sus actividades[8], mismas que actualmente también se encuentran afectadas y limitadas derivado de las medidas de prevención impuestas por las autoridades sanitarias.

34 Asimismo, es dable sostener que, no obstante, las circunstancias que en este momento histórico se afrontan, las y los actores recurrieron a los medios que tenían disponibles para accionar oportunamente el medio de impugnación.

35 Bajo esas condiciones, es justificado que esta Sala Superior facilite el acceso a la jurisdicción electoral, al advertirse elementos objetivos que demuestran las dificultades u obstáculos que enfrentaron las y los actores, así como su empeño en ejercer su derecho de acción cumpliendo todos los requisitos procesales y formalidades exigibles.

36 En síntesis, considerando la pertenencia de las y los actores a una comunidad indígena de Oaxaca; su contexto social y cultural; que el cómputo del plazo debe excluir sábados, domingos y días inhábiles; la situación de contingencia sanitaria que atraviesa el país; así como las muestras de su diligencia y esfuerzo al acudir al servicio postal a su alcance para hacer llegar su escrito de demanda hasta la sede de la Sala Regional Xalapa, en Veracruz, esta autoridad tiene por satisfecho el requisito de procedencia en análisis, es decir, el recurso se considera oportuno.

37 **C. Legitimación.** Se estima que el medio de impugnación se promovió por parte legítima en términos del artículo 79, párrafo segundo, de la Ley de Medios.

38 Lo anterior, porque los actores son ciudadanos indígenas del Municipio San Pedro Martír, Ocotlan, Oaxaca, además, comparecieron como terceros interesados tanto en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano promovido ante la Sala Xalapa, así como en el Juicio electoral de los sistemas normativos internos, incoado ante el Tribunal local.

39 **D. Interés jurídico.** Los recurrentes cuentan con interés jurídico para promover el recurso de reconsideración, porque controvierten el acuerdo plenario emitido por la Sala Xalapa, por medio del que determinó, como medida de protección, dar vista a la Secretaría General del Estado de Oaxaca; a la Fiscalía General del Estado de Oaxaca, a la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca y a la Secretaría de Seguridad Pública de la referida entidad federativa, para el efecto de que, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, llevaran a cabo las acciones necesarias para inhibir las conductas, relacionadas con la posible afectación a la integridad física o libertad, y en la cual se señalaron como presuntos responsables a los ahora actores.

40 Además, los promoventes consideran que la actuación desarrollada por la Sala Xalapa fue contraria a Derecho, por lo que se requiere la intervención de este órgano jurisdiccional, a efecto de que se defina la situación jurídica que debe regir al caso concreto.

41 **E. Definitividad.** Se satisface el requisito de mérito, ya que no existe otro medio de impugnación que deba ser agotado previamente, para combatir la sentencia de la Sala responsable.

8 Sobre este aspecto, la Sala Superior ya se ha pronunciado (SUP-CDC-1/2019) en el sentido de considerar que, de acuerdo con una máxima experiencia, resulta evidente que las actividades sociales, culturales y religiosas de las comunidades indígenas tiene lugar los días sábados domingos e inhábiles. Eso hace complicado que los actores indígenas en esos días lleven a cabo actividades relacionadas con su defensa jurídica, lo que se incrementa en aquellas comunidades con altos grados de marginación.

42 **F. Requisito especial de procedencia**. En el particular, se cumple el requisito especial de procedencia, en atención a las siguientes consideraciones.

43 En primer término, es de señalarse que la determinación de la Sala Regional Xalapa que ahora se cuestiona, formalmente no constituye una sentencia de fondo, toda vez que se trata de un acuerdo de Sala emitido con motivo de una solicitud de medidas de protección, en la que, la responsable determinó otorgarlas a partir de un análisis de los planteamientos expuestos por los promoventes.

44 En ese sentido, esta Sala Superior considera que se está en presencia de una determinación emitida dentro de un expediente de un medio de impugnación en materia electoral, la cual debe considerarse como una resolución de fondo para efectos del recurso de reconsideración, toda vez que en ella se analizó en sus méritos la controversia del aspecto incidental planteado, lo que, incluso, derivó en una actuación por la que se vinculó a diversas autoridades a actuar dentro del ámbito de sus atribuciones.

45 Al efecto, sirve de sustento para lo anterior, las consideraciones esenciales contenidas en la jurisprudencia de esta Sala Superior 22/2001, cuyo rubro es: "RECONSIDERACIÓN. CONCEPTO DE SENTENCIA DE FONDO, PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO"[9].

46 Además, debe destacarse que, sobre el particular, resultan aplicables las consideraciones sustentadas por este órgano jurisdiccional en 1as jurisprudencias identificadas con las claves 39/2016 y 27/2014, de rubros: RECURSO DE RECONSIDERACIÓN ES PROCEDENTE PARA CONTROVERTIR SENTENCIAS INCIDENTALES DE LAS SALAS REGIONALES QUE DECIDAN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DE NORMAS"[10], y "RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PROCEDE PARA IMPUGNAR LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA QUE RESUELVE SOBRE LA PRETENSIÓN DE NUEVO ESCRUTINIO Y CÓMPUTO EN EL JUICIO DE INCONFORMIDAD"[11], respectivamente, toda vez que en el caso que se estudia, se está en presencia de una determinación de naturaleza incidental mediante la que se atendió una solicitud vinculada con la supuesta afectación a derechos fundamentales.

47 Por otra parte, es menester recordar que el diseño constitucional y legal del sistema de medios de impugnación en materia electoral supone que la Sala Superior conozca de asuntos que revistan una notoria importancia y trascendencia, aun en aquellos casos en que, en principio, deban ser analizados por otras Salas del propio Tribunal Electoral.

48 Lo anterior, porque de conformidad con lo dispuesto en normativa constitucional y legal,[12] la Sala Superior, de oficio, a petición de parte o de alguna de las Salas Regionales, puede atraer los asuntos que son del conocimiento de aquellas cuando se acrediten, conjuntamente, los requisitos de importancia y trascendencia.

49. En cuanto a este punto, es preciso señalar que la Sala Superior[13] ha

9 Consultable en *Justicia Electoral*. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, suplemento 5, año 2002, páginas 25 y 26.

10 Consultable en la *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 9, 2016-páginas 38 a 40.

11 Consultable en la *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 7, número 15, 2014, páginas 60 a 62.

12 Artículos 99, párrafo noveno, de la Constitución y 189, fracción XVI, y 189 bis, de la Ley Orgánica.

13 SUP-REC-214/2018, SUP-REC-531/2018, SUP-REC-1021/2018 y acumulados, SUPREC- 851/2018, SUP-REC-1730-2018 y otros.

efectuado un redimensionamiento del ámbito de procedencia del recurso de reconsideración, en aquellos asuntos que se someten a su consideración e implican un alto nivel de importancia y pueden generar un criterio de interpretación útil y trascendente para nuestro orden jurídico nacional.

50 Así, de manera excepcional se ha aceptado que la procedencia del recurso de reconsideración debe ampliarse, más allá de los supuestos relacionados con el tema de estricto control constitucional, en supuestos que se consideren de importancia y trascendencia fundamental para el sistema jurídico y su funcionamiento.

51 Desde esta perspectiva se justifica la procedencia del recurso de reconsideración respecto a medios de impugnación resueltos en definitiva por las salas regionales cuando se trate, no sólo de temas de inaplicación explícita o implícita de normas legales o partidarias en razón de su inconstitucionalidad, o por violaciones graves a principios constitucionales, entre ellos, por errores judiciales que afecten el derecho de acceso a la justicia, **sino también por cuestiones de relevancia o trascendencia que ameriten una revisión por la máxima autoridad en la materia**.

52 En este sentido, el término **importancia** se refiere a la entidad de un criterio que implica y refleja el interés general del asunto desde un punto de vista jurídico y extrajurídico, y la **trascendencia** es un aspecto que se relaciona con el carácter excepcional o novedoso del criterio jurídico que, además, de resolver el caso concreto, se **proyectará a otros de similares características**.

53 De ese modo, el recurso de reconsideración, como un medio de impugnación extraordinario alcanza una función fundamental, que es participar de la coherencia constitucional del sistema electoral.

54 La implementación de la aludida política judicial[14] se hace particularmente viable respecto de casos estructurales que afectan, sobre todo, en este caso a grupos históricamente discriminados, como son los indígenas.

55 Sin embargo, la importancia y trascendencia de los temas, también impone que el Poder Judicial de la Federación pueda asumir el conocimiento de asuntos que reúnan tales características.

56 En ese sentido, este tribunal constitucional puede asumir el conocimiento y la resolución de aquellos asuntos inéditos o que comprendan un alto nivel de importancia y trascendencia constitucional y que, por tal razón, tengan una incidencia sustancial en la interpretación y aplicación del orden jurídico nacional.

57 Lo anterior, de forma homogénea con el ejercicio que despliegan Tribunales Constitucionales en otras latitudes, a través de figuras procesales como el **certiorari**[15] en los Estados Unidos de América.

58 Por tanto, el reconocimiento de dicha potestad a este Tribunal representa un supuesto adicional de procedencia mediante la selección de los casos que implican una importancia y trascendencia que, por sus alcances, debe ser decidida en esta instancia, semejante a la facultad de atracción que está legalmente prevista.

---

14 Kastellec, j. y Lax, Jeffrey, "Case Selection and the Study of Judicial Politics", Journal of Empirical Legal Studies, vol 5, núm 3, septiembre de 2008, pp.407-446.

15 La figura del ***certiorari*** implica un cierto grado de discrecionalidad respecto a la selección de casos por un órgano judicial terminal. Esto es**, se trata de reconocer una facultad que permite enfatizar el carácter del órgano de última instancia que revisa los alcances constitucionales de una determinada norma o interpretación**.

59 En el caso, los recurrentes argumentan que la responsable inobservó el principio de certeza, ya que debió determinar que el escrito presentado por los solicitantes era improcedente derivado de que el mismo fue presentado electrónicamente vía mail, por ende, carecía de firma autógrafa.

60 Al respecto, los actores aducen que el veintiocho de marzo del año en curso, la Sala Xalapa recibió en su cuenta institucional un correo electrónico, mediante el cual Roberto Padilla López y Juan López García, enviaron un escrito en formato electrónico en el que, solicitaron se dictaran medidas de protección a su favor, situación que a su juicio implica que, el citado órgano jurisdiccional debió estimar improcedente tal proceder, pues el hecho de que un ocurso carezca de firma autógrafa, trae como consecuencia, el desechamiento de plano.

61 Lo anterior, en atención a lo que establece el artículo 9 de la Ley de Medios y la jurisprudencia emitida por la esta Sala Superior de rubro: "DEMANDA. LA ENVIADA EN ARCHIVO DIGITAL A LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DESTINADOS PARA LOS AVISOS DE INTERPOSICIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN, NO EXIME AL ACTOR DE PRESENTARLA POR ESCRITO CON SU FIRMA AUTÓGRAFA".

62 En atención a lo expuesto, a juicio de esta Sala Superior, el asunto que se debe tener por satisfecho el presupuesto extraordinario de procedencia del recurso pues se trata de un caso que implica una importancia y trascendencia que, por sus alcances, debe ser decidido en esta instancia.

63 Ello, porque se estima que es importante y de suma trascendencia determinar si un ocurso que remitido por correo electrónico puede considerarse o no válidamente para ser analizado y resuelto, cuando los presuntos promoventes se ostenten como indígenas y se actualizan circunstancias extraordinarias que hayan dificultado u obstaculizado su presentación física ante la autoridad competente, y con ello establecer una excepción a la jurisprudencia de esta Sala Superior de rubro: "**DEMANDA. LA ENVIADA EN ARCHIVO DIGITAL A LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DESTINADOS PARA LOS AVISOS DE INTERPOSICIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN, NO EXIME AL ACTOR DE PRESENTARLA POR ESCRITO CON SU FIRMA AUTÓGRAFA".**

64 Lo anterior, con el objetivo primordial de definir si es prudente implementar medidas que conlleven a adaptar el principio de tutela judicial efectiva, en específico, el acceso a la jurisdicción.

TERCERO. Estudio de fondo

I. Pretensión y causa de pedir

65 La **pretensión** de los recurrentes radica en que se revoque, y se deje sin efectos el acuerdo plenario de la Sala Xalapa, mediante el cual consideró que resultaban procedentes las medidas de protección, consistentes en dar vista a diversas autoridades del estado de Oaxaca.

66 La **causa de pedir** la hacen depender de que la Sala responsable, de manera contraria a Derecho, dio validez al hecho de que la solicitud de adoptar medidas de protección se efectuara por correo electrónico, cuando lo procedente era decretar la improcendencia, derivado de que el ocurso carecía de la firma autógrafa de los solicitantes, en atención a lo dispuesto en el artículo 9, párrafo 1, inciso g), de la Ley de

Medios, además de que los hechos imputados eran falsos.

II. Consideraciones de la Sala Xalapa

67 El dieciocho de marzo de la presente anualidad, Roberto Padilla López, así como otras ciudadanas y ciudadanos promovieron juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, el cual se radicó ante la Sala Regional Xalapa en el expediente SX-JDC-110/2020.

68 El veintiocho siguiente, vía correo electrónico se recibió ante la Sala Regional mencionada, escrito por el que Roberto Padilla López y Juan López García solicitaron la adopción de medidas de protección sobre la base de que los integrantes del ayuntamiento -quienes resultaron electos en la asamblea de trece de octubre de dos mil diecinueve- realizaron actos dirigidos a poner en peligro su integridad y derechos humanos.

69 Sobre el particular, afirmaron, en esencia, que el veintiuno de marzo de dos mil veinte, los concejales del ayuntamiento convocaron a una asamblea general comunitaria, a efecto de tratar asuntos relacionados con la contingencia por la propagación "*del llamado CORONAVIRUS*", no obstante, al iniciarla, se realizaron diversos señalamientos en contra de los actores, y se preguntó a la población para el efecto de que se les impusiera un castigo severo con motivo de la impugnación que presentaron en contra de la validez de la elección.

70 Asimismo, expusieron que una vez concluida la asamblea, el presidente municipal acudió a sus domicilios a señalarles lo siguiente: *''es mejor que dejen las cosas como están, ya somos autoridades y ahora el gobierno está de nuestro lado, si continúan con esto los voy a demandar y el gobierno me dará la razón y me va a dar gusto que los metan a la cárcel, si ya me creyeron una vez, creen que no lo volverán hacer (sic), yo si estoy bien respaldado y más ahora que tengo el recurso para repartir, así que ya saben o se calman o /os meto a la cárcel, ya les advertí".*

71 En atención a ello, el treinta de marzo de esta anualidad, la Sala Xalapa emitió acuerdo de Sala, en el que el primer término, estimó que de manera ordinaria no habría lugar a atender la solicitud, pies esta se había presentado de manera electrónica, por lo que carecía de firma autógrafa que acreditara fehacientemente la voluntad del promovente conforme al contenido de la jurisprudencia 12/209 de rubro.

72 Sin embargo, consideró que en el caso se actualizaban dos situaciones excepcionales que permitían atender la solicitud de protección realizada por los actores: 1) el contexto del reconocimiento por parte del Consejo de Salubridad General de la Secretaria de Salud de la epidemia ocasionada por el virus SARS-CoV2 (*COVID-19*) en México y reducir el desplazamiento y concentración de personas, con motivo de las actuaciones judiciales del conocimiento de los tribunales electorales; y 2) era un hecho público y notorio que el Tribunal responsable había emitido el acuerdo general 5/2020, por medio del cual, determinó suspender todas sus actividades del veinte de marzo hasta el veinte de abril, con motivo de la declaración oficial de la Organización Mundial de la Salud (*OMS*) respecto a que la enfermedad del Coronavirus (*COVID-19*) es una pandemia de carácter global.

73 En ese sentido, la Sala responsable estimó como una restricción extrema al ejercicio del derecho de acceso a la justicia, la presentación del escrito de

petición en forma física ante el Tribunal responsable, además de ser notoria la dificultad y riesgo que implicaba el traslado para su presentación directa ante esta Sala Regional, cuando el domicilio de la parte actora se señaló en la ciudad de San Pedro Mártir, Ocotlán, Oaxaca, lugar de donde se guarda una distancia aproximada de cuatrocientos treinta y dos kilómetros (432 Km)[16].

74 En atención a ello, determinó conceder las medidas de protección, y por ende, acordó dar vista a la Secretaría General del Estado de Oaxaca; a la Fiscalía General del Estado de Oaxaca, a la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca y a la Secretaría de Seguridad Pública de la referida entidad federativa, para el efecto de que, en el ámbito de sus respectiva atribuciones, llevaran a cabo las acciones necesarias para inhibir las conductas que plantearon los solicitantes, relacionadas con la posible afectación a su integridad física o libertad.

75 Para sustentar su conclusión, la responsable señaló que la situación narrada por los actores podía constituir la comisión de diversos ilícitos relacionados con el derecho de acceso a la justicia, por lo que resultaba conforme a Derecho adoptar medidas para garantizar la esfera jurídica y personal de los solicitantes.

76 Lo anterior, al estimar que los hechos narrados estaban relacionados con la posible afectación a la integridad física y/o libertad de los actores que presentaron la solicitud de protección cautelar, lo que consideró suficiente para realizar una tutela provisional de las personas involucradas en el proceso, lo que incluso, era acorde a los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

77 Por todo ello, concluyó que, de manera preventiva y a efecto de evitar la posible consumación de hechos y/o actos irreparables en perjuicio de los actores solicitantes, lo procedente era dar vista, como medida cautelar, a las dependencias y órganos autónomos del Estado de Oaxaca antes señalados.

III. Agravios

78 Los recurrentes plantean motivos de inconformidad relacionados con las temáticas siguientes:

79 **a.** Indebida admisión del escrito por el que se solicitaron las medidas de protección.

80 **b.** Indebido otorgamiento de las medidas de protección.

IV. Estudio de los agravios

81 Este órgano jurisdiccional procederá analizar los agravios relacionados con la primera de las temáticas de referencia, toda vez que se relaciona con aspectos de orden público y de estudio preferente, por tratarse de los elementos o presupuestos necesarios para la válida actuación de la Sala Regional, de desestimarse, se proceda a efectuar el análisis del segundo de los motivos de disenso.

a. Indebida admisión del escrito

82 De la interpretación sistemática de lo previsto en los artículos 17, 41, y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que este Tribunal Electoral está llamado a garantizar la constitucionalidad de las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales de todas las instancias que conformen la cadena impugnativa de cada una de las controversias que conoce, de tal manera que deben ocuparse, máxime, cuando se plantea

16 Información obtenida del sitio electrónico: https://www.google.com/maps

por las partes, de realizar el estudio del cumplimiento de los postulados básicos constitucionales en que se sustenta el sistema de medios de impugnación en la materia, pues se trata de aspectos que no pueden dejarse al margen del fallo, por ser los elementos mínimos indispensables exigidos en las normas de la materia, para justificar la constitucionalidad de la intervención y actuación del órgano jurisdiccional en un asunto especifico.

83 Ello es así, en virtud de que se trata de los órganos jurisdiccionales cuya principal obligación es la de garantizar que todas las determinaciones que se emitan por las autoridades de la materia se sujeten invariablemente a los principios de constitucionalidad y legalidad, conforme al señalado artículo 41, base VI, de la Constitución Federal, de tal manera que la obligación para realizar esa revisión deriva directamente del postulado constitucional de referencia, pues al contar con la atribución para modificar, confirmar o revocar la sentencia recurrida, resulta evidente que el estudio .que realice, debe incluir el análisis de esos aspectos que garantizan la vigencia del estado de derecho, por ser los presupuestos que justifican la intervención de los órganos jurisdiccionales en los asuntos de su competencia.

84 Así, el estudio de esas condiciones y requisitos de procedencia de los medios de impugnación en una instancia ulterior tiene por finalidad restaurar el cauce legal de una controversia cuya ulterior tiene por finalidad restaurar el cauce legal de una controversia cuya resolución se encuentra afectada de invalidez por falta de observancia a las reglas constitucionales que rigen el sistema de medios de impugnación en materia electoral; cuestión que se considera oponible a las consideraciones de fondo expuestas por los órganos jurisdiccionales.

85 Por ello, aún y cuando la satisfacción de los requisitos de procedencia y los presupuestos procesales de una petición dirigida a un órgano jurisdiccional se encuentra estrechamente vinculada con aspectos de legalidad, su falta o indebido estudio y el sentido de la determinación que recaiga a esa promoción puede justificar su revisión en instancias excepcionales y extraordinarias, entre ellas, el recurso de reconsideración como el que se resuelve.

86 Lo anterior, en atención a que el derecho de acceso a la justicia, como derecho fundamental, encuentra sus límites en los derechos de los demás, en el orden público y en los principios de certeza y seguridad jurídica, por lo que una indebida admisión podría implicar la afectación de derechos fundamentales de terceros, de ahí que proceda llevar a cabo el análisis del motivo de inconformidad de referencia en la presente instancia constitucional.

87 En el caso, los recurrentes aducen que la Sala Regional Xalapa emitió el acuerdo que se cuestiona a partir de un escrito que no debía ser atendido, ya que lo recibió a través de correo electrónico, lo que implicó que careciera de firma autógrafa, motivo por el que, desde su punto de vista, este no debió ser atendido.

88 Los planteamientos son **infundados**, en atención a lo siguiente.

89 De conformidad con lo previsto en, el artículo 9, párrafos 1, inciso g), y 3, de la Ley de Medios, cuando las demandas de los medios de impugnación que no se presenten por escrito ante la autoridad responsable o cuando éstas carezca de firma autógrafa, se desecharán de plano.

90 La importancia de colmar tal requisito radica en que la firma autógrafa es el

conjunto de rasgos puestos del puno y letra del promovente, que producen certeza sobre la voluntad de ejercer el derecho de acción, ya que la finalidad de asentar esa firma consiste en dar autenticidad al escrito de demanda, identificar al autor o suscriptor del documento y vincularlo con el acto jurídico contenido en el ocurso.

91 Esto es, la falta de firma autógrafa en el escrito inicial de impugnación significa la ausencia de la manifestación de la voluntad del suscriptor para promover un medio de impugnación o instar a la autoridad jurisdiccional a actuar, como se ha explicado, constituye un requisito esencial de la demanda o promoción, cuya carencia trae como consecuencia la falta de un presupuesto necesario para la válida constitución de la relación jurídica procesal, así como para identificar al promovente e instar a la autoridad a resolver en consecuencia.

92 Es decir, un escrito sin firma autógrafa (*gráficos específicos, nombre escrito a puño y letra o huella digital*) es un simple papel en el que no se incorpora la voluntad del promovente de presentarlo, en tanto que es un escrito sin validez alguna ya que no existe certeza de quién promueve y en caso de asentarse algún nombre, tal omisión no implica que quien supuestamente la hace suya, efectivamente haya deseado presentar dicho escrito

93 Así, cuando un escrito por el que se pretende realizar una promoción ante un órgano jurisdiccional carece de dicha firma equivale a un escrito anónimo, por lo que no se puede tener acreditado el requisito de promoción a instancia de parte, ya que de lo contrario se estaría violentado el principio de seguridad jurídica, en el sentido de tener certeza de la voluntad del promovente.

94 Por tanto, la improcedencia del medio de impugnación, ante el incumplimiento de hacer constar la firma autógrafa del promovente en el escrito de demanda, obedece a la falta del elemento idóneo para acreditar la autenticidad de la voluntad el enjuiciante, en el sentido de querer ejercer el derecho público de acción e instar a la autoridad a conocer y pronunciarse sobre los hechos y aspectos planteados en los escritos respectivos.

95 En el particular, el escrito signado por los ciudadanos Roberto Padilla López y Juan López García, a través del que hicieron del conocimiento de la Sala Regional Xalapa, diversos hechos y conductas que imputaron a los integrantes del ayuntamiento de San Pedro Mártir, Ocotlán, Oaxaca, y mediante el que le solicitaron la emisión de medidas de protección, por estimar que se ponía en riesgo su integridad física y derechos humanos, se presentó por correo electrónico, y se recibió en la cuenta institucional cumplimientos.salaxalapa@te.gob.mx, tal como se advierte del acuse de recibo asentado en la parte superior derecha de la impresión del citado ocurso.

96 A fin de ilustrar lo anterior, se reproduce la leyenda asentada en la impresión del correo electrónico al que se adjuntó el archivo del escrito de petición de medidas de protección.

> *"Se recibe el presente reporte de correo electrónico, en 1 foja; acompañado de la siguiente documentación:*
> *- La impresión del archivo anexo a:*
> **Escrito de fecha 24 de marzo de 2020, en 2 fojas.*
> *Total de documentación recibida: 3 fojas."*

97 Lo expuesto, también se corrobora con lo señalado en el acuerdo de Sala que

ahora se revisa, en el que se refirió expresamente, lo siguiente:

> *"Solicitud electrónica. El veintiocho de marzo del año en curso, se recibió en la cuenta institucional cumplimíentos.salaxalapa@te.gob.mx, un correo electrónico mediante el cual Roberto Padilla López y Juan López Garcfa, ostentándose como ciudadanos indígenas y actores en el expediente SX JDC-110/2020, remitieron un escrito en formato electrónico en el que, entre otras cuestiones, solicitan a esta Sala Regional que dicte medidas cautelares en su favor, a fin de salvaguardar su integridad y sus derechos humanos.".*

98 Las documentales de referencia, se encuentran agregadas al expediente integrado con motivo del recurso de reconsideración al rubro identificado, las cuales tienen valor probatorio, en términos de lo dispuesto por el párrafo 2, del artículo 16, de la Ley de Medios.

99 Este órgano jurisdiccional estima que, en el caso concreto, la determinación de la Sala Regional Xalápa de analizar el escrito de solicitud de medidas de protección fue correcta, de conformidad con lo que se expone a continuación.

100 Ello porque en el particular, se actualizó una situación extraordinaria y excepcional que ameritaba una actuación necesariamente garantista, para que, de ser el caso, se protegiera la integridad de los promoventes.

101 Ello porque, con independencia de que la solicitud que dirigieron ante la responsable carecía de su firma autógrafa, existían elementos que, de manera razonable, exigían a la responsable que sus actuaciones se dirigieran a materializar el derecho de acceso a la justicia.

102 En efecto, esta Sala Superior arriba a la conclusión de que el escrito de solicitud de medidas de protección debe considerarse como debidamente presentado, ello, en virtud de la contingencia sanitaria que, desde antes de la presentación de esa promoción se encontraba vigente en nuestro país, el ámbito geográfico en que residen los solicitantes, así como de la calidad de indígenas con la que se ostentan, implicaron obstáculos de difícil cumplimiento para que los promoventes presentaran el referido escrito de forma física y de manera directa ante alguna autoridad y por ende, en el que constaran sus firmas autógrafas.

103 En efecto, el reconocimiento por parte del Consejo de Salubridad General de la Secretaría de Salud de la epidemia ocasionada por el virus SARS-CoV2 en México, implicaba en principio, una restricción para que los promoventes acudieran a las oficinas del Tribunal Electoral del Estado de Oaxaca a presentar el escrito de solicitud de referencia.

104 Lo anterior, toda vez que, la fase II[17] de la citada contingencia, si bien no presuponían alguna imposibilidad notoria y manifiesta para que los ciudadanos se desplazaran físicamente y acudieran ante el Tribunal Electoral local a presentar la solicitud aludida, a efecto de que, en su calidad de autoridad responsable en el juicio principal, remitiera la promoción correspondiente a la Sala Regional Xalapa, sí implicaba diferentes medidas de resguardo y protección que la ciudadanía debía llevar a cabo, entre las que se encontraban:

1. Proteger y cuidar a las personas adultas mayores y otros grupos de mayor riesgo.

17 Fase II declarada el veinticuatro de marzo de dos mil veinte

2. Suspender las clases en todo el Sistema Educativo Nacional, medida que ya aplica desde el 3 de marzo y que está prevista se mantenga hasta el19 de abril.
3. Suspender temporalmente eventos y reuniones de concentración de 100 personas o más.
4. Todas las reuniones privadas, públicas, sociales o gubernamentales también deben ser evitadas.
5. Suspender temporalmente actividades laborales que impliquen la movilización de personas de sus domicilios al trabajo y de regreso, o movilización en el espacio público.

105 En ese sentido, este órgano jurisdiccional considera que derivado de la situación extraordinaria que se vive actualmente en el País ocasionada por la referida situación de emergencia sanitaria, y ante las medidas de protección que el Consejo de Salubridad General de la Secretaría de Salud había decretado, no podía obligarse a los justiciables a que presentaran el escrito de solicitud de medidas de protección de manera física, por ende, con sus firmas autógrafas, tal y como establece el artículo 9 de la Ley de Medios.

106 Ello, porque exigir a los solicitantes de las medidas de protección que salieran del municipio y comunidad en que residen en plena contingencia y acudir al Tribunal Electoral local, implicaba colocarlos en una situación desfavorable y con riesgo de contagio, lo cual podría traer consecuencias fatales para cada uno de ellos, pues no solo implicaba el salir de sus domicilios, sino trasladarse de la Comunidad de San Pedro Mártir, Ocotlán, Oaxaca, a la Ciudad de Oaxaca, lugar donde se encuentra la sede le Tribunal local, así como el tener que relacionarse con distintas personas lo cual, era parte de la situación que la autoridad de salud federal pidió evitar en la medida de lo posible a la ciudadanía.

107 Aunado a ello, resulta dable mencionar que los solicitantes se ostentan con el carácter de indígenas, razón por la cual debe aplicarse cierta flexibilidad en las promociones que realizan ante las autoridades jurisdiccionales, máxime que, como en el caso, ante la situación extraordinaria de salud que actualmente se vive no solo en nuestro País, sino en el resto del mundo, es lógico tener que ponderar ciertos factores que permitan poder cumplir con el mandado constitucional y convencional de acceso a la justicia.

108 De igual manera no debe perderse de vista, que el escrito presentado, si bien, no se trataba de la interposición de un medio de impugnación, tampoco era una solicitud ordinaria dirigida a realizar manifestaciones relacionadas con un expediente del que esos ciudadanos eran parte, sino que se trató de una promoción en la que subyacía la comunicación de hechos que podrían constituir un delito en su perjuicio (amenzas) por parte de una autoridad -ayuntamiento del Municipio de San Pedro Mártir, Ocotlán, Oaxaca-, derivados de que ejercieron su derecho de acción, al presentar la demanda en contra de la resolución por la que se confirmó el resultado de la elección.

109 Además, el referido escrito llevaba aparejada una solicitud para que la Sala Responsable realizara las diligencias y actuaciones necesarias a fin de proteger su integridad y ámbito de derechos, mediante la adopción de medidas de protección hacia los solicitantes, situación que hacía mucho más compleja la presentación física del citado escrito, pues era claro que existía

el temor fundado de algún posible acto · en contra de su integridad física.

110 Lo anterior, hace evidente que, para el mejor de los supuestos, es decir, que el escrito fuera presentado ante el Tribunal local, el cual forma parte de la cadena impugnativa, implicaba no solo exigir a los solicitantes acciones vinculadas con su movilidad física, que podía ponerlos en un riesgo grave de salud, sino también, colocarlos a una situación de sufrir algún daño en su integridad.

111 Es de mencionarse que resultaba ilógico y fuera de toda proporción, el obligar a los solicitantes a presentar su escrito ante la Sala responsable, pues además de ser notoria la dificultad y riesgo que implicaba, ya que, de la ciudad de San Pedro Mártir, Ocotlán, Oaxaca, a la Sala Regional. Xalapa guarda una distancia aproximada de cuatrocientos treinta y dos kilómetros (432 Km)[18], lo cierto es que, dada su autoadscripción indígena, no se les podía obligar a acudir ante la Sala Regional a la que dirigieron su solicitud.

112 Ello en atención a que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, párrafo 1, de la Ley de Medios, los medios de impugnación deberán de presentarse ante la autoridad responsable del acto o resolución impugnada, por lo que resulta razonable presumir que si los solicitantes presentaron el medio de impugnación que motivó la integración del expediente al que dirigieron la solicitud de medidas de protección a su favor, también podían presentar la referida solicitud ante el órgano jurisdiccional local, lo que, como se dijo, implicaba una obligación que podía poner en riesgo tanto su salud como su integridad personal.

113 No obsta a lo anterior que en el punto de acuerdo QUINTO del acuerdo número 5/2020[19], por medio del que el Tribunal Electoral local determinó suspender sus actividades, se mencionó expresamente que "*Con el objeto de garantizar el acceso a la justicia, para la atención de las personas que deseen presentar alguna promoción o medios de impugnación o consultar algún expediente, el Secretario General implementará las guardias y el procedimiento que se estime pertinentes para la atención de tales supuestos, debiendo observar en todo momento las medidas sanitarias que se emitan,*[20]" en virtud de que, en la temporalidad en la que se presentó el escrito de solicitud (veintiocho de marzo), el País ya se encontraba inmerso en la fase II de contingencia sanitaria, y el escenario aplicable era diverso a la temporalidad con la que se emitió el señalado acuerdo, además de que, como se ha referido, era de presumirse la existencia de riesgos adicionales a su integridad personal, derivado de las presuntas amenzas que planearon en su contra.

114 Así, las circunstancias extraordinarias del caso en análisis resultan suficientes para justificar la presentación por correo electrónico de los solicitantes de las medidas de protección, pues ante la situación de emergencia sanitaria, resultó válido que la Sala Regional responsable se pronunciara, de manera preliminar, sobre los supuestos hechos que se hicieron de su conocimiento.

115 Cabe mencionar que la determinación que aquí se emite, no desconoce la línea jurisprudencia de esta Sala Superior, en la que ha señalado que la presentación del escrito de demanda de un medio de impugnación a través

18 Información obtenida del sitio electrónico: https://www.google.com/maps

19 Consultable en la página del Tribunal Electoral del Estado de Oaxaca http://teoax.org/.

20 Vigente de las doce horas del veinte de marzo al veinte de abril de esta anualidad, conforme al punto de acuerdo primero de la propia actuación

de correo electrónico no exime a los justiciables de presentarlo físicamente con su firma autógrafa, tal y como se observa en la jurisprudencia 12/2019 de este órgano jurisdiccional, cuyo rubro es "DEMANDA. LA ENVIADA EN ARCHIVO DIGITAL A LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DESTINADOS PARA LOS AVISOS DE INTERPOSICIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN, NO EXIME AL ACTOR DE PRESENTARLA POR ESCRITO CON SU FIRMA AUTÓGRAFA", ello, porque las circunstancias extraordinarias y contexto de emergencia sanitaria que actualmente se vive el País, permiten a esta Sala Superior advertir que existían los elementos para que la responsable actuara en el sentido en que lo hizo, aunado a que no se configuró, en estricto sentido, un desacato al criterio ahí contenido.

116 En efecto, el reconocimiento por parte del Consejo de Salubridad General de la Secretaría de Salud de la epidemia ocasionada por el virus SARS-CoV2 en México, así como la entrada en vigor de las diversas fases que de ella consta, y con las medidas de resguardo y protección que cada una conlleva, sitúan no solo a los justiciables si no a este órgano jurisdiccional, a emprender medidas excepcionales con la finalidad de salvaguardar el acceso a la justicia y los derechos humanos, ello en plena observancia a las normas constitucionales vigentes, así como convencionales que el estado es parte.

117 De ahí que, al tratarse de una promoción dirigida a un órgano jurisdiccional a través del que se expusieron diversos hechos y amenazas que supuestamente causaban a la esfera jurídica de los solicitantes, los que, presuntamente derivaron de que los entonces promoventes ejercieron su derecho a la tutela judicial efectiva, era indispensable que se emitiera una determinación jurídica al respecto, situación que acorde con el derecho humano a la tutela judicial efectiva reconocido en los artículos 17 de la Constitución federal y, 8, numeral 1 y 25, numeral 1,de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de ahí lo **infundado** del agravio.

b. Indebido otorgamiento de medidas de protección

118 En su escrito de demanda, los recurrentes plantean., que fue indebido que la Sala Regional Xalapa concediera las medidas de protección solicitadas por Roberto Padilla López y Juan López García, toda vez que, afirman, los hechos sobre los que basaron su petición son falsos, ya que nunca fueron objeto de amenazas por parte del Presidente Municipal ni integrantes del Ayuntamiento.

119 Esta Sala Superior considera **infundado** el agravio hecho valer por los accionantes, con base en las consideraciones que enseguida se exponen.

120 El derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de prevenir violaciones a los derechos humanos, atendiendo a lo previsto en los artículos 1°, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica la obligación de garantizar la más amplia protección de los derechos humanos que incluya su protección preventiva.

121 Es criterio reiterado de esta Sal Superior[21] que la tutela preventiva tiene por objeto la prevención de daños y se refiere a los mecanismos que tienen por función eliminar el peligro de que se lesione el interés original o

21 Véase la jurisprudencia 14-2015, rubro: "MEDIDAS CAUTELARES. SU TUTELA PREVENTIVA". Publicidad en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 8 Numera 17, 2015, páginas 28, 29 y30"

el peligro de que esta lesión no pueda ser remediada. Se concibe como una tutela contra el riesgo de práctica, de continuación o de repetición del ilícito no pueda ser remediada. Se concibe como una tutela contra el riesgo de práctica, de continuación o de repetición del ilícito.

122 En esa lógica, se busca que quien potencialmente puede causar un daño se abstenga de realizar una conducta que a la postre puede resultar ilícita o que dicha persona adopte algún tipo de precaución que disipe el riesgo de que el daño se produzca.

123 La tutela preventiva consiste no solo en abstenerse de realizar una conducta o comportamiento que cause daño, sino en adoptar las medidas de precaución necesarias para que ese daño no se genere. No tiene el carácter sancionatorio, pues busca prevenir una actividad que a la postre puede resultar ilícita, por realizarse en contravención a una obligación o prohibición legalmente establecida.

124 En congruencia con lo anterior, esta Sala Superior ha determinado que, al resolver los medios de impugnación de su competencia, las Salas de este Tribunal Electoral, a solicitud de parte interesada o de oficio, pueden emitir las medidas cautelares necesarias para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las partes litigantes o a la sociedad, con motivo de la sustanciación de un proceso[22].

125 En ese sentido, dichas medidas se caracterizan por ser accesorias a un asunto principal, y sumarias, pues deben tramitarse a la brevedad, ante el riesgo inminente de lesión o la urgencia de cesar el daño.

126 Para su emisión las y los juzgadores deben analizar la concurrencia de dos condiciones:

- La **probable violación** a un derecho o a un principio, del cual se pide la tutela en el proceso.

- El **temor fundado** de que, mientras llega la tutela jurídica efectiva, desaparezcan las circunstancias de hecho necesarias para alcanzar una decisión sobre el derecho o bien jurídico cuya restitución se reclama.

127 La autoridad que decide sobre la adopción o negativa de las medidas cautelares está obligada a realizar una **evaluación preliminar** -aun cuando no sea completa- en torno a la justificación de las respectivas posiciones enfrentadas.

128 Si de este análisis preliminar resulta la existencia de un derecho o principio, en apariencia reconocido legalmente o el riesgo de un daño inminente y la correlativa falta de justificación de la conducta reprochada, entonces, cuando se torna patente la afectación que se ocasionaría, esto es, el peligro en la demora, por lo que la medida debe ser acordada; salvo que el perjuicio al interés social o al · orden público sea mayor a los daños que pudiera resentir el solicitante, supuesto en el cual, deberá negarse.

129 Así, en atención a la naturaleza de esas medidas, se requiere una acción ejecutiva inmediata y eficaz, fundada y motivada, adoptada mediante la ponderación de los elementos que obren en el expediente, con el fin de determinar, en grado de seria probabilidad, si pueden producirse daños o lesiones irreparables[23].

22 Ejemplo de ello son las determinaciones dictadas en los asuntos SUP-JDC-164/2020, SUP-REC-5/2020 y SUP-JDC-594/2019, por mencionar algunas.

23 Estas consideraciones se sostuvieron en la sentencia dictada en el expediente SUPREP-76/2015.

130 Ahora bien, en relación con el acceso a la tutela judicial de las personas y las comunidades indígenas, como se ha apuntado en apartados previos, esta Sala Superior cuenta con un deber constitucional de establecer protecciones jurídicas especiales en favor de esos colectivos y sus miembros.

131 Para ello, debe tomar en cuenta sus particulares condiciones de desigualdad y facilitar el acceso efectivo a la tutela judicial, a fin de no colocarlos en un estado de indefensión, al exigirles el cumplimiento de cargas procesales irracionales o desproporcionadas.

132 Las normas que establecen cargas procesales deben interpretarse de manera que su aplicación sea lo más favorable posible.

133 En congruencia con este criterio, la Sala Superior ha determinado que en asuntos que involucren a personas y comunidades indígenas la autoridad jurisdiccional electoral debe suplir la deficiencia en la expresión de los agravios, incluso, ante la ausencia total de motivos de disenso[24]; asimismo, deben flexibilizar las formalidades exigidas para la admisión y valoración de medios de prueba, conforme a la sana crítica, la lógica y las máximas de la experiencia[25].

134 Sentado lo anterior, en el caso que nos ocupa, la Sala Regional Xalapa determinó emitir medidas de protección a fin de salvaguardar la integridad física y derechos de los solicitantes.

135 Lo anterior, al considerar que de lo narrado por los actores y de un estudio preliminar de las constancias de autos, advertía la posible afectación a la integridad física o la libertad de los solicitantes, de acreditarse las supuestas amenazas proferidas por el titular del Ayuntamiento.

136 Al respecto, destacó que en autos obraba prueba de que la asamblea municipal de veintiuno de marzo, en donde presuntamente los solicitantes fueron objeto de amenazas de castigo por haber impugnado la elección, efectivamente había acontecido.

137 La Sala argumentó que la tutela cautelar suponía la acreditación de hechos que demostraran verosimilitud o apariencia del derecho invocado y el peligro en la demora, con base en un conocimiento periférico o superficial de los hechos, los cuales, para el caso, estaban relacionados con la posible afectación a la integridad física y/o libertad de los actores.

138 Bajo esas consideraciones, determinó que la situación narrada por los actores podía constituir la comisión de diversos ilícitos con motivo del ejercicio de su derecho de acceso a la justicia, por lo que procedía adoptar medidas para garantizar la esfera jurídica y personal de los solicitantes.

139 Consecuentemente, dio vista, con copia certificada del escrito de solicitud de medidas de protección, a la Secretaria General del Estado, a la Fiscalía General del Estado, la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo y la Secretaria de Seguridad Pública, todos del Estado de Oaxaca, para que, en el ámbito de sus atribuciones, llevaran a cabo las acciones necesarias a fin de inhibir las conductas que aducen los solicitantes, relacionadas con la posible afectación de su integridad física o libertad.

24 Jurisprudencia 13/2008, de rubro: "COMUNIDADES INDÍGENAS. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS JUICIOS ELECTORALES PROMOVIDOS POR SUS INTEGRANTES". Publicada en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 2, Número 3, 2009, páginas 17 y 18.

25 Jurisprudencia 27/2016, de rubro: "COMUNIDADES INDIGENAS. DEBEN FLEXIBILIZARSE LAS FOMALIDADES EXIGIDAS PARA LA ADMISISÓN Y VALORACION DE MEDIOS DE PRUEBA". Publicada en: Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 9, Número 19, 2016, páginas 11 y 12.

140 En consideración de esta Sala Superior, el actuar de la Sala Regional Xalapa fue apegado a Derecho, ya que para la emisión de medidas de protección bastaba con la existencia de indicios que permitieran presumir la posibilidad de que se generara una afectación de los derechos de los justiciables.

141 En efecto, como ha quedado explicado, la autoridad jurisdiccional electoral, ante una petición de adopción de medidas de tutela preventiva, está obligada a desplegar un examen preliminar de las circunstancias para, a partir de ello, determinar si se verifica un probable peligro de afectación a un derecho; y si por el trascurso del tiempo puede generarse el daño advertido, lo que tornarla imperativo intervenir justamente para evitar la posible lesión.

142 La tutela cautelar no exige la acreditación fehaciente de todos los hechos y las violaciones que se denuncian, sino que, por su naturaleza sumaria y urgente, se hace suficiente que las circunstancias aludidas por quien solicite la medida de protección posean un grado de verosimilitud, credibilidad o probabilidad, para que la autoridad electoral pueda desplegar acciones tendentes a la prevención del daño.

143 Así, para el caso, fue adecuada la consideración de la Sala Xalapa en el sentido de que los hechos aludidos por los solicitantes de la medida cautelar poseían apariencia de credibilidad, esto, pues a partir de las pruebas se generaban visos de verosimilitud, porque los peticionarios alegaban que las intimidaciones de las que fueron objeto habían ocurrido en la asamblea municipal de veintiuno de marzo (entre otros momentos), misma que contaba con soporte probatorio, a partir de los medios de convicción que había allegado el propio tercero interesado, a quien se le imputaban los hechos atentatorios, es decir, las amenazas.

144 Aunado a lo anterior, debe tenerse en consideración el conjunto de circunstancias que rodean a los supuestos hechos atentatorios.

145 Ciertamente, por un lado, se observa que los peticionarios se ostentan como personas indígenas, por lo que se actualiza el deber de las autoridades de aplicar las normas a la luz de sus condiciones de vida y las posibilidades verdaderas de ejercer su derecho de petición, en esa medida, las exigencias procesales o las formalidades jurídicas debían ser menos estrictas.

146 Por otro lado, se observa que en la colectividad indígena en la que habitan los peticionarios subsiste un conflicto relacionado con el proceso electivo de las autoridades municipales. Asimismo, se advierte que los solicitantes forman parte de un grupo dentro de la misma comunidad que tiene un papel protagónico en dicho conflicto. Esta situación abona a la posible veracidad de los hechos denunciados.

147 De esta manera, es dable sostener que la Sala Xalapa contaba con elementos mínimos suficientes para determinar que, de forma verosímil, había un riesgo de daño en los derechos de los ciudadanos y, por tanto, era admisible que proveyera favorablemente la petición de medidas de protección, y realizar las acciones que estimara necesarias para preservar la integridad física y los derechos de los promoventes, las cuales consistieron en dar vista a las autoridades que consideró competentes para conocer, actuar y resolver sobre los hechos narrados por los solicitantes.

148 Es importante destacar el hecho de que en el análisis preliminar que llevó a cabo la Sala Regional Xalapa no emitió algún pronunciamiento sobre la acreditación de los hechos relatados por

los peticionarios o de las violaciones alegadas; así tampoco prejuzgó sobre alguna cuestión de hecho o de derecho relacionada con la litis planteada en el juicio ciudadano federal principal.

149 En efecto, el examen realizado por la Sala responsable en torno a la apariencia de veracidad de los alegatos de los peticionarios respeta la calidad accesoria de la tutela preventiva y no impide, altera o influye de modo alguno en la sustanciación o resolución del juicio ciudadano principal, en donde la controversia versa sobre la validez o invalidez de la elección de concejales del Ayuntamiento de San Pedro Mártir, Ocotlán, Etla, Oaxaca.

150 En el acuerdo impugnado, la Sala Regional Xalapa dio vista a diversas autoridades locales competentes para emitir medidas concretas, para que, en el ámbito de sus atribuciones, realizaran los actos necesarios dirigidos a garantizar la seguridad e integridad de los peticionarios, pues las dependencias estatales a las que dio vista pueden desplegar las facultades de investigación con las que cuenten, o requerir, a su vez a las dependencias correspondientes la información que considere necesaria para poder emitir un pronunciamiento, favorable o incluso desestimatorio, sobre la petición de medidas cautelares presentada por los enjuiciantes.

151 Dicha remisión a dependencias de la entidad tampoco genera alguna afectación al desarrollo del juicio instaurado para combatir la sentencia local por la que se decretó la validez de la elección impugnada, pues la petición, las vistas ordenadas y lo que determinen las autoridades locales exceden la controversia planteada en la demanda del juicio ciudadano principal.

152 Es de destacarse, que el modo de proceder de la Sala Responsable es acorde también con el criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación[26], relativo a que si durante el trámite o resolución de un juicio se advierte la posible violación de un derecho humano en perjuicio de alguna de las partes o cualquier otra persona, en relación con un acto distinto del señalado como reclamado, el o la juzgadora debe denunciar, dar vista o poner en conocimiento de la autoridad que resulte competente de investigar los hechos correspondientes, o que sea directamente responsable de promover, respetar, proteger y garantizar dichos derechos. Esto, sin emitir pronunciamiento sobre la determinación de existencia de aquella violación, que sólo debe tratarse como probable, con el fin de no influir en la decisión sobre los hechos, ni desnaturalizar o modificar la litis del juicio principal.

153 Con base en todas las consideraciones expuestas, para esta Sala Superior resulta incorrecta la afirmación de los recurrentes en el sentido de que fue indebido que la Sala Regional emitiera medidas de protección, derivado de que los hechos no eran ciertos.

154 Se reitera que la tarea de la Sala responsable estribó únicamente en evaluar si contaba con elementos mínimos que pudieran dotar de credibilidad a la petición de los actores, en relación con el riesgo de

26 Jurisprudencia de rubra: "DERECHOS HUMANOS. LA OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO DE AMPARO DE PROMOVERLOS, RESPETARLO ES Y PROTEGERLOS Y GARANTIZARLOS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1º. DE LA COSNTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SÓLO SE ACTUALIZA EN EL ÁMIBTO DE SU COMPETENCIA, POR LO QUE CARECE DE ATRIBUCIONES PARA PRONUNCIARSE RESPECTO DE VIOLACIONES A LOS QUE NO FORMEN PARTE DE LA LITIS CONSTITUCIONALES". Localización (J); 10ª. Época, Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 33, agosto de 2016, Tomo I, P/J. 5/2016 (10a)

lesión de alguno de sus derechos, para a partir de ello remitir su solicitud a las autoridades con facultades para disponer de mecanismos y formas de prevención de conductas lesivas de la esfera jurídica de los accionantes.

155 Así, la responsable no emitió pronunciamiento alguno a través del que haya realizado valoración probatoria alguna, dirigida a acreditar la existencia de los hechos denunciados o a determinar si se encontraban probados fehacientemente, ya que, en todo caso, eso corresponderá a las autoridades a quienes se les remitió el escrito de petición.

156 Así las cosas, esta Sala Superior no advierte motivo para invalidar la determinación adoptada por la Sala Regional Xalapa, por lo que esta debe subsistir, al igual que los efectos ahí decretados.

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE

ÚNICO. Se confirma el acuerdo controvertido.

NOTIFÍQUESE, en términos de ley.

En su oportunidad, devuélvanse las constancias que correspondan y archívese el expediente como asunto total y definitivamente concluido.

Así, por **mayoría** de votos, lo resolvieron las y los Magistrados que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con los votos en contra de la Magistrada Janine M. Otálora Malassis y el Magistrado lndalfer Infante Gonzales, quienes emiten voto particular, y el voto concurrente del Magistrado Reyes Rodríguez Mondragón, ante el Secretario General de Acuerdos quien autoriza y da fe.

Este documento es una representación gráfica autorizada mediante firmas electrónicas certificadas, el cual tiene plena validez jurídica de conformidad con los numerales segundo y cuarto del Acuerdo General de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 3/2020, por el que se implementa la firma electrónica certificada del Poder Judicial de la Federación en los acuerdos, resoluciones y sentencias que se dicte con motivo del trámite, turno, sustanciación y resolución de los medios de impugnación en materia electoral.

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL
FICHA DE PROCESAMIENTO

PAÍS	México
ÓRGANO ELECTORAL:	Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
TEMA:	Mecanismo para la aplicación de la fórmula de asignación de las curules por el principio de representación proporcional en la Cámara de Diputados.
NÚMERO DE CAUSA:	SUP-RAP-68/2021 Y ACUMULADOS
FECHA DE EMISIÓN:	27 de abril de 2021
TIPO DE RECURSO O ACCIÓN:	Recurso de apelación
ACTO QUE SE RECURRE:	Acuerdo INE/CG193/2021
ACCIONANTE (S):	Partido Encuentro Solidario y otros.
ACCIONADO (S):	Consejo General del Instituto Nacional Electoral.
DECISIÓN:	Se confirma, en la materia de análisis, el acuerdo impugnado.

EXTRACTO DEL FALLO	
ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:	Solicita a la Sala Superior del Tribunal Electoral se determine si existió o no oportunidad en la aplicación de los criterios para la asignación de diputaciones por representación proporcional, ya que la Constitución General dispone que la etapa de resultados electorales constituye el momento oportuno para verificar el impedimento constitucional de sobrerrepresentación de un partido político, con relación al porcentaje que hubiere alcanzado de la votación nacional emitida; considera que con la creación de la "afiliación efectiva" se genera una carga extraordinaria a los partidos políticos en coalición, que deben registrar sus candidaturas.
ARGUMENTOS DEL ACCIONADO:	El Consejo General del Instituto Nacional Electoral precisó que es necesario establecer un mecanismo que viabilice la asignación de diputaciones de representación proporcional, que determine a qué fuerza política coaligada corresponden los triunfos de las candidaturas postuladas por mayoría relativa, considerando el parámetro de "afiliación efectiva" de las candidaturas que resulten electas mediante la verificación de elementos o documentos que fueren presentados por los partidos políticos, evitando así la doble afiliación y la distorsión en la asignación de escaños.

RATIO DECIDENDI-RAZÓN DE LA DECISIÓN	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Asignación de curules.
RATIO DECIDENDI: (Razón de la decisión)	El acuerdo impugnado no considera los principios de certeza y definitividad, dado que persigue la finalidad de establecer un criterio a partir del cual la autoridad responsable pueda ajustar a los parámetros constitucionales la asignación de curules por el principio de representación proporcional; acto que, en un inicio, resulta congruente con los derechos de autoorganización y de libertad asociativa, porque no se modulan ni gradúan los convenios de coalición suscritos previamente Los partidos políticos están sujetos al principio de legalidad, que se traduce en una garantía formal para que la ciudadanía y éstos actúen en estricto apego a las reglas, valores y principios; de tal manera, que no se produzcan conductas caprichosas o arbitrarias al margen de la ley o la Constitución. Cabe destacar que el acuerdo impugnado no retrotrae sus efectos a las resoluciones del registro de los convenios de coalición, puesto que no tiene por objeto incidir en los derechos de autoorganización de los partidos, como tampoco en la libertad asociativa. Los lineamientos no regulan a favor de qué partido político se considerarán los sufragios de mayoría relativa (pues ello supondría un efecto inconstitucional) sino a quién corresponderá la diputación de mayoría relativa para la asignación por el sistema de representación proporcional.

OBITER DICTA 1- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Principio de representación proporcional.
OBITER DICTA: (Argumentos complementarios)	Todo partido político que alcance, por lo menos el tres por ciento del total de la votación válida emitida, tendrá derecho a participar en la asignación de diputados por representación proporcional.

OBITER DICTA 2- CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTOR: (Tema principal)	Asignación de curules por el principio de representación proporcional.
OBITER DICTA: (Argumentoscomplementarios)	Para cumplir con el mandato constitucional, la ley establece el sistema de asignación de curules por el principio de representación proporcional utilizando el parámetro esencial del voto, a efecto que su distribución se refleje en la representación otorgada por la ciudadanía. Para ello, se definen los siguientes conceptos: **Votación total emitida**: suma de todos los votos depositados en las urnas. **Votación válida emitida**: número de votos que resulta de deducir al total de los depositados en las urnas, los votos nulos y los correspondientes a candidatos no registrados. **Votación nacional emitida:** número de votos que resulta de deducir de la votación total emitida, aquellos que corresponden a partidos políticos que no hayan obtenido el tres por ciento de dicha votación, los votos emitidos para candidatos independientes y los votos nulos.

SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

RECURSOS DE APELACIÓN

EXPEDIENTES: SUP-RAP-68/2021 Y ACUMULADOS

RECURRENTES: PARTIDO ENCUENTRO SOLIDARIO Y OTROS

TERCEROS INTERESADOS: PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA Y MOVIMIENTO CIUDADANO

AUTORIDAD RESPONSABLE: CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL

MAGISTRADO PONENTE: FELIPE ALFREDO FUENTES BARRERA

SECRETARIOS: ALEJANDRO ARTURO MARTÍNEZ FLORES, ISAÍAS MARTÍNEZ FLORES, EMMANUEL QUINTERO VALLEJO, ISRAEL HERRERA SEVERIANO Y CARLOS HERNÁNDEZ TOLEDO

COLABORARON: IRIS YANETT SÁNCHEZ LEÓN, ITZEL LEZAMA CAÑAS Y SALVADOR MONDRAGÓN CORDERO

Ciudad de México, veintisiete de abril de dos mil veintiuno

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emite la presente sentencia en el sentido de **confirmar,** en la materia de impugnación, el acuerdo INE/CG193/2021, por el que se estableció el mecanismo para la aplicación de la fórmula de asignación de las curules por el principio de representación proporcional en la Cámara de Diputados, que correspondan a los partidos políticos nacionales con base en los resultados que obtengan en la jornada electoral a celebrarse el seis de junio de dos mil veintiuno.[1]

(ÍNDICE)

Glosario

Acuerdo impugnado	Acuerdo INE/CG193/2021 de diecinueve de marzo de dos mil veintiuno, emitido por el Consejo General del Instituto Nacional Electoral.
Consejo General / Autoridad responsable	Consejo General del Instituto Nacional Electoral
Constitución general	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DEPPP	Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos del Instituto Nacional Electoral
INE	Instituto Nacional Electoral
LEGIPE	Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales
Ley de Medios	Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral
Ley de Partidos	Ley General de Partidos Políticos
MR	Mayoría relativa
PAN	Partido Acción Nacional
PEF 2020-2021	Proceso Electoral Federal 2020-2021
PES	Partido Encuentro Solidario
PRD	Partido de la Revolución Democrática
RP	Representación proporcional
Sala Superior	Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Suprema Corte	Suprema Corte de Justicia de la Nación

1 Las fechas que se refieren a continuación corresponden al año dos mil veintiuno, salvo que se precise lo contrario.

ANTECEDENTES

1. Registro del Partido Encuentro Solidario. El cuatro de septiembre de dos mil veinte, el Consejo General aprobó la resolución sobre la solicitud de registro como partido político nacional, presentada por la organización denominada "Encuentro Solidario", identificada con la clave INE/CG271/2020, la cual surtiría efectos a partir del día cinco de septiembre de dos mil veinte.

2. Confirmación del registro del Partido. El catorce de octubre de dos mil veinte, esta Sala Superior confirmó la resolución del Consejo General identificada con clave INE/CG271/2020 y, con ello, el registro del PES, al resolver el recurso de apelación SUP-RAP-75/2020.

3. Criterios para el registro de candidaturas. El dieciocho de noviembre de dos mil veinte, el Consejo General aprobó el acuerdo INE/CG572/2020, mediante el cual indicó los criterios aplicables para el registro de candidaturas a diputaciones por ambos principios para el PEF 2020-2021, que presentarían los partidos políticos nacionales y, en su caso, las coaliciones ante los Consejos del Instituto.

4. Instructivo para formación de coaliciones para el PEF 2020-2021. El siete de diciembre de dos mil veinte, el Consejo General aprobó el acuerdo INE/CG636/2020, por el cual emitió el instructivo que debían observar los partidos políticos nacionales que buscaran formar coaliciones para la elección de diputaciones por el principio de mayoría relativa, en sus diversas modalidades, para el PEF 2020-2021.

5. Recursos de apelación SUP-RAP-121/2020 y acumulados. Con motivo de la impugnación de diversos partidos políticos y un ciudadano, esta Sala Superior emitió la sentencia, de veintinueve de diciembre de dos mil veinte, en los expedientes referidos, mediante la cual se modificó el Acuerdo INE/CG572/2020, a efecto de que el Consejo General determinara los veintiún distritos en los que debían postularse candidaturas a diputaciones federales por el principio de mayoría relativa, según la acción afirmativa indígena; y fijó los lineamientos para establecer las medidas afirmativas tendentes a garantizar las condiciones de igualdad sustantiva para la participación política de las personas con discapacidad, y otros grupos en situación de vulnerabilidad.

6. Cumplimiento del SUP-RAP-121/2020. El quince de enero, el Consejo General dio cumplimiento a las consideraciones asentadas en la sentencia mencionada, y emitió el Acuerdo INE/CG18/2021, mediante el cual modificó los criterios aplicables para el registro de candidaturas a diputaciones por ambos principios para el PEF 2020-2021, que presentaran los partidos políticos nacionales y, en su caso, las coaliciones ante los Consejos del Instituto.

7. Aprobación de convenios de coalición. En esa misma fecha, el Consejo General aprobó, mediante resolución INE/CG21/2021, la solicitud de registro del convenio de la coalición parcial denominada "Va por México" para postular ciento setenta y seis fórmulas de candidaturas a diputados por el principio de MR, celebrado por el PAN, el PRI y el PRD.

Asimismo, aprobó la solicitud de registro del convenio de la coalición parcial denominada "Juntos Hacemos Historia" para postular ciento cincuenta y un fórmulas de candidaturas a diputados por el principio de mayoría relativa, presentada por el Partido del Trabajo, el Partido Verde Ecologista de México y MORENA.

8. Resolución SUP-RAP-21/2021 y acumulados. Inconformes con el acuerdo INE/CG18/2021 del Consejo General, emitido en cumplimiento a lo ordenado por esta Sala Superior, nuevamente diversos partidos políticos y ciudadanos presentaron distintas impugnaciones, mismas que el veinticuatro de enero de dos mil veintiuno fueron resueltas por este órgano jurisdiccional, ordenando la modificación del referido acuerdo, para efectos de diseñar e implementar medidas afirmativas para personas mexicanas migrantes y residentes en el extranjero, así como realizar un estudio sobre la eficacia y funcionamiento de las acciones afirmativas implementadas en el PEF 2020-2021, y dar la posibilidad de que cada persona registrada como candidata pudiera solicitar la protección de sus datos personales sobre la acción afirmativa por la que participa.

9. Cumplimiento SUP-RAP-21/2021 y acumulados. En cumplimiento a la resolución emitida en el asunto de referencia, el Consejo General aprobó el acuerdo INE/CG160/2021, por el cual modificó los criterios aplicables para el registro de candidaturas a diputaciones por ambos principios que presenten los partidos políticos nacionales y, en su caso, las coaliciones ante los Consejos del Instituto, para el PEF 2020-2021.

10. Acuerdo impugnado. El diecinueve de marzo, el Consejo General aprobó el acuerdo INE/CG193/2021, por el cual estableció el mecanismo para la aplicación de la fórmula de asignación de las curules por el principio de representación proporcional en la Cámara de Diputados, que corresponden a los partidos políticos nacionales, con base en los resultados que obtengan en la jornada electoral a celebrarse el seis de junio de dos mil veintiuno.

11. Demandas. Inconformes con lo anterior, el PES, MORENA y el PAN presentaron el veinte, veintiuno y veintitrés de marzo, respectivamente, demandas de recursos de apelación.

12. Turno. El veinticuatro, veintiséis y veintisiete de marzo, el magistrado presidente de esta Sala Superior ordenó integrar los expedientes **SUP- RAP-68/2021, SUP-RAP-70/2021 y SUP-RAP-71/2021**, registrarlos y turnarlos a la ponencia a cargo del magistrado Felipe Alfredo Fuentes Barrera, para los efectos precisados en el artículo 19 de la Ley de Medios.

13. Radicación, admisión y cierre. En su oportunidad, el magistrado instructor radicó los expedientes en la ponencia a su cargo, admitió a trámite los medios de impugnación y declaró cerrada la instrucción.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

La Sala Superior es competente para conocer y resolver los recursos de apelación citados al rubro.[2] Lo anterior, porque se tratan de medios de impugnación interpuestos por partidos políticos nacionales, en contra de una resolución emitida por el Consejo General del INE, máximo órgano central y de dirección de la autoridad administrativa electoral nacional.

Además, la controversia está relacionada con la aplicación de la fórmula de asignación de curules por el principio de RP para la integración de la Cámara de Diputados.

2 Con fundamento en los artículos 41, párrafo segundo, base VI; 94, párrafo primero; 99, párrafo cuarto, fracción III, de la Constitución general; 184, 186, fracción III, inciso a), y 189, fracción I, inciso c), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 4, 12, 13, 40, párrafo 1, inciso b); 44, párrafo 1, inciso a), de la Ley de Medios.

2. Justificación para resolver en sesión no presencial

Esta Sala Superior emitió el acuerdo 8/2020, en el cual, si bien reestableció la resolución de todos los medios de impugnación, en su punto de acuerdo segundo determinó que las sesiones continuarán realizándose por medio de videoconferencias, hasta que el Pleno de este órgano jurisdiccional determine alguna cuestión distinta.

En ese sentido, se justifica la resolución del medio de impugnación de manera no presencial.

3. Acumulación

Las impugnaciones presentan identidad en cuanto a la autoridad responsable (Consejo General del INE) y respecto de la resolución impugnada (INE/CG193/2021), por lo que existe conexidad en la causa, por lo que resulta posible su acumulación.

Lo anterior, a fin de favorecer el principio de economía procesal y evitar el dictado de sentencias contradictorias.

Por ello, esta Sala Superior determina procedente acumular los escritos de apelación SUP-RAP-70/2021 y SUP-RAP-71/2021 al diverso SUP-RAP-68/2021, por ser éste el primero en ser recibido.

En tal virtud, se deberá glosar la certificación de los puntos resolutivos de la sentencia a los expedientes acumulados.

4. Terceros interesados

Durante la tramitación de los presentes asuntos, el PRD y Movimiento Ciudadano comparecieron como terceros interesados, por lo que es conducente analizar el cumplimiento de los requisitos de procedencia correspondientes.

4.1. PRD

Se tiene como tercero interesado al PRD que comparece, por conducto de su representante propietario ante el Consejo General, ya que satisface los requisitos previstos en los artículos 12, numeral 1, inciso c); y 17, numeral 4, inciso e) de la Ley de Medios, en atención a lo siguiente:

4.1.1. Forma. En sus escritos se hace constar: el nombre de quien comparece como tercero interesado (a través de su representación), la razón del interés jurídico en que se funda su pretensión concreta y contraria a la de los promoventes de los recursos de apelación, y su firma autógrafa.

4.1.2. Oportunidad. Se colma este requisito, ya que los escritos fueron presentados dentro del plazo de setenta y dos horas a que se refiere el artículo 17, párrafo 1, inciso b) y párrafo cuarto de la Ley de Medios. Las razones de fijación y retiro de la cédula de notificación del recurso que nos ocupa advierten que el plazo referido, respecto del recurso de apelación interpuesto por el PES, empezó a correr a las 19:00 horas del veinte de marzo, por lo que expiró a las 19:00 horas del veintitrés del mismo mes. Así, dado que el escrito de tercero fue presentado a las 14:53 horas del veintitrés del mes en cita, se encuentra dentro del plazo establecido.

Ahora bien, respecto de su escrito como tercero interesado, presentado en el recurso de apelación interpuesto por MORENA, el plazo empezó a correr a partir de las 12:00 horas del veintidós de marzo y expiró a las 12:00 horas del veinticinco de marzo y, dado que el escrito referido fue presentado a las 9:53 horas del veinticinco de marzo, fue presentado en tiempo.

Finalmente, por lo que hace al escrito de tercero interesado presentado en el

recurso interpuesto por el PAN, el plazo empezó a correr a partir de las 12:00 horas del veinticuatro de marzo y expiró a las 12:00 horas del veintisiete de marzo y, dado que el escrito referido fue presentado a las 18:39 horas del veinticinco de marzo, fue presentado en tiempo.

4.1.3. Interés incompatible con el actor. El tercero interesado cuenta con interés para comparecer ante esta instancia, porque pretende que se desestimen los argumentos vertidos por los promoventes, a fin de que se confirme el acuerdo impugnado.

4.2. Movimiento Ciudadano

Debe tenerse como tercero interesado a Movimiento Ciudadano, compareciendo por conducto de su representante propietario ante el Consejo General, ya que satisface los requisitos previstos en los artículos 12, apartado 1, inciso c); y 17, párrafo 4, inciso e) de la Ley de Medios, en atención a lo siguiente:

4.2.1. Forma. En su escrito se hace constar: el nombre de quien comparece como tercero interesado (a través de su representación), la razón del interés jurídico en que se funda su pretensión concreta y contraria a la de los promoventes del recurso de apelación, y su firma autógrafa.

4.2.2. Oportunidad. Se colma este requisito toda vez que, de las razones de fijación y retiro de la cédula de notificación del recurso interpuesto por MORENA, se advierte que el plazo referido empezó a correr a las 12:00 horas del veintidós de marzo y expiró a las 12:00 horas del veinticinco de marzo y, dado que el escrito referido fue presentado a las 11:20 horas del veinticinco de marzo, fue presentado en tiempo.

4.2.3. Interés incompatible con el actor. El tercero interesado cuenta con interés para comparecer ante esta instancia, porque pretende que se desestimen los argumentos vertidos por los promoventes, a fin de que se confirme el acuerdo impugnado.

Establecido lo anterior, corresponde analizar el cumplimiento de los requisitos de procedencia por parte de los actores.

5. Requisitos de procedibilidad

Los recursos de apelación cumplen con los requisitos de procedencia,[3] de conformidad con lo siguiente:

5.1. Forma. Las demandas cumplen los requisitos formales, pues en ellas consta: el nombre y firma autógrafa de quienes promueven en representación del PES, MORENA y el PAN; se señala domicilio para oír y recibir notificaciones, así como a las personas autorizadas para tales efectos; y se identifica el acto impugnado, mencionando los hechos y motivos de inconformidad.

5.2. Oportunidad. Los medios de impugnación fueron presentados dentro del plazo de cuatro días previsto en el artículo 8 de la Ley de Medios, pues la resolución fue emitida el diecinueve de marzo. El PES, MORENA y el PAN presentaron sus escritos de demanda el veinte, veintiuno y veintitrés de marzo siguiente, respectivamente.

5.3. Legitimación y personería. Se cumple con dichos requisitos, dado que los recursos de apelación fueron interpuestos por los partidos políticos nacionales, a través de los representantes propietarios del PES, MORENA y el PAN, respectivamente, ante el Consejo General; personalidad jurídica que les fue reconocida por la propia autoridad responsable, al rendir sus informes circunstanciados.

---

3 Previstos en los artículos 8, 9, párrafo 1; 40, párrafo 1, inciso b y 45, párrafo 1, inciso a) de la Ley de Medios.

5.4. Interés jurídico

5.4.1. PES

El PES manifiesta contar con interés jurídico para promover el medio de impugnación, ya que aduce que la resolución impugnada le causa perjuicio a su representada, con independencia de que en el actual proceso electoral no participe bajo la figura de la coalición, al guardar relación el acuerdo combatido con los derechos de coaligarse en futuros procesos electorales. Asimismo, señala que, en su carácter de partido político, está en la posición de ejercer un interés difuso o tuitivo.

Esta Sala Superior considera que, por lo que hace a la posibilidad de ejercer derechos para coaligarse en futuras ocasiones, los razonamientos señalados por el PES resultan insuficientes para sostener un interés jurídico directo, pues se sustentan en acontecimientos futuros de realización incierta y atienden a una supuesta extensión del criterio establecido por la autoridad, no obstante que este se circunscribe al proceso electoral federal 2020-2021.

Sin embargo, el requisito en cuestión debe tenerse por cumplido, atendiendo al criterio reiteradamente sostenido por esta Sala Superior, consistente en que los partidos políticos están legitimados para ejercer acciones de impugnación con la finalidad de tutelar el interés público, colectivo, difuso o de grupo. Esto es, para cuestionar actos o resoluciones que, aún sin afectar su interés jurídico directo, causan perjuicio al de una comunidad, colectividad o grupo social en su conjunto, porque se considera que para la procedibilidad de la impugnación es suficiente que se aduzca que con la emisión del acto impugnado se afecta algún principio constitucional y, en consecuencia, el interés público o el de una colectividad en especial.[4]

En el caso, para esta Sala Superior, el PES ejerce el interés tuitivo para controvertir el acuerdo impugnado, pues considera que es contrario a Derecho, debido a que, en su opinión, la autoridad responsable excede las atribuciones constitucionales y legales que le son propias; y su determinación violenta la pluralidad política y los principios de autoorganización y autodeterminación de los partidos políticos.

5.4.2. MORENA

Por lo que hace a MORENA, se estima que cuenta con interés jurídico, ya que aduce que la resolución impugnada le causa perjuicio por ser integrante de una coalición e impacta en las asignaciones, así como en el convenio celebrado. Además de que considera que es evidente que el acto combatido es un plan para cometer fraude al partido que representa; violenta los principios de jerarquía normativa, certeza y legalidad, así como la autoorganización y determinación de los partidos políticos (entre otras cuestiones), lo que a su consideración le depara perjuicio.

5.4.3. PAN

Finalmente, este partido cuenta con interés jurídico, al aducir que la resolución impugnada le causa perjuicio, considerando que impactará en las asignaciones de diputaciones por el principio de RP; y vulnera los principios de pluralidad y proporcionalidad, así como del voto libre, directo e intransferible; lo que se traduce en condiciones inequitativas, derivadas de las circunstancias que rodean dicha asignación.

5.5. Definitividad. El requisito en cuestión se considera colmado, ya que la Ley de Medios no prevé algún otro recurso o juicio que deba ser agotado de manera previa.

4 Véase Jurisprudencia 10/2005, de rubro: "ACCIONES TUITIVAS DE INTERESES DIFUSOS.ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE LOS PARTIDOS POLÍTICOS LAS PUEDAN DEDUCIR"."

Establecido lo anterior, corresponde hacer referencia al contenido del acuerdo impugnado, con objeto de tener claridad sobre sus alcances y su relación con los agravios esgrimidos por los actores.

6. Síntesis del acuerdo impugnado

En el acuerdo que se impugna, el Consejo General resolvió, esencialmente, y en lo que es materia de impugnación, lo siguiente:

Precisó que era necesario establecer un mecanismo para determinar, exclusivamente, para los efectos de asignar diputaciones de RP, a qué fuerza política coaligada corresponden los triunfos de las candidaturas postuladas por MR, sin que se entienda que esta determinación tenga, a futuro, algún tipo de efecto o repercusión en la conformación de los grupos parlamentarios, de acuerdo con la legislación aplicable.

Procedimiento para asegurar que se observen las reglas y los principios de representación previstas constitucionalmente

Con el propósito de hacer efectivo el derecho al sufragio y garantizar su reflejo fiel en la integración de los señalados órganos de representación, respetar el principio de pluralismo, así como atender a los principios de certeza y seguridad jurídica, el Consejo General consideró necesario que, para el PEF 2020-2021, se adoptara un criterio que fuera previamente conocido por los distintos actores de la contienda electoral, para examinar y, en su caso, ajustar a los límites constitucionales, la asignación de diputaciones por RP.

Esto, armonizando los principios que subyacen en la asignación y distribución de curules por RP con las reglas relacionadas con la postulación de candidaturas e interpretadas en la jurisprudencia 29/2015, mediante la adopción de la figura de "afiliación efectiva".

Señaló que, conforme a los padrones de personas afiliadas, que se encuentran en el sistema de verificación y que son actualizados por los propios partidos políticos, se puede establecer si una persona se encuentra afiliada a algún partido político, considerándose como "afiliación efectiva", aquella que, tras una búsqueda en el citado padrón, con cierto corte temporal, aparezca vigente.

Para ello, consideró que, de conformidad con la LEGIPE, el plazo para el registro de candidaturas a diputaciones federales corre del veintidós al veintinueve de marzo de dos mil veintiuno, por lo que era viable tomar la fecha de inicio del periodo del registro como referencia para realizar el corte de los padrones de afiliados de los partidos políticos.

Previó que, por conducto de la Oficialía Electoral, se certificara la integración de los padrones de personas afiliadas con corte al veintiuno de marzo de este año a las 20:00 horas, y que este dato fuera el que se utilizara para verificar la "afiliación efectiva" de las candidaturas que resulten ganadoras por el principio de MR.

Determinó que, si los padrones de afiliados de los partidos políticos coaligados se encontraban en proceso de actualización, las personas registradas a una candidatura podrían demostrar su afiliación efectiva por medio de la cédula, acreditación partidaria u otro medio de convicción (pago de cuotas, integrante de órganos de dirección, proselitismo público y notorio a favor del partido postulante, entre otros) que la haga constar, conforme a los procedimientos estatutarios o reglamentarios previstos para ello.

En el supuesto de doble afiliación, consideró que la o el candidato presentara escrito de ratificación al partido político postulante con el propósito de que la DEPPP pudiera validar, en el sistema de

verificación, la acreditación del registro como "válido", así como la manifestación expresa de renunciar a cualquier otro partido político.

Establecido lo anterior, determinó que, para la asignación de diputaciones por el principio de RP, el INE valoraría los elementos o documentación que se presenten, respecto de la afiliación efectiva, a más tardar dentro de los catorce días posteriores a que el Consejo General apruebe los registros de candidaturas a diputaciones federales, es decir el diecisiete de abril de dos mil veintiuno. En caso de sustituciones, estableció que se podrían presentar los elementos o documentación, a más tardar diez días posteriores a que el Consejo General apruebe el registro correspondiente. Lo anterior, para que esa autoridad estuviera en posibilidad de analizar lo presentado y valorar la "afiliación efectiva" de alguna candidatura.

Enfatizó que la verificación referida se aplicaría únicamente respecto de los partidos políticos que se encuentran coaligados para el PEF 2020-2021 pues, lo que busca, es evitar una distorsión en la asignación de escaños por el principio de RP, que implique supeditar la pluralidad del órgano legislativo a un acuerdo de voluntades previo de las partes que suscriben un convenio de coalición; ello, en detrimento del sufragio efectivamente emitido por la ciudadanía el día de la jornada electoral.

Establecido lo anterior, para efectos de determinar a qué partido político coaligado se le computarán los triunfos en los distritos uninominales correspondientes a candidaturas postuladas (exclusivamente para asignar diputaciones por el principio de RP), señaló que se tomarán en consideración los criterios siguientes:

Criterio A

- El INE, a través de la DEPPP, verificará la afiliación efectiva de cada una de las candidatas y los candidatos triunfadores por el principio de MR. Para estos efectos, se considerará "afiliación efectiva", aquélla que esté vigente al momento del registro de la candidatura (de entre los partidos que integran la coalición que la postuló), es decir con corte al veintiuno de marzo del presente año a las 20:00 horas.

- Ello, con el propósito de evitar estrategias electorales que distorsionen el sistema de representación y sin demérito del derecho de las candidatas y los candidatos de afiliarse a un partido político diverso en cualquier momento (ya sea dentro de los que conforman la coalición o con otros partidos que participen individualmente o que integren una coalición diversa).

- Se deberá verificar si las candidaturas ganadoras son militantes del partido por el que fueron postuladas. En caso de que la persona candidata esté afiliada a un partido integrante de la coalición distinto al que la postuló, para efectos de la asignación de diputaciones RP, estas candidaturas se contabilizarán a favor del partido respecto del cual mantengan una "afiliación efectiva".

Criterio B

- En caso de que la candidatura triunfadora no tenga una afiliación efectiva a alguno de los partidos que la postularon, el triunfo será contabilizado en los términos de lo expresado por el convenio de coalición aprobado, procurando que, en la asignación

de diputaciones de RP, se refleje el mayor equilibrio posible entre el porcentaje de votos y el porcentaje de escaños de todas las fuerzas políticas que hayan obtenido al menos el 3% de la votación.

- Se indica que ha sido criterio de la Sala Superior que los principios de pluralidad y proporcionalidad son parámetros necesarios para alcanzar la efectividad de la representación política y asegurar que la representación ante el órgano legislativo sea acorde a la votación obtenida, por lo que deben ser tutelados en el proceso de asignación por la vía de la representación proporcional.

- Esto evidencia la necesidad y pertinencia de que se atienda de manera expresa a los citados principios, al llevar a cabo el ejercicio de asignación de diputaciones por el principio de RP, ya que no hacerlo sería ir en contra de las disposiciones constitucionales que así lo exigen.

Criterio C

- En caso de que la candidatura haya contendido por la vía de la reelección y no se cuente con una "afiliación efectiva" a alguno de los partidos que la postularon, el triunfo será contabilizado, para efectos de la asignación, al partido a cuyo grupo parlamentario haya pertenecido al momento en que se registre la candidatura.

- En caso de personas legisladoras que pertenezcan a un grupo parlamentario de un partido político sin registro vigente, el distrito ganador se contabilizará conforme a lo señalado, en su caso, en el convenio de coalición, para lo cual se solicitará a la Cámara de Diputados la relación de diputaciones por grupo parlamentario con corte al veintidós de marzo del presente año.

- Con base en los criterios señalados, la asignación de curules de RP en la Cámara de Diputados se llevará a cabo siguiendo los pasos señalados en los artículos 15 a 20 de la LEGIPE.

Establecido en síntesis el contenido del acuerdo impugnado, corresponde hacer referencia a los agravios hechos valer por los partidos políticos actores.

7. Síntesis de los agravios

7.1 El **PES** aduce lo siguiente:

- **Falta de oportunidad en la aplicación de los criterios para la asignación de diputaciones por representación proporcional**

El partido recurrente aduce que el artículo 54, fracción V, de la Constitución general dispone que la etapa de resultados electorales constituye el momento oportuno para verificar el impedimento constitucional de sobrerrepresentación de un partido político en relación con el porcentaje que hubiere alcanzado de la votación nacional emitida (mayor al 8%).

En este contexto, considera que con la creación de la "afiliación efectiva", en el acuerdo combatido, se genera una carga extraordinaria a los partidos políticos en coalición, quienes deben registrar sus candidaturas a diputaciones federales del veintidós al veintinueve de marzo.

Recalca que, aunque dicho criterio afecta directamente a los partidos políticos que participarán de manera coaligada en el PEF 2020-2021, ello afecta al recurrente pues, en repetidas ocasiones, el INE ha extrapolado los criterios aprobados dentro de un proceso electoral en otros

posteriores, siendo posible que se aplique en su contra para el PEF del 2024, en el cual podrá participar bajo la figura de coalición electoral.

Finalmente, refiere que pretender la creación de la figura de "afiliación efectiva" en esta etapa del proceso electoral y el hecho de que no esté prevista en la Constitución general o las leyes aplicables, excede las atribuciones del INE.

- **Falta de atribuciones del INE para revisar de manera permanente la composición del Congreso Federal**

La figura de afiliación efectiva excede las atribuciones del INE, previstas en los artículos 41, Apartado B, fracción V, de la Constitución general y el diverso 32, de la LEGIPE, que se circunscriben a organizar las elecciones, en tanto que la figura creada tiene relación directa con la composición del Congreso de la Unión, por lo que constituye una intromisión a la autonomía del Poder Legislativo.

Asimismo, señala que las reglas para regular el principio de sobrerrepresentación proporcional deben derivar de la ley y no de acuerdos emanados del INE.

- **Violación al derecho político electoral a ser votado**

Determina que la regulación constitucional y legal (artículos 35, fracción II y 55 constitucionales, así como el diverso 10 de la LEGIPE) pretendió salvaguardar el derecho de los ciudadanos de participar en los procesos electorales, quienes se encuentran sujetos a limitaciones proporcionales y razonables, a fin de garantizar que no se vulnere el principio de la equidad en la contienda. Entonces, el INE debe salvaguardar este derecho y no imponer restricciones adicionales mediante la aplicación de una figura que no se contempla en el margen regulatorio.

En su opinión, la interpretación de la norma debe realizarse a la luz de la tutela de los derechos humanos y el principio *pro homine*, contenido en el artículo 1° constitucional, con la finalidad de evitar la inequidad en la contienda.

Aduce una supuesta vulneración de su derecho político electoral, replicado a nivel internacional en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señalando que sólo la Constitución, los tratados internacionales y la ley deben establecer las reglas que regulen el derecho político a ser votado, por lo que, si la figura controvertida no se encuentra en algunos de los supuestos ya establecidos y tampoco existe reconocida atribución al INE para adicionar requisitos que puedan restringir los derechos y oportunidades de los ciudadanos, resulta entonces violatoria.

Afirma que la ley no establece el nexo causal entre el derecho político-electoral de ser votado y los actos políticos, correspondientes al derecho parlamentario, por lo que no encuentra asidero la figura de afiliación efectiva para la configuración del órgano legislativo.

- **Violación al principio de pluralidad política**

Considera que la implementación de la afiliación efectiva enfrenta los derechos de los militantes y simpatizantes de los partidos políticos frente al derecho ciudadano a ser votado, pues pretende obligar a la ciudadanía a afiliarse a algún partido para participar en la distribución de escaños por el principio de RP.

Afirma que, al pretender modificar las reglas de las coaliciones electorales, la autoridad responsable atenta contra el artículo 233 de la LOPJF, el cual dispone

que la jurisprudencia del Tribunal Electoral será obligatoria en todos los casos para las Salas, el INE y las autoridades electorales locales. Lo anterior, ya que el INE pretende incumplir la jurisprudencia 29/2015, de rubro: "CANDIDATOS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR. PUEDEN SER POSTULADOS POR UN PARTIDO POLÍTICO DIVERSO AL QUE SE ENCUENTRAN AFILIADOS, CUANDO EXISTA CONVENIO DE COALICIÓN".

- **Violación al principio de certeza electoral y veda legislativa en materia electoral, conforme al artículo 105 constitucional**

Refiere que, por disposición constitucional (artículo 105 constitucional), las leyes electorales deben promulgarse y publicarse en un plazo de 90 días previos al inicio del proceso electoral y, en el caso, la aprobación del acuerdo impugnado violenta dicha disposición, al pretender establecer reglas adicionales en el citado periodo de veda legislativa electoral, ya que este resulta aplicable a las reformas o modificaciones a reglas fundamentales de carácter sustantivo o trascendente.

En su consideración, para el análisis de los asuntos en que se plantea la violación de la veda legislativa electoral, así como la afectación al principio de autodeterminación y autoorganización de los partidos políticos, es preciso considerar que, del párrafo penúltimo del artículo 105 constitucional, se desprende lo siguiente:

> Prohibición de veto absoluta para promulgar y publicar normas electorales dentro de los noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicar.
>
> - La prohibición relativa que permite al legislador federal o local, una vez iniciado el proceso electoral, realizar modificaciones legales siempre y cuando no sean fundamentales. En el caso, la introducción de la figura de afiliación efectiva, para la distribución de curules por RP, es de carácter fundamental por lo que resulta inconstitucional.

- **Violación al principio de autodeterminación y autoorganización de los partidos políticos**

Que, conforme la jurisprudencia 29/2015 y la normativa constitucional y legal aplicable, se deriva que, dentro de los fines de los partidos políticos se encuentra el de promover la participación del pueblo en la vida democrática del país, contribuir a la organización de la representación nacional, y hacer posible el acceso de los ciudadanos y ciudadanas al poder público. Para lo cual, cuentan con autodeterminación y autoorganización partidaria, y pueden postular militantes de otro partido coaligado, a través de un convenio de coalición como candidatos a cargos de elección popular, siempre que la ley y su normativa lo permita.

- **Errónea interpretación extensiva del concepto de votación nacional efectiva**

Afirma que el Consejo General retoma el criterio establecido en el acuerdo INE/CG181/2018, por el cual efectuó el cómputo local y asignó las diputaciones por RP en el proceso electoral 2017-2018, al realizar una interpretación sistemática y funcional de los artículos 15, párrafo 2 y 16 de la LEGIPE, modificando de manera sustancial el texto normativo, al considerar que, para la obtención de la votación nacional emitida, también deben deducirse los votos de los candidatos no registrados.

Lo anterior, en su consideración, es ilegal, pues el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley General contempla que, para obtener la

votación nacional sólo hay que deducir de la votación total emitida los votos a favor de los partidos políticos que no hubieran obtenido el tres por ciento de dicha votación, los votos emitidos para candidatos independientes y los votos nulos.

En su opinión, lo anterior implica la inaplicación del precepto aludido y trastoca la proporcionalidad de la asignación de diputados de RP, vulnerando el principio de certeza que rige la función electoral.

- **Violación al principio de representación proporcional**

Afirma que es inconstitucional que el INE retome el contenido del acuerdo INE/CG1181/2018 para este proceso electoral, sin analizar el texto constitucional (art. 54, base II), que prevé que, para la distribución de los 200 diputados por RP, basta con que el partido político alcance, por lo menos, el tres por ciento de la votación nacional emitida para listas regionales de las circunscripciones plurinominales, a fin de tener derecho a que se le atribuyan curules.

Así, dicha figura pretende restringir, de nueva cuenta, el derecho a la RP de los partidos y la representación de las minorías.

7.2. El partido **MORENA** se agravia de lo siguiente:

- **Vulneración al principio de definitividad y certeza**

Aduce que se afecta el sano desarrollo del proceso electoral, toda vez que el acuerdo impugnado se aprobó a sólo tres días antes de iniciar el proceso de registro de las candidaturas a las diputaciones federales y a menos de tres meses de la jornada electoral, sin importar que el plazo para el registro de convenios de coalición haya fenecido.

Refiere que, con antelación, la responsable ya había aprobado dichos convenios (los cuales ya son definitivos y firmes) y, con la emisión del acuerdo impugnado, pretende retractarse de esas decisiones, intentando con ello que los actos definitivos sean modificables, generando incertidumbre en el proceso electoral.

Estima que la responsable, de haber tenido incertidumbre o sospechas acerca de la constitucionalidad o licitud de los registros de coalición, debió haberlo hecho saber en la etapa procesal adecuada, ya que se advierte que la emisión del acuerdo que se impugna modifica los convenios de coalición ya aprobados.

- **Incongruencia en relación con los acuerdos de dos mil quince y dos mil dieciocho**

Menciona que, en pasados acuerdos, la responsable resolvió que no existe sobrerrepresentación alguna en la asignación de curules, por lo que no hay razón para que el INE observe (ahora) de manera diferente la distribución y escaños de RP, ya que no ha habido modificaciones en el marco normativo.

- **Indebida fundamentación y motivación**

Afirma que la responsable basó sus consideraciones en argumentos contrarios a los analizados y determinados por la Sala Superior en el SUP- REC-943/2018 y en la jurisprudencia 29/2015, y que la voluntad ciudadana no resulta afectada cuando se cumple con las reglas sobre el origen partidista de los candidatos de una coalición.

- **Extralimitación de facultades y violación al principio de reserva de ley**

La responsable buscó regular la distribución de curules por RP cuando no tiene facultades expresas para ello,

excediendo su ámbito competencial, el cual es conferido al poder legislativo. Asimismo, no tiene facultades para regular aspectos internos en los partidos y coalición, limitando el derecho de los partidos a coaligarse a través de sus convenios, y modificando la voluntad de dichos partidos.

Advierte que, en las leyes aplicables, no existe posibilidad material o jurídica para que la responsable pueda hacer uso de una facultad inexistente para adicionar o cambiar elementos a las leyes expedidas por el Congreso y que, si iba a basar su fundamentación en el artículo 44 inciso jj) de la LEGIPE, debió mencionar explícitamente en qué otra ley se le da la facultad de poder hacer uso de una atribución análoga para poder cambiar y/o adicionar las disposiciones legales previamente establecidas.

Refiere que la "afiliación efectiva" no se encuentra regulada en ningún ordenamiento jurídico, siendo un invento de la responsable que no cuenta con asidero jurídico, modificando reglas al proceso en contravención al artículo 105 Constitucional, con la clara intención de afectar al partido recurrente, y alterando las reglas de asignación, buscando dar un carácter normativo a la figura de afiliación afectiva, la cual no existe en las normas de aplicación y sólo es utilizada para modificar la aplicación de lo establecido en los convenios de coalición.

- **Violación a la autoorganización y autodeterminación de los partidos políticos**

Dado que la ley no contempla ninguna restricción para efecto de que los partidos políticos puedan establecer sus propios mecanismos de selección de precandidatos y candidatos de elección popular, no es jurídico que la responsable intente hacerlo, pues si bien tiene la facultad de verificar (conforme al art. 54 de la Constitución general) que no se traspase el límite de representación del 8%, no así para inventar o proponer nuevas reglas o realizar una doble verificación. Señala que, en términos de los criterios de la Sala Superior y de la Suprema Corte, la medida adoptada en el acto impugnado no es racional, necesaria, ni proporcional.

- **Fragmentación del voto**

Menciona que se vulnera el principio de proporcionalidad al promover un acto de simulación y suplantar la voluntad popular, porque la pertenencia partidista es una cuestión personal y, al permitir que la afiliación de un candidato determine la vinculación del triunfo electoral con un partido político, inaplica lo establecido en la LEGIPE y en la Ley de Partidos, pues autoriza una transferencia del sufragio ciudadano.

Ocasionando que se fragmente la unidad del voto, ya que el voto debe contar tanto para elegir al candidato postulado por la coalición, como para la asignación de curules por el principio de RP, no debe de entenderse en función de la militancia del candidato ganador.

De la Constitución general y de la LEGIPE no se advierte que exista la obligación de la autoridad responsable de analizar de forma especial y cabalmente el origen y adscripción de los candidatos postulados por una coalición que obtuvieron el triunfo, sino que, en todo caso, ese análisis consiste en determinar, con sustento en la documentación que obre en su poder, en específico con lo estipulado en el convenio de coalición, actas de cómputo distrital o constancias de mayoría, a qué partidos políticos les correspondió el triunfo en la elección de diputados por el principio de MR.

En ese sentido, los partidos (a través de sus convenios de coalición) pueden acordar, sin restricción, a qué instituto

político habrá de contabilizarse los triunfos obtenidos por los candidatos postulados bajo esa alianza, y no conforme a la militancia del candidato ganador en el distrito uninominal, lo cual denota que la responsable, al aprobar el acuerdo combatido, se está excediendo en sus atribuciones.

Destaca que contabilizar los votos de MR como de RP, en función de la militancia, no reconoce ni respeta el derecho político-electoral con que cuenta el ciudadano que milita en un partido para contender en un proceso organizado por un instituto político diverso para seleccionar candidatos a diputados de MR y, de resultar ganador en esta contienda interna, ser postulado por una coalición integrada por dos o más partidos.

Ello porque, si el candidato en mención resultara triunfador, la Sala Superior ha considerado que tendría todo el derecho a ocupar el cargo para el que fue electo y los partidos que lo postularon, a través de la coalición, tendrían la obligación de señalar, en el convenio respectivo, que el eventual triunfo del ciudadano en mención deberá ser contabilizado a determinado partido dentro de la coalición, para efectos de la asignación de diputados de RP, y garantizar que en la integración del órgano legislativo se acaten las previsiones constitucionales que tutelan el pluralismo y la proporcionalidad en la representación de las fuerzas políticas atinentes.

- **Jerarquía normativa**

El INE propone legislar sobre una materia que es competencia exclusiva del Congreso de la Unión e impone limitantes distintas a las que prevé la legislación electoral.

Finalmente, refiere que la responsable parte de la falsa premisa de que, con motivo del proceso electoral en curso, habrá una sobrerrepresentación y/o subrepresentación de algún partido político en el Congreso de la Unión, lo que de suyo es un acto futuro de realización incierta (pues eso se podrá conocer hasta en tanto se lleva a cabo la asignación efectiva de los curules); y que, al tomar esa premisa como base y fundamento de su actuar y/o de sus determinaciones (en el caso, del acuerdo que se impugna), se comporta de conformidad con lo que se conoce como una *falacia de petición* de principio que representa una violación a los principios constitucionales de seguridad y certeza jurídica.

7.3. El **PAN** refiere lo siguiente:

- **Vulneración a los principios de pluralidad y proporcionalidad, voto directo, universal e intransferible**

Aduce que la Suprema Corte y la Sala Superior han establecido una línea jurisprudencial dirigida a prohibir la transferencia o distribución de votos, por lo que el acuerdo impugnado violenta el principio de voto directo, ya que el Consejo General debió emitir medidas tendentes a evitar la configuración material de dicho elemento, pues en parte de que, la obligación de la autoridad administrativa electoral es intervenir en fenómenos sociales o políticos que distorsionen en fenómenos sociales o políticos que vulneren los principios constitucionales como ocurrió en dos mil dieciocho.

Afirma que el acuerdo impugnado atiende a los criterios de afiliación efectiva y adscripción del grupo parlamentario, en caso de que la candidatura pretenda la reelección; sin embargo, es omiso en atender y resolver la transferencia de votos en la modalidad de asignación de triunfos.

Señala que en dos mil dieciocho se vivió una situación que impactó de forma directa la distribución de escaños en la

RP, al existir dos partidos políticos que se encontraron sobrerrepresentados por encima del límite constitucional permitido, ocasionando que el resto de las fuerzas políticas obtuvieran niveles de subrepresentación al inicio de la fórmula de asignación.

En ese sentido, estima que el Consejo General es la autoridad responsable de vigilar y hacer cumplir la Constitución general y, por tanto, es la responsable de corregir los elementos de distorsión de las asignaciones plurinominales, mediante la regulación eficiente y efectiva que logre acercar la representación a la proporcionalidad de la votación obtenida en las urnas. Por tanto, debió implementar las medidas de mitigación necesarias para evitar la configuración de la transferencia de votos realizada por las coaliciones electorales bajo la figura de transferencia de triunfos uninominales, medidas que debieron consistir en que los triunfos obtenidos por las coaliciones en los distritos uninominales, para efecto de la asignación de curules por el principio de RP, sean asignados al partido que mayor porcentaje de votación obtenga en la coalición.

Lo anterior, sustentado en la necesidad de respetar las características del voto universal, directo e intransferible pues, si bien, al ejercer el sufragio para el principio de MR existe coincidencia en la postulación por diversos partidos políticos, no resulta de la misma forma para el cómputo de la elección de RP, porque resulta inviable e inconstitucional que se prive al elector de la facultad de que el sufragio incida sobre determinado partido político, siendo esto aplicable específicamente para el principio de RP. Puesto que, de no considerarse así en los hechos y para efectos del cómputo y asignación de espacios plurinominales, el voto depositado hacia un partido político (que obtiene la mayor cantidad de votación por la coalición, incluso, por sus propios votos, obtiene un mayor porcentaje de votación que el resto de los partidos y/o coaliciones) no se refleja en el otorgamiento del triunfo respectivo.

Lo anterior, genera efectos de representación hacia fuerzas políticas distintas a aquellas por las cuales se emite el sufragio, materializando la transferencia de votos en razón de que, en este caso específico, el convenio de coalición electoral, en cuanto al siglado, surte efectos en las fórmulas de RP dada la asignación de triunfos de MR a fuerzas políticas que no obtuvieron esas mayorías de conformidad con la votación, distorsionando de fondo el modelo de RP, en la medida en que la representación de los partidos políticos en las cámaras no resulta acorde a la votación efectivamente recibida.

Puntualiza que, si bien los partidos políticos tienen, al amparo de la libertad de autodeterminación, la facultad de identificar el grupo parlamentario destino de la candidatura y el origen partidista, la determinación del triunfo del partido es un elemento que escapa de la regulación intrapartidaria, por lo que es decisión del electorado y tiene incidencia directa y proporcional en la asignación de curules por el principio de RP.

Refiere que la postulación de candidaturas de MR en los términos del convenio de coalición es un tema diverso a la asignación de diputaciones por el principio de RP, y no es dable que sobre un tipo elección incida en el otro, pues ello equivaldría a avalar que las coaliciones electorales también impactan en la elección plurinominal.

Finalmente, afirma que es una falsa premisa que el siglado de las coaliciones sea absoluto y que la voluntad firmada de los partidos deba respetarse por encima de la voluntad del sufragio ciudadano, por lo que la voluntad del votante, en la representación proporcional, se debe

materializar en el partido votado, incluyendo la voluntad del electorado de asignar el triunfo de mayoría a la fuerza política de su preferencia. Concluir lo contrario, equivale a que el voto surta efectos a favor de un partido político distinto a aquél por el que el ciudadano sufragó.

- **Vulneración a los principios de certeza y seguridad jurídica**

El mecanismo de aplicación impuesto por la responsable trastoca el principio de certeza, al establecer dos apartados que son trascendentales para el proceso electoral federal, particularmente en lo que corresponde a la fecha de inicio de la certificación por parte de la DEPPP y mediante la cual se verificará la "afiliación efectiva", pues este principio tiene como fin que todos los participantes del proceso electoral conozcan previamente con claridad y seguridad las reglas de su actuación y de las autoridades, hecho que no se advierte, pues la posibilidad de que se postergue la fecha y validación de los padrones de militancia, más allá a la fecha de aprobación del acuerdo, pondrá en evidencia una serie de acciones que se traducirán en simulaciones y fraudes a la ley, ya que el mecanismo de mayor certeza es que la verificación se realice tomando en consideración la fecha en la que dicho acuerdo fue aprobado.

Argumenta que ampliar la posibilidad de presentar documentación posterior a la existente al momento del registro de candidaturas y verificación de afiliación efectiva, consistente en algún tipo de documentación que acredite alguna afiliación, es incongruente y desproporcionada, pues constituye una posición ventajosa y desmedida.

- **Violación al principio de autenticidad del voto**

En cuanto a la correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección, estima que los alcances y objeto del principio de RP no son reflejados en el acuerdo, así como que no se atiende el hecho de que el número de curules que corresponden a cada partido por ambos principios corresponda al porcentaje alcanzado de la votación nacional emitida, buscando que la representación en el órgano legislativo sea proporcional y dentro de los límites de sobrerrepresentación.

Lo anterior, lleva a que, en la realidad, se observe que uno o varios partidos políticos están fuera de los márgenes constitucionales de limitación, por lo que el acuerdo combatido debe realizar ajustes, ya sea no asignándoles o dándoles curules de RP necesarias para que estén dentro de los parámetros exigidos por la normativa, sin que sea dable hacer un ajuste respecto a las diputaciones obtenidas por el principio de MR, pues están fuera del procedimiento de asignación establecida en la Constitución general y la Ley adjetiva.

8. Estudio de fondo

8.1 Metodología de estudio

Para efecto de una mayor claridad en el estudio de fondo del presente asunto, se anuncia que primero se llevará a cabo la definición del marco conceptual y normativo que rodea a las figuras jurídicas de la RP y las coaliciones para, después de ello, analizar las facultades y competencia del INE, respecto al acuerdo controvertido, analizándose la oportunidad en su emisión, así como los principios de definitividad, certeza y jerarquía normativa.

Finalmente (en el último apartado de esta ejecutoria), se estudiarán los agravios expuestos por los partidos políticos, a fin de constatar la constitucionalidad del concepto de afiliación efectiva (que propone el acuerdo controvertido), con

relación al principio de autodeterminación y organización de los partidos políticos, la presunta vulneración a los derechos de la militancia y contravención de la jurisprudencia 29/2015 de esta Sala Superior, así como la supuesta alteración de la voluntad de la ciudadanía y prohibición de transferencia de votos, además de la violación al principio de autenticidad del voto aducida que, según los promoventes, se propicia con el acto impugnado.

9. Marco general aplicable al caso concreto

9.1 Contexto histórico del sistema de representación proporcional

La RP tiene sus antecedentes en el siglo XIX. John Stuart Mill, sostenía que "[…] es una parte esencial de la democracia el que las minorías estén adecuadamente representadas. Sin esto no es posible una democracia verdadera, sino una falsa apariencia de la democracia"

Dicho sistema implica la asignación de curules, atendiendo al porcentaje de fuerza representativa de una opción política, por lo que, en su forma más pura, no atiende a una elección directa por parte del electorado, sino a una relación directa entre el porcentaje de votos obtenidos, con el porcentaje de curules asignadas.

Lo anterior, con la intención de evitar que fuerzas relevantes pero minoritarias resulten excluidas, al no alcanzar la MR o simple para obtener un escaño uninominal en una demarcación territorial específica.

No obstante, la RP como sistema único, encuentra detractores, dado que puede implicar un alejamiento entre la ciudadanía y el representante popular, pues éste no es elegido directamente por aquélla. Debido a lo anterior, diversos países han adoptado un sistema mixto.

La implementación del sistema de RP en el mundo comenzó a principios del siglo XX (Bélgica -1899- Cuba y Suecia -1907-), adoptándose en otras partes del mundo poco antes de la Primera Guerra Mundial, habiéndose ya consolidado como un sistema necesario en la mayoría de las democracias actuales.

Predomina en América Latina y en Europa Occidental. Asimismo, se encuentra en un tercio de los sistemas utilizados en África.

Hasta 1977, en México no se tenía un antecedente claro de la aplicación de este sistema en el contexto electoral. En la reforma constitucional de ese año, se modificó el sistema democrático representativo mexicano, al contemplar la posibilidad de que existieran diputados de partido plurinominales.

Por su parte, la reforma constitucional de 1986 aumentó el número de diputados electos por el principio de RP de 100 a 200.

En 1993, se eliminó la Cláusula de Gobernabilidad, y se disminuyó de 350 a 315 el tope de diputados por ambos principios que podía tener un partido político en la Cámara de Diputados.

En 1996, se ajustó nuevamente el límite máximo de diputaciones para que fuera de 300. Además, se incluyó una nueva disposición que establecía que, en ningún caso, un partido político podría contar con un número de diputados por ambos principios que representara un porcentaje del total de la Cámara que excediera en 8 puntos a su porcentaje de votación nacional emitida.

9.2 Marco constitucional del principio de representación proporcional

En la actualidad, el artículo 53 de la Constitución general establece que la Cámara de Diputados estará integrada por 500 diputados: 300 correspondientes a

distritos uninominales que serán elegidos según el principio de votación MR, y 200 según el principio de RP.

Lo anterior, implica la adopción de un sistema mixto de representación con dos mecanismos de elección que encuentran en el voto el elemento común a partir del cual se determinará a qué persona o fuerza política le ha otorgado la ciudadanía la posibilidad de ocupar escaños en el órgano legislativo.

Dicho sistema se compone, por una parte, de la posibilidad de que existan fórmulas de candidatos postuladas (ya sea por fuerzas partidistas o de forma independiente) en 300 distritos uninominales, cuya elección se realiza de forma directa, mediante la obtención del voto ciudadano en cada demarcación. Así, aquella fórmula que obtenga la MR de los votos será la que se declare triunfadora en cada distrito.

Por otra parte, para efectos de la elección de las 200 diputaciones restantes, se implementó el sistema de RP, que implica la asignación de diputaciones a los distintos partidos políticos que hayan alcanzado un mínimo de tres por ciento de la votación válida emitida[5], buscando que su representación en el órgano legislativo refleje la fuerza representativa alcanzada por la obtención de votos.

Tal configuración tiene por objetivo que, en su conjunto, las curules obtenidas por un partido político por ambos principios, sea acorde con el porcentaje de votos obtenido en la contienda, a nivel nacional.

Ahora bien, dada la dinámica de las elecciones, existen divergencias naturales en la relación voto-representación, situación que la Constitución general reconoce, por lo que estableció un límite máximo de diputaciones que una fuerza puede detentar y un margen porcentual de ocho puntos que posibilita a un partido político contar con un número de curules por ambos principios que exceda su porcentaje de votación hasta el límite referido.[6]

El sistema constitucional descrito encuentra sus razones en la necesidad de asegurar la presencia plural de las fuerzas políticas que representan el sentir de la sociedad, pero que, bajo un sistema exclusivo de MR, resultarían excluidas de la configuración legislativa. Asimismo, busca evitar la sobrerrepresentación de los institutos políticos dominantes, frente a aquellos que son de carácter minoritario.[7]

De lo anterior, se desprende que el pluralismo político y la proporcionalidad en la representación se erigen como valores constitucionales indiscutibles y que irrogan el diseño, interpretación y aplicación de las disposiciones que regulan los mecanismos de obtención, conteo de votos y asignación de curules.

Ahora bien, como se señaló previamente, el ingrediente o elemento del que parte el diseño sistémico de representación es el voto, siendo éste el parámetro que sirve de guía para determinar si los escaños alcanzados por un instituto político son proporcionales a la fuerza electoral que le ha sido otorgada por la ciudadanía.

En nuestro país, el sistema se sustenta en un solo voto por ciudadano, mismo que tras su cómputo posibilita el otorgamiento del triunfo a favor o en contra de un candidato en MR y que, a su vez, permite dilucidar la fuerza representativa de una opción política para el fin de realizar la asignación de escaños RP.

5 Artículo 54, fracción II de la Constitución general

6 Artículo 54, fracciones IV y V de la Constitución general

7 Jurisprudencia de la Suprema Corte de rubro: MATERIA ELECTORAL. EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL COMO SISTEMA PARA GARANTIZAR LA PLURALIDAD EN LA INTEGRACIÓN DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS.

Existen sistemas distintos al nuestro que, en su propia lógica, permiten la existencia de votos diferenciados o de dos votos para que la ciudadanía defina, por un lado, los escaños de MR y, por otro, la fuerza que otorga a las opciones políticas en un contexto de RP.

Sin embargo, sin importar el tipo de sistema, lo que es un elemento común, es la necesidad de que la configuración de los órganos refleje la voluntad popular en cuanto a la representación que otorga la ciudadanía a las fuerzas políticas contendientes, es decir, la equitativa proporción entre la cantidad de votos obtenidos por los partidos políticos y el número de curules a que tengan derecho en el órgano legislativo.[8]

Atendiendo a los valores de pluralidad y proporcionalidad en la representación, el diseño normativo constitucional, establece distintas bases que regulan la elección de los doscientos diputados por RP[9], parte de las cuales han sido comentadas en párrafos anteriores, pero que conviene señalar para evidenciar la intención del constituyente permanente:

I. *Un partido político, para obtener el registro de sus listas regionales, deberá acreditar que participa con candidatos a diputados por mayoría relativa en por lo menos doscientos distritos.*

   Esta base se encuentra dirigida a salvaguardar la integridad del sistema, pues asegura que en realidad las fuerzas políticas participen en la lógica mixta de MR y RP, evitando que en los hechos se termine compitiendo bajo un mecanismo puro de RP.

II. *Todo partido político que alcance por lo menos el tres por ciento de la votación válida emitida para las listas regionales de las circunscripciones plurinominales tendrá derecho a que le sean atribuidos diputados según el principio de RP.*

   En este caso, la normativa reconoce la necesidad de que exista un parámetro objetivo para considerar que una fuerza política cuenta con una representatividad relevante. Ello, toda vez que la implementación de RP se relaciona directamente con el valor de pluralidad, en cuanto a que opciones relevantes, pero minoritarias, accedan a los escaños y puedan ejercer la representación que se desprende de los votos alcanzados.

III. *El partido político que cumpla con las dos bases anteriores, independiente y adicionalmente a las constancias de mayoría relativa que hubiesen obtenido sus candidatos, le serán asignados por el principio de RP, de acuerdo con su votación nacional emitida, el número de diputados de su lista regional que le corresponda en cada circunscripción plurinominal. En la asignación se seguirá el orden que tuviesen los candidatos en las listas correspondientes.*

   Esta base evidencia la naturaleza mixta del sistema e introduce como elemento referencial para la asignación, el concepto de "votación nacional emitida", concepto que, a su vez, representa el cumplimiento al valor de la proporcionalidad voto-representación.

8 Criterio sostenido por esta Sala Superior en los expedientes SUP-JRC-209/99; SUP-REC-57/2003; SUP-JDC-1617/2006; SUP-REC-67/2009; SUP-REC-68/2009; SUP-REC-69/2009; SUP-JDC-658/2009, SUP-JDC-659/2009, SUP-JDC-660/2009 y SUP-JDC-661/2009, acumulados; SUP-REC-936-2014; así como SUP-JDC-567/2017 y acumulados.

9 Artículo 54, fracciones I a VI de la Constitución general.

IV. Ningún partido político podrá contar con más de trescientos diputados por ambos principios.

En este caso, el entramado normativo establece una limitante al número de diputaciones, con objeto de evitar un efecto pernicioso del sistema de elección que pudiera llevar a una disminución de las distintas fuerzas en la configuración de la Cámara de Diputados, cumpliendo así con el valor de pluralidad.

V. En ningún caso, un partido político podrá contar con un número de diputados por ambos principios que representen un porcentaje del total de la Cámara que exceda en ocho puntos a su porcentaje de votación nacional emitida. Esta base no aplicará al partido político que, por sus triunfos en distritos uninominales, obtenga un porcentaje de curules del total de la Cámara, superior a la suma del porcentaje de su votación nacional emitida más el ocho por ciento.

En la base descrita, se materializa la intención de respetar el valor de proporcionalidad, así como el parámetro para analizarla, pues se establece que no puede existir una discrepancia mayor a ocho puntos entre las curules con que cuenta una fuerza política y la votación obtenida por ésta, proporcionalidad que debe respetarse con la única excepción de que sea rota por la obtención de curules en MR.

VI. En los términos de lo establecido en las fracciones III, IV y V anteriores, las diputaciones de representación proporcional que resten después de asignar las que correspondan al partido político que se halle en los supuestos de las fracciones IV o V, se adjudicarán a los demás partidos políticos con derecho a ello en cada una de las circunscripciones plurinominales, en proporción directa con las respectivas votaciones nacionales efectivas de estos últimos. La Ley desarrollará las reglas y fórmulas para estos efectos.

En esta última base, la norma constitucional perfila la construcción de la fórmula que resulte aplicable para la asignación de diputaciones por RP, destacando que otorga mayor importancia al cumplimiento de los valores de pluralidad y proporcionalidad, por lo que mandata que la fórmula prevea un mecanismo de asignación que resuelva, primeramente, las posibles discrepancias en cuanto a las curules obtenidas y el porcentaje de votación obtenido y, posteriormente, permita asignar las curules restantes a los partidos que no se colocaron en dicha discrepancia.

Como se ve, el diseño constitucional sustenta la adopción del sistema mixto de representación en la necesidad de salvaguardar los valores antes expresados y es en esa lógica que se configuró el entramado normativo, estableciéndose incluso el parámetro de prioridad en el diseño e implementación de la fórmula respectiva, mandatando a que las disposiciones legales establezcan las reglas correspondientes, en atención a la prioridad referida.

En este contexto constitucional, es que se inserta la regulación en materia de asignación de curules por el principio de RP que se desprende de lo dispuesto por los artículos 15, 16 y 17 de la LEGIPE.

9.3 Sistema de asignación de curules por el principio de representación proporcional

Para efectos de cumplir con el mandato constitucional, la LEGIPE establece el sistema de asignación de curules por el principio de RP, utilizando como parámetro esencial el voto, a efecto de que la distribución de curules refleje la representación otorgada por la ciudadanía. Para ello, define los siguientes conceptos[10]:

- **Votación total emitida**: suma de todos los votos depositados en las urnas.

- **Votación válida emitida:** número de votos que resulta de deducir al total de los depositados en las urnas, los votos nulos y los correspondientes a candidatos no registrados.

- **Votación nacional emitida:** número de votos que resulta de deducir de la votación total emitida, aquellos que corresponden a partidos políticos que no hayan obtenido el tres por ciento de dicha votación, los votos emitidos para candidatos independientes y los votos nulos.

Lo anterior, con objeto de contar con un universo de votos directamente relacionado con los partidos políticos contendientes y así estar en posibilidad de conocer el porcentaje que representan como fuerza política, en relación directa con la voluntad popular y, con ello, desarrollar la fórmula correspondiente. Asimismo, dichos conceptos posibilitan detectar si algún partido político no alcanzó el umbral de votos necesario para participar de la fórmula y contar con el parámetro porcentual necesario para detectar la existencia de sobrerrepresentación.

Lo anterior evidencia que la fórmula desarrollada para la asignación tiene por objetivo alcanzar el valor de proporcionalidad que se desprende de la normativa constitucional.

Además de los valores correspondientes a los tres conceptos descritos, el sistema de asignación hace uso de los siguientes elementos[11] :

- **Cociente natural:** resultado de dividir la votación nacional emitida entre los 200 diputados de RP.

- **Resto mayor:** remanente más alto entre los restos de las votaciones de cada partido político, una vez hecha la distribución de curules mediante el cociente natural, ello cuando aún hubiese diputaciones por distribuir.

Los dos conceptos referidos representan el común denominador que debe ser utilizado para asignar las diputaciones por RP. En esencia, el cociente natural constituye el número de votos que son necesarios para alcanzar una curul, lo que permite calcular el total de curules que, en principio, podrían ser asignadas a un partido político.

Por su parte, el resto mayor es un elemento que permite distribuir las curules que, una vez aplicado el cociente natural, no fueron asignadas. En sí, es un parámetro objetivo consistente en asignar las curules restantes en orden descendiente del total de votos que no fueron deducidos de la aplicación del cociente, es decir, del total de votos restantes de los partidos politicos una vez utilizados los votos correspondientes a la aplicación del cociente.

Estos conceptos reflejan con claridad la relación voto-representación y la intención del legislador de asegurar que la

10 Artículo 15, numeral 1 de la LEGIPE

11 Artículo 16 de la LEGIPE

asignación de curules por el principio de RP garantice el valor de proporcionalidad.

Ahora bien, en síntesis, el desarrollo de la fórmula implica, como primer paso, determinar los diputados que corresponden a cada partido político, aplicando el cociente natural y el resto mayor. Lo anterior, con el objeto de conocer el total de curules de RP que correspondería de acuerdo con la votación obtenida.

Con dicha información, la regulación establece, tal y como lo mandata la Constitución general, que deberá verificarse si algún partido político alcanzó los límites establecidos en las fracciones IV y V del artículo 54 del máximo ordenamiento (límite máximo de 300 diputados por ambos principios y límite de sobrerrepresentación de 8 puntos); para lo cual, es preciso conocer el total de diputaciones que corresponden a cada partido político por el principio de MR.[12]

Ello, con el objeto de conocer el total de diputaciones por ambos principios y compararlo con el porcentaje de votación de cada partido político.

En caso de que algún partido hubiere excedido los límites referidos, le serán deducidos los diputados excedentes por el principio de RP y éstos serán distribuidos entre las demás fuerzas políticas.

Lo anterior, ilustra cómo el legislador reconoce la posibilidad de discrepancia en la relación voto-representación e implica la importancia de resolver tal circunstancia, antes de llevar a cabo la asignación final de diputaciones.

En una segunda etapa, se realizará la asignación por circunscripción a los partidos políticos que se hubieren colocado más allá de los límites constitucionales, una vez deducidas las diputaciones para corregir tal circunstancia.

Posteriormente, se asignará el resto de curules a los demás partidos, aplicando, nuevamente, un cálculo sobre la votación nacional y el cociente que será aplicable, ello con base en el siguiente concepto:[13]

- **Votación nacional efectiva:** total de votos resultante de restar a la votación nacional emitida, los votos del partido o partidos que se hubieren colocado en alguno de los límites constitucionales y, por lo tanto, a los que ya se les hubiere hecho la asignación respectiva.

Así, una vez obtenida la votación nacional efectiva, se calcula el nuevo cociente natural y se realiza la asignación. Primero, para obtener el total de curules que corresponde a los partidos restantes y, posteriormente, para realizar la distribución por circunscripción.

En resumidas cuentas, la fórmula legal tiene por objetivo que la asignación de diputaciones por el principio de RP cumpla con el valor de proporcionalidad perseguido constitucionalmente, mediante la adopción del sistema mixto de representación.

Ahora bien, no obstante el diseño legal de la fórmula de asignación, existen diversos supuestos en los que es posible que se presenten distorsiones o discrepancias en la relación voto-representación, resultante de la asignación, ante lo cual, la autoridad electoral está impelida a proteger los valores constitucionales de pluralidad y proporcionalidad, contando con un margen de actuación que le permita adecuar, en lo posible, los criterios de aplicación de la fórmula, a efecto de paliar tales distorsiones, siempre y cuando ello no implique una modificación al sistema establecido constitucional y legalmente.

12 Artículo 17, numeral 2 de la LEGIPE

13 Artículo 18, numeral 1 de la LEGIPE

En este contexto, el acuerdo impugnado tiene por objeto (de acuerdo con la motivación expresada por la autoridad responsable) resolver posibles distorsiones que se pueden presentar en la asignación de curules por el principio de RP, específicamente en el caso en que existan partidos políticos que hayan participado en coalición.

Por lo anterior, y con objeto de clarificar el marco regulatorio y conceptual que envuelve el caso que nos ocupa, a continuación, se hace una referencia al régimen de coaliciones y partidos políticos.

9.4 Régimen de las coaliciones y partidos políticos

Como ya se analizó, existe en nuestro país un diseño constitucional y legal de competencia partidista, sustentado en un sistema electoral mixto,[14] compuesto por los principios de MR y RP para la integración del poder legislativo federal.

Es sobre el primero de ellos (MR), que gravita la figura de las coaliciones, proporcionando a los partidos políticos un margen asociativo y competitivo mayor, en la medida en que pueden maximizar sus estrategias partidistas y configurar, de manera anticipada, la conformación de los grupos parlamentarios que resultarán de una elección (a partir de la posibilidad, de que, conforme al convenio respectivo, se postule como candidato de MR a un militante de otro partido político coaligado), sin que ello implique, por sí mismo, algún tipo de permisibilidad para alterar, dirigir o convenir alguna modificación a la votación emitida en una elección o a la intención de los votantes, que pudiera resultar contraria al interés público.

9.4.1 Evolución normativa

En ese orden de ideas, la figura de la coalición constituye una circunstancia posible en la contienda política, que tiene por objeto que dos o más partidos políticos postulen candidaturas.[15] En el ámbito legislativo, su incorporación data del año 1946 en la otrora Ley Federal Electoral, para posteriormente ser objeto de diversas modificaciones, hasta la trascendente reforma constitucional y legal de 2014.

Desde su implementación, se estableció la posibilidad de que los partidos políticos pudieran coaligarse para una sola elección, con la condición de que se celebrara el convenio correspondiente con noventa días de anticipación a la jornada electoral, en el que se insertaran sus finalidades comunes y se llevara a cabo el registro correspondiente ante la Secretaría de Gobernación. Estas características prevalecieron en similares términos en la Ley Federal Electoral de 1951.

Más tarde, en la Ley Federal Electoral de 1973, se incorporaron particularidades adicionales, como la publicación del convenio en el Diario Oficial de la Federación, así como la previsión de que los partidos políticos tuvieran los mismos derechos, prerrogativas y obligaciones que dicha Ley confería a un partido político nacional.

Posteriormente, en la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de 1977, se estableció de manera expresa la posibilidad de celebrar coaliciones para más de una elección; esto es, para presidente de la República y senadores (parcial o total), así como de diputados federales de MR (parcial) y de RP (total), con la particularidad de que

14 Entendiendo a un sistema electoral como "el conjunto de métodos para traducir los votos de la ciudadanía en escaños de representantes". Lijphart, Arend, *Sistemas electorales y sistemas de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, página 29.

15 En la acción de inconstitucionalidad 26/2014 y sus acumuladas 26, 28 y 30 de 2014, se define a las coaliciones como "la unión temporal de dos o más partidos políticos con la finalidad de participar en apoyo de un mismo candidato a un puesto de elección popular en un proceso electoral determinado".

los candidatos debían presentarse bajo un solo registro y emblema.

En esa ocasión, se estableció que los votos contarían para la propia coalición, excepto cuando los partidos políticos convinieran que, para efectos del registro, se atribuyeran a uno de los partidos coaligados, con la posibilidad de establecer, en el convenio respectivo, la estipulación de que los votos contaran para un partido para efectos de registro o, en su caso, a la coalición que podía solicitar su registro como nuevo partido político.
Como se puede observar, se trata de un diseño legal que establecía la posibilidad de que se llevara a cabo una transferencia de votos entre los partidos coaligados y que la propia coalición (terminado el proceso electoral), tuviera la oportunidad de pedir su registro legal. Asimismo, se preveía la implementación de candidaturas comunes por dos o más partidos políticos sin mediar coalición, con la particularidad de que los votos se contarían a favor de cada uno de ellos y se sumarían al candidato.

Mas tarde, en el Código Federal Electoral de 1987, se reguló la posibilidad de que los partidos coaligados conservaran su registro al término de la elección, si la votación de la coalición era equivalente a la suma de los porcentajes que requería cada partido político del 1.5% de la votación nacional. De manera particular, se establecía que los votos que obtuviera un candidato de la coalición serían para el partido bajo cuyo emblema participó en los términos señalados por el convenio respectivo, además de que, frente a las autoridades electorales, la coalición actuaría como un solo partido.

De manera particular, se señaló que en el convenio debía referirse el emblema o colores del partido bajo el cual participarían las candidaturas. De igual forma, se establecía que los partidos no podían postular candidaturas en aquellos distritos electorales donde ya hubiere de la coalición de la que formaban parte.

Por su parte, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de 1990, por primera vez, estipuló de manera expresa la prohibición de que ningún partido político pudiera registrar a una candidatura de otro partido político, salvo que existiera una coalición. Se indicaba que las coaliciones actuarían como un solo partido ante la autoridad electoral; aunado a que se debía acreditar que los órganos internos de los partidos habían autorizado la celebración de los convenios y plataformas correspondientes, además de que se presentaran candidaturas en cada uno de los 300 distritos electorales.

De manera destacada, se estipulaba que debería especificarse la forma para distribuir entre los partidos políticos coaligados los votos, para efectos de la elección por el principio de RP, así como la forma en que se distribuiría el financiamiento público.

Asimismo, en el año 2008, se expidió un nuevo Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que modificó aspectos importantes del régimen de las coaliciones: i) la posibilidad de que pudieran participar las agrupaciones políticas nacionales; ii) que, con independencia del tipo de elección y términos del convenio, cada partido aparecería con su propio emblema en la boleta electoral;[16] iii) que cada partido coaligado registraría sus propias listas de candidatos a diputados y senadores de RP; iv) que los partidos mantendrían en lo individual su representación ante las autoridades electorales; v) así como incorporar el principio de uniformidad que implica (de manera general) que

16 Lo que permitiría "transparentar la fuerza electoral de cada uno de los partidos coaligados según la intención de los votantes expresada en la urna". Acción de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 y 65/2008.

ningún partido político participara en más de una coalición y éstas no podrían ser diferentes.

Llama la atención que en dicho Código se había incorporado una regla que establecía la posibilidad de que un partido coaligado que no alcanzara la votación para conservar su registro y, en consecuencia, participara en la asignación de diputaciones por el principio de RP, podía entonces tomar el porcentaje de votación necesario de la votación de los partidos que hayan superado esos requisitos, hasta alcanzar el umbral del dos por ciento.[17]

Cabe destacar, que dicha porción normativa fue invalidada por la Suprema Corte al resultar inconstitucional dado que en los hechos constituía una alteración del voto afectando su integralidad, así como la intención del votante.[18]

Adicionalmente, nuestro Alto Tribunal concluyó que se violaba el principio de igualdad con relación a los partidos que no se coaligaban porque a estos nadie les transfería votos (lo que no representaba un fin constitucionalmente válido); aunado a que, desde la perspectiva de la utilización de los votos para que un partido alcanzara su registro y se le asignaran diputaciones por RP, **se vulneraba tanto la voluntad de los electores (por alterar la correspondencia del voto con el partido que se quiso votar), como el principio constitucional de elecciones auténticas**.[19] Adujo que un contenido normativo de ese talante (de otorgar votos a un partido por el que no se votó para efectos de registro y asignación de RP por virtud de un convenio de coalición), no genera certidumbre y afecta el principio constitucional de objetividad, toda vez que las reglas y mecanismos que lo componen distan de evitar situaciones conflictivas sobre los actos previos a la jornada electoral, en su desarrollo y en las etapas posteriores a la misma.

Finalmente, señaló que una premisa para analizar el **diseño legal de las coaliciones es que deben atender sustancialmente al principio de razonabilidad**. Enfatizó que si la determinación del legislador ordinario federal era establecer la posibilidad normativa de que los partidos políticos nacionales participen en forma coaligada en los procesos electorales federales, entonces puede determinar los términos y las condiciones respectivas, siempre que no resulten arbitrarias, innecesarias, desproporcionadas o no cumplan con criterios de razonabilidad.[20]

17 Junto con la posibilidad de señalar, de ser el caso, el partido político al que pertenecía originalmente cada uno de los candidatos registrados por la coalición y el señalamiento del grupo parlamentario o partido político en el que quedarían comprendidos en el caso de resultar electos.

18 Así lo consideró en los siguientes términos: "Dado el mecanismo de transferencia de un determinado porcentaje de votos previsto en la norma cuya validez se reclama, la voluntad expresa de un elector, es decir, de un ciudadano que ejerce el derecho fundamental a votar, establecido en el artículo 35, fracción I, constitucional, manifestada a través del voto en favor de un determinado partido político coaligado, se ve alterada, menoscabada o manipulada, toda vez que su voto puede ser transferido a otro partido político de la coalición que si bien alcanzó el uno por ciento de la votación nacional emitida, no obtuvo el mínimo requerido para conservar el registro y participar en la asignación de diputados por el principio de representación proporcional." Acción de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 y 65/2008.

19 Lo reflexionó de la siguiente manera: "El procedimiento previsto para que los partidos que se coaliguen puedan transferirse un determinado porcentaje de votos, aun con los requisitos y límites establecidos, **viola la voluntad expresa del elector**, como se estableció, y, por ende, **el principio constitucional de elecciones auténticas previsto en el invocado artículo 41 constitucional**, toda vez que, mediante el mecanismo de transferencia de un determinado porcentaje de votos a uno o más partidos, que si bien alcanzaron, por lo menos, un uno por ciento pero no el umbral mínimo del dos por ciento, se permitiría que un partido coaligado que no obtuvo suficiente fuerza electoral en las urnas ciudadanas para alcanzar o conservar su registro legal y acceder a la representación ciudadana obtuviera un porcentaje de votación que no alcanzó realmente, con lo cual **la fuerza electoral de ese partido devendría artificial o ficticia**.
En consecuencia, **los votos emitidos por los ciudadanos se manipularían**, lo cual **impacta la calidad democrática de la elección** y, por lo tanto, **el principio constitucional de elecciones auténticas establecido en el artículo 41 constitucional**." Acción de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 y 65/2008. Énfasis añadido.

20 En ese sentido estimó que "los criterios de razonabilidad constituyen un parámetro para el control del poder que tiene su razón de ser en el concepto mismo de Estado de derecho o imperio del derecho, que tiene como una de sus aspiraciones principales someter el poder al Derecho".

9.4.2 Regulación constitucional y legal actual

En el año 2014, se emitió la nueva LEGIPE que recogió gran parte de las especificaciones normativas que gradualmente fueron incorporándose en las legislaciones señaladas anteriormente.

Cabe recordar que las coaliciones no están reguladas de manera expresa en algún artículo constitucional.[21] La Constitución general en el artículo 41, párrafo segundo, fracción I, indica que será la ley la que determinará las normas y requisitos para el registro de los partidos políticos (tanto nacionales como estatales o locales), así como las formas específicas de su intervención en un proceso electoral. Se trata en consecuencia de un **derecho de base legal**.[22]

En todo caso, la libertad de asociación en materia política inmersa en las coaliciones,[23] garantiza la formación de asociaciones de diversas tendencias ideológicas, que fortalecen la vida democrática del país.

Empero, el derecho de asociación en materia política (ya sea desde el punto de vista de la ciudadanía o de los partidos políticos), no es absoluto o ilimitado, pues su ejercicio debe ser pacífico, tener un objeto lícito y sólo puede ser ejercido por ciudadanos mexicanos, en pleno goce de sus derechos políticos, lo cual es acorde con lo dispuesto en los artículos 9, 33 y 35, fracción III de la Constitución general.

De esa manera, los partidos políticos pueden recurrir a determinadas formas asociativas, como lo es la propia coalición, los frentes y las fusiones (con fines distintos cada una), con el propósito de cumplir con sus finalidades constitucionales, de acuerdo con los términos, condiciones y modalidades que establezca el legislador; siempre que las mismas no sean arbitrarias, irracionales o desproporcionadas, respecto del núcleo esencial del derecho que tienen de participar en un proceso electoral.

De acuerdo con lo anterior, no puede decirse que en un convenio de coalición prevalezca la voluntad de los partidos políticos como ley suprema, toda vez que son entidades de interés público cuya función primordial (en la lógica de un Estado democrático de derecho) es hacer cumplir el principio democrático y los fines que constitucionalmente tienen asignados, **por lo que no puede decirse que gocen de una autonomía absoluta** para pactar todo aquello que estimen conveniente, en aras de ganar los sufragios de los electores.

En esa tesitura, en su diseño actual las coaliciones presentan las siguientes características principales:[24]

- Podrán formarse coaliciones para elegir presidente de la República, así como senadores y diputados, **únicamente por el principio de MR.**

- Se prevé la posibilidad de que se conformen en elecciones locales para gobernador (o jefe de Gobierno), diputados locales por MR y ayuntamientos (o alcaldías).

21 No obstante, es preciso señalar que en el inciso f) del segundo transitorio del Decreto de reformas a la Constitución en materia político electoral de dos mil catorce, se establecieron bases mínimas que la actual Ley general debía para la implementación de las coaliciones: i) deben implementarse bajo un sistema uniforme ya sea en el ámbito federal o local, se podrá solicitar hasta le fecha de inicio de las precampañas, podrán totales, parciales o flexibles, así como las reglas conforme a las cuales aparecerán sus emblemas en las boletas electorales y las modalidades de escrutinio y cómputo de los votos y la prohibición de que un partido político no podrá coaligarse en su primer proceso electoral.

22 En ese sentido, la Suprema Corte ha señalado que "el pluralismo político garantizado por el artículo 41 constitucional no pasa necesariamente por el reconocimiento de las coaliciones partidarias". Acción de inconstitucionalidad 26/2014 y sus acumuladas 26, 28 y 30 de 2014.

23 El artículo 85, párrafo 2 de la Ley de Partidos refiere que los partidos políticos para fines electorales, podrán formar coaliciones para postular los mismos candidatos en las elecciones federales.

24 Artículos 23, párrafo 1 y 87 a 92 de la Ley de Partidos, así como 12 de la LEGIPE.

- Los partidos políticos no podrán postular candidatos propios donde ya lo hubiere hecho la coalición y viceversa.

- Ningún partido político podrá registrar a un candidato de otro partido político, salvo que se trate de una coalición.

- Deberá celebrarse el convenio respectivo (por dos o más partidos) que contendrá los requisitos previstos en el artículo 91 de la Ley de Partidos.

- **Los partidos no podrán celebrar más de una coalición en un mismo proceso electoral federal o local.**

- Los partidos políticos no podrán distribuir o transferirse votos mediante el convenio de coalición.

- Concluida la etapa de resultados y de validez de elecciones de diputados y senadores, terminará automáticamente la coalición.

- Los senadores o diputados de la coalición que resulten electos quedarán comprendidos en el partido político o grupo parlamentario que se haya señalado en el convenio.

- Con independencia del tipo de coalición **cada partido aparecerá con su propio emblema en la boleta electoral.**

- Los votos se sumarán para la candidatura de la coalición **y contarán para cada uno de los partidos políticos para todos los efectos previstos en esta Ley.**

- Los casos en que en la boleta se hubiese marcado más de una opción de los partidos coaligados, serán considerados válidos para el candidato postulado y contarán como un solo voto.

- Los partidos coaligados deberán registrar **listas propias** de candidaturas a diputaciones y senaduría por el **principio de RP**.

- Las coaliciones deberán ser uniformes y ningún partido podrá participar en más de una.

- Las coaliciones podrán ser totales (cien por ciento de candidaturas de una elección), parciales (cincuenta por ciento de candidaturas) o flexibles (veinticinco por ciento de candidatas y candidatos).

- Deberá acreditarse que las coaliciones se aprobaron por los órganos partidistas correspondientes, junto con las plataformas electorales y los programas de gobierno de la coalición o de un partido.

- Cada partido político conservará su propia representación ante las autoridades administrativas electorales.

- Con relación a los topes de gastos de campaña las coaliciones serán consideradas como un solo partido.

- Les resulta aplicable la restricción constitucional de contratar o adquirir tiempos adicionales en radio y televisión.

Así, la normativa electoral dispone una serie de reglas a observarse previo a consolidar una coalición, como otras más que deben ser atendidas una vez concretada, en el entendido que se trata de una asociación temporal, que no implica la creación de una persona jurídica diversa como antaño se preveía (con posibilidad incluso de registrarse como nuevo partido político). En cambio, **cada partido político conserva su individualidad,** siendo ello una de las principales características del régimen actual de las coaliciones. Esto es, una coalición no constituye necesariamente una persona jurídica distinta de los partidos políticos que la conforman.

De manera destacada, en los artículos 87, párrafo 11 y 91, párrafo 1, inciso e), de la Ley de Partidos, se establece una obligación o directriz para los partidos políticos, que resulta relevante para la resolución del presente asunto, que consiste en señalar el partido político al que pertenece originalmente cada candidatura registrada por la coalición y el grupo parlamentario o partido político en el que quedarán comprendidos en el caso de resultar electos.

Al amparo de las coaliciones, se establece la viabilidad de maximizar las opciones para que los partidos presenten candidaturas competitivas en el ámbito federal para las elecciones de diputados y senadores, **únicamente por el principio de MR, por lo que cada fuerza política deberá registrar sus propias listas de candidaturas por el principio de RP.**[25]

Entendida de esa manera dicha disposición legal, permite que una vez que se conocen los triunfos en cada distrito electoral, el INE lleve a cabo el indefectible ejercicio constitucional de verificar que, en la etapa de asignación de diputados de RP, se respeten los límites de sobrerrepresentación mandatados por la Constitución general.

Esto es, puede concluirse que las coaliciones no fueron diseñadas en la actual LEGIPE para impactar de alguna manera en la asignación de las diputaciones de RP.

En ese sentido, esta Sala Superior, en la resolución del expediente SUP- CDC-8/2015, precisó que no es posible establecer que la inclusión en un convenio de coalición de la mención del partido al que pertenece originalmente una candidatura registrada por ella, así como el grupo parlamentario al que quedará integrada en caso de ser electa, conduzca en automático a rebasar los límites del sistema de RP, sino que, en todo caso, **la ejecución del acuerdo deberá ajustarse por la autoridad administrativa electoral a los parámetros constitucionales.**

Finalmente, respecto de este tópico, resulta trascendente señalar que la nueva LEGIPE fue objeto de un control abstracto de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte,[26] que resolvió que resultaba injustificado que no se tomaran en cuenta los votos válidamente emitidos en favor de dos o más partidos coaligados marcados en las boletas electorales para efectos de la asignación de RP, "pues implicaría que la conformación de las Cámaras **no reflejara realmente la voluntad de los electores manifestada en las urnas, incidiendo negativamente en aspectos de representatividad al interior de los órganos legislativos"**.

Esto es que, en el contexto de las coaliciones, no puede el legislador (ni los partidos políticos) establecer reglas o disposiciones (ni tampoco cláusulas) que alteren la intención de los votantes y se afecte el correcto funcionamiento de la RP establecida como mecanismo de pluralidad política en la propia Constitución general.[27]

25 Artículo 89, párrafo 1, inciso d) de la Ley de Partidos.

26 Acciones de inconstitucionalidad 22/2014 y sus acumuladas 24, 28 y 30 de 2014.

27 Asimismo, señaló que con esa disposición se limitaba "injustificadamente el efecto total del sufragio, puesto que únicamente se permite que se contabilice para efectos de la

9.4.3 Jurisprudencia de la Sala Superior

Ahora bien, en relación con la controversia materia de la presente resolución, la Sala Superior ha señalado que se les reconoce a los partidos políticos la libertad para definir su propia organización, así como la posibilidad de establecer mecanismos de selección de precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, por lo que, a través de un convenio de coalición, pueden postular a militantes de otro partido coaligado como candidatos a cargos de elección popular, siempre que la ley y su normativa interna lo permita, ya que se trata de un mecanismo que hace posible el acceso de aquellos al poder público (jurisprudencia 29/2015).[28]
Asimismo, ha establecido que el régimen electoral de las coaliciones, previsto en el ordenamiento jurídico vigente, **busca evitar un uso abusivo de esta forma asociativa y afectar los regímenes de RP** de prerrogativas de radio y televisión, así como de fiscalización (jurisprudencia 2/2019).[29]

También, ha resuelto que los partidos políticos coaligados pueden promover medios de impugnación en lo individual, ya que conservan su personalidad y a sus representantes ante los consejos de la autoridad electoral y ante las mesas directivas de casillas, sus emblemas aparecen por separado en las boletas electorales, y **sus votos se computan en forma independiente** (jurisprudencia 15/2015).[30]

Asimismo, ha señalado que cuando los partidos políticos participan en coalición se debe considerar la votación obtenida por cada ente político en lo individual, con el fin de verificar que cumplan con el porcentaje necesario de la votación para acceder a la asignación de regidurías, pues de esa manera, **se dota de funcionalidad al sistema de asignación de RP, el cual está diseñado para que la votación que recibe cada partido político integrante de una coalición surta efectos en la asignación** (Tesis II/2017).[31]
La Sala Superior también ha establecido que el régimen de la participación electoral de los partidos políticos en una elección debe analizarse de manera integral, atendiendo a sus finalidades, elementos materiales y sustanciales, así como al contexto de participación de los partidos en cada figura asociativa; en aras de **armonizar el derecho de asociación y el principio de equidad en la contienda**, por lo que están sujetas a determinadas restricciones (Tesis III/2019).[32]

De igual forma, precisó que el principio constitucional relativo a que los partidos políticos gozan de autodeterminación incluye **la posibilidad de decidir la manera en la que participan en las elecciones y la estrategia política que adoptan,** sea en forma individual o conjunta, sin que exista una disposición que establezca prohibición alguna para que puedan modificar la forma de participación política que hayan adoptado, bajo la condición de que lo hagan en tiempo y forma (Tesis X/2019).[33]

elección de legisladores por el principio de mayoría relativa, pero no para la elección de dichos representantes populares por el principio de representación proporcional".

28 "CANDIDATOS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR. PUEDEN SER POSTULADOS POR UN PARTIDO POLÍTICO DIVERSO AL QUE SE ENCUENTRAN AFILIADOS, CUANDO EXISTA CONVENIO DE COALICIÓN."

29 "COALICIONES. EL MANDATO DE UNIFORMIDAD IMPLICA QUE LOS PARTIDOS POLÍTICOS POSTULEN DE MANERA CONJUNTA LA TOTALIDAD DE CANDIDATURAS COMPRENDIDAS EN SU ACUERDO."

30 "LEGITIMACIÓN. LOS PARTIDOS POLÍTICOS COALIGADOS PUEDEN PROMOVER MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN FORMA INDIVIDUAL."

31 "REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. LOS PARTIDOS POLÍTICOS QUE PARTICIPAN COALIGADOS DEBEN OBTENER, EN LO INDIVIDUAL, EL PORCENTAJE NECESARIO DE LA VOTACIÓN PARA PODER ACCEDER A LA ASIGNACIÓN DE REGIDURÍAS POR ESTE PRINCIPIO (LEGISLACIÓN DE BAJA CALIFORNIA)."

32 "COALICIONES. CRITERIOS PARA LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS MEDIANTE DISTINTAS FORMAS DE ASOCIACIÓN EN UNA MISMA ELECCIÓN".

33 "COALICIONES. LOS PARTIDOS POLÍTICOS ESTÁN EN LIBERTAD DE RENUNCIAR A UNA FORMA DE ASOCIACIÓN CON EL PROPÓSITO DE INCORPORARSE A OTRA."

Por otro lado, ha señalado que el sistema legal de distribución de forma igualitaria de votos (contemplada en el anterior código electoral), que se preveía para el cómputo de los emitidos a favor de dos o más partidos políticos coaligados, respetaba los principios constitucionales de certeza, objetividad y equidad, rectores del proceso electoral, pues generaba certidumbre respecto al destinatario del voto y permitía determinar la voluntad de los electores, para ser reflejada en los resultados, al establecer reglas específicas para su asignación en los diversos supuestos de marca en las boletas, pues ello se correspondía con los **principios de indivisibilidad y efectividad del sufragio** (Tesis XXIX/2009).[34]

Derivado de lo anterior, puede advertirse que, para esta Sala Superior, la libertad configurativa de los partidos políticos en el contexto de las coaliciones está inicialmente limitada a definir la forma en que presentarán sus candidaturas y su estrategia política, sin que puedan alterar alguno de los principios constitucionales, como el de RP, equidad en la contienda, así como los de indivisibilidad y efectividad del sufragio, además de no distorsionar aspectos como el de conservación de la individualidad de los partidos políticos coaligados y el cómputo independiente de sus votos.

9.4.4 Jurisprudencia de la Suprema Corte

Por lo que respecta a los criterios emitidos por la Suprema Corte en el análisis de diversas acciones de inconstitucionalidad, en las que se han impugnado normas relativas a las coaliciones, pueden resumirse en los siguientes tópicos:

- Es constitucional permitir la intervención de los partidos políticos en el proceso electoral de manera coligada o unitaria (AI 9/99).

- Condicionar la coalición de los partidos políticos a cierto requisito no hace nugatorio el derecho a la coalición, pues únicamente lo reglamenta, por lo que no puede decirse que se coarta la libre participación de los partidos políticos en las elecciones (AI 34/2000, 14/2004).

- La transferencia de votos de un partido político a favor de otro que no alcanzó la votación requerida para mantener su registro, con el fin de aumentar su porcentaje de votación, es inconstitucional, porque afecta el régimen de partidos y las reglas democráticas de la contienda electoral (AI 61/2008, 129/2008).

- La libertad de asociación, tratándose de partidos políticos, está afectada por una característica de rango constitucional, conforme a la cual su participación en los procesos electorales queda sujeta a lo que disponga la ley ordinaria (AI 20/2002).

- El voto de los electores cuenta tanto para estos efectos (en cuanto al candidato postulado por la coalición) como para la asignación de curules por el principio de RP, lo cual obedece al carácter único e indivisible del sufragio (AI 26/2014).

- La autonomía de los partidos políticos para pactar lo que estimen conveniente para ganar el sufragio se sustituye por un régimen constitucional en el que priva el interés público (AI 26/2014).

34 "COALICIÓN. EL SISTEMA LEGAL DE DISTRIBUCIÓN DE VOTOS EMITIDOS A FAVOR DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS QUE LA INTEGRAN, ES CONFORME A LA CONSTITUCIÓN GENERAL."

- El diseño legal de las coaliciones es que deben atender sustancialmente al principio de razonabilidad (AI 26/2014).

- El pluralismo político garantizado por el artículo 41 constitucional no pasa necesariamente por el reconocimiento de las coaliciones partidarias (AI 26/2014).

Como corolario de este apartado, conviene destacar los criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte en cuanto a la limitación injustificada para el efecto total del sufragio que representaba la última parte del párrafo 13, del artículo 87 de la actual Ley de Partidos.[35]

Así como el relacionado con la identificación del emblema individual de cada partido coaligado, lo que permite al elector identificar, de entre los partidos coaligados, la opción política de su preferencia, aunado a que, si bien los partidos están obligados a presentar para el registro de la coalición una plataforma electoral y, en su caso, un programa de gobierno de la coalición, **un elector puede sentirse más identificado con uno de los partidos políticos que con otro**.[36]

Además del pronunciamiento en el sentido de que del artículo 9 constitucional, **no se desprende un derecho constitucional a formar coaliciones partidarias**, pues es necesario distinguir el derecho de asociación del individuo como tal, del de los partidos políticos a recurrir a determinadas formas asociativas, como la coalición.[37]

A la par de dicha reglamentación legal y jurisprudencial, subiste la obligación de registrar las listas de candidatos a RP en cada circunscripción plurinominal. Esto es, no deja de existir el mecanismo individual a través del cual los partidos políticos pueden acceder constitucional y legalmente a la asignación de curules bajo ese principio en clara sintonía con la voluntad del electorado.

En resumidas cuentas, no puede considerarse que es permisible constitucional y legalmente que, mediante la aplicación del régimen de coaliciones se propicie una dinámica electiva, con efectos paradójicos que limite el desarrollo de la representación política, hasta el grado de afectar la calidad democrática e integridad del actual sistema de partidos en México, pues la idea central de la proporcionalidad es que **el valor numérico y el valor de logro de los votos** debe ser igual, a fin de no afectar el principio de igualdad de elección.[38]

10. Análisis de agravios

Establecido lo anterior, corresponde llevar a cabo el análisis de los conceptos de agravio en el caso concreto, a efecto de determinar si el acuerdo impugnado cumple con los parámetros constitucionales y legales que han sido referidos en el apartado previo.

35 Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de rubro: "COALICIONES. EL ARTÍCULO 87, PÁRRAFO 13, DE LA LEY GENERAL DE PARTIDOS POLÍTICOS, EN LA PORCIÓN NORMATIVA QUE INDICA "Y SIN QUE PUEDAN SER TOMADOS EN CUENTA PARA LA ASIGNACIÓN DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL U OTRAS PRERROGATIVAS", ES INCONSTITUCIONAL."

36 Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de rubro: "COALICIONES PARTIDARIAS. EL ARTÍCULO 95, PÁRRAFOS 9 Y 10, DEL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE CERTEZA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 41 CONSTITUCIONAL."

37 Jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de rubro: COALICIONES PARTIDARIAS. EL ARTÍCULO 95, PÁRRAFOS 9 Y 10, DEL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES NO TRANSGREDE LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICA.

38 Para el Tribunal Constitucional Federal Alemán el principio que sostiene que el valor de logro de cada voto sea igual, implica que el voto "debe poder desenvolver **un efecto positivo para el partido que fue otorgado**", además de que la igualdad de oportunidad de logro sería afectada cuando con la emisión de un voto surge la posibilidad de dañar la propia finalidad del voto". *Nohlen, Dieter, El principio proporcional y valor del voto en la jurisdicción constitucional alemana comentario crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los mandatos excedentes del 3 de julio de 2008*, IIJ-UNAM, México, 2012, página 844.

Por cuestión de método, esta Sala Superior procederá al estudio de los agravios en forma separada y en distinto orden al que fueron formulados, sin que ello genere perjuicio alguno a los partidos recurrentes.[39]

En primer lugar, se analizarán en conjunto los agravios hechos valer por el PES y MORENA, en atención a que presentan similares consideraciones respecto de la temporalidad con la que se emitió el acuerdo, la competencia de la autoridad responsable para emitirlo, así como la constitucionalidad de la figura de la afiliación efectiva, el principio de autodeterminación y organización de los partidos políticos, la aplicación de los criterios emitidos por este órgano jurisdicción, así como la voluntad de la ciudadanía y autenticidad del voto.

Finalmente, se analizarán los agravios hechos valer por el PAN.

10.1 Oportunidad para la emisión del acuerdo

Los partidos PES y MORENA aducen que el acuerdo impugnado vulnera el principio de definitividad, debido a que fue emitido a tres días de iniciar el registro de candidaturas a diputaciones federales por los principios de MR y RP, y a menos de tres meses de la jornada electoral.

Sostienen que la autoridad responsable pasó por alto que había fenecido el plazo para el registro de los convenios de coalición (actos definitivos y firmes), por lo que esta carga adicional, relacionada con el origen partidario y el partido político al que se asignará a cada uno de los candidatos para acceder a los escaños, implicaría retrotraer los efectos a decisiones previamente tomadas.

En el mismo sentido, afirman que se vulnera el principio de certeza, porque el acuerdo impugnado pretende que los actos precluidos sean modificables, ya que los convenios de coalición se presumen definitivos, al haber sido aprobados por la autoridad competente y no controvertidos.

Por último, sostienen que el acuerdo combatido no es congruente con aquellos que se emitieron en los años dos mil quince y dos mil dieciocho, en los cuales el Consejo General del INE resolvió que no existía sobrerrepresentación en la asignación de curules.

Los motivos de disenso son **infundados**, porque el acuerdo impugnado no vulnera los principios de definitividad y certeza debido a que no se trasgrede ni modifica ninguna situación jurídica que afecte a los partidos políticos, coaliciones o candidaturas, pues el acuerdo combatido tiene como finalidad que la autoridad responsable esté en posibilidad de ajustar la asignación de curules o escaños por el principio de RP a los parámetros constitucionales, para evitar la sobre o sub representación de los órganos legislativos.

10.1.2 Marco normativo

El proceso electoral es el conjunto de actos emitidos por las autoridades electorales (nacional y locales), a quienes se les encomienda su organización y en el que participan diversos actores políticos y la ciudadanía, con el objetivo de lograr la renovación periódica de los poderes públicos, a través del sufragio universal, igual y secreto.

Los procesos electorales se ordenan conforme a los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, objetividad y definitividad, mismos que le dan coherencia al sistema democrático, facilitan la renovación periódica de los cargos de elección popular, y permiten que las elecciones sean libres y auténticas.

39 Jurisprudencia 4/2000 de rubro "AGRAVIOS, SU EXAMEN EN CONJUNTO O SEPARADO, NO CAUSA LESIÓN".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el principio democrático permea la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en general, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el cual, la relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos se encuentra plasmada en la Carta Democrática Interamericana. Este instrumento corresponde a una norma de interpretación auténtica de los tratados que recoge la interpretación que los propios Estados miembros de la OEA (incluyendo a los que son parte en la citada Convención) hacen de las normas atinentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de la propia Carta Democrática.[40]

Al respecto, la citada Carta Democrática reconoce que el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales de los Estados miembros de la OEA; la cual se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad, conforme al respectivo orden constitucional.

Bajo estas características, los citados principios tienen como propósito dotar de legalidad y constitucionalidad a los actos que integran cada una de las etapas del proceso electoral. Entre ellos, se encuentra el de certeza y definitividad.

El principio de certeza está previsto en los artículos 41 y 116 de la Constitución general y constituye el parámetro de validez de las normas, en la medida que implica que no debe existir duda o incertidumbre en cuanto al contenido de éstas y los actos que establecen o determinan las directrices para su celebración.

Sobre estos tópicos, destaca que el Pleno de la Suprema Corte ha sostenido que el principio de certeza consiste en dotar de facultades expresas a las autoridades locales de modo que todos los participantes en el proceso electoral conozcan previamente con claridad y seguridad las reglas a que su propia actuación y la de las autoridades electorales están sujetas.[41] Además, implica que al iniciar el proceso electoral los participantes conozcan las reglas fundamentales que integrarán el marco legal del procedimiento que permitirá a los ciudadanos acceder al ejercicio del poder público.[42]

Esta Sala Superior, al resolver la contradicción de criterios SUP-CDC-10/2017, reiteró su línea jurisprudencial, en torno al cual ha sostenido que:

- El principio de certeza electoral exige que de manera previa al inicio del proceso electoral los ciudadanos, institutos políticos, autoridades electorales y, en general, todos los que participen en el procedimiento electoral, conozcan con claridad y seguridad las reglas fundamentales que integrarán el marco legal del procedimiento.

- El principio de certeza radica en que las acciones que se efectúen deben ser veraces, reales y apegadas a los hechos, esto es, que el resultado de los procedimientos sea completamente verificable, fidedigno y confiable y, por ende, el principio de certeza se convierta en presupuesto obligado de la democracia.

40 Véase, Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, Párrafo 114

41 Sustentado en la tesis de jurisprudencia P./J. 144/2005, de rubro: "FUNCIÓN ELECTORAL A CARGO DE LAS AUTORIDADES ELECTORALES. PRINCIPIOS RECTORES DE SU EJERCICIO."

42 Véase, tesis de jurisprudencia P./J. 98/2006, de rubro: "CERTEZA EN MATERIA ELECTORAL. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO RELATIVO EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN A LAS LEYES QUE RIGEN EL PROCESO UNA VEZ QUE HA INICIADO."

- El principio de certeza se materializa en los actos y hechos que se ejecutan en un procedimiento electoral y que tienen por objeto que la ciudadanía pueda ejercer su derecho al voto de manera libre, universal, cierta, secreta y directa, como la máxima expresión de la soberanía popular.

Por otra parte, el principio de definitividad significa que los actos que emitan y ejecuten las autoridades electorales durante el desarrollo de cada una de las etapas de los procesos comiciales adquieren, a la conclusión de cada una de esas fases, la característica de invariables y, por tanto, ya no son susceptibles de cambio, lo cual tiene como finalidad esencial otorgar certeza al desarrollo de las elecciones, así como seguridad jurídica a sus participantes.

Esto es, al haberse clausurado cada etapa del proceso electoral, todo lo realizado, así como los actos de autoridad, que dentro de dicha etapa se hayan llevado a cabo (por regla general), no podrán ser modificados o sometidos a examen posteriormente. La consecuencia es que, al concluir la etapa electoral respectiva, los actos y resoluciones ocurridos durante la misma surten efectos plenos y se tornan en definitivos y firmes.

Además, conforme al principio de definitividad, las distintas etapas de los procesos electorales se agotan y clausuran sucesivamente, impidiendo que puedan abrirse nuevamente, de modo tal, que todo lo actuado en ellas queda firme.

10.1.3 Caso concreto

En el caso que se analiza, contrario a lo sostenido por los partidos PES y MORENA, el acuerdo impugnado no riñe con los principios de certeza y definitividad dado que persigue la finalidad de establecer un criterio a partir del cual, la autoridad responsable pueda ajustar a los parámetros constitucionales la asignación de curules por el principio de RP. Acto que, en principio, resulta congruente con los derechos de autoorganización y de libertad asociativa, porque no se modulan, ni gradúan en modo alguno, los convenios de coalición suscritos previamente.

Es conveniente señalar que el modelo de democracia constitucional, al que corresponde las elecciones libres, auténticas y periódicas, está sometido a las exigencias históricas y las características propias del sistema electoral y de partidos en el que imperan la certeza, imparcialidad, independencia, legalidad, máxima publicidad y objetividad como pilares de la democracia a partir de los principios contenidos en los artículos 41 y 116, fracción IV, de la Constitución general.

En este modelo de democracia constitucional, el control judicial adquiere relevancia, pues hace imperar los principios y valores constitucionales, a fin de garantizar la voluntad de la ciudadanía en la conformación de los órganos del poder público.

En este sentido, los partidos políticos forman parte de este constructo de democracia constitucional; de ahí que están sujetos (entre otros) al principio de legalidad, que se traduce en una garantía formal para que la ciudadanía y los partidos actúen en estricto apego a las reglas, valores y principios, de tal manera que no se emitan o desplieguen conductas caprichosas o arbitrarias al margen de la ley o la Constitución.[43]

Sobre esta base, las cuestiones de hecho que se presenten en cada una de las etapas del proceso electoral no pueden llevar a desconocer el carácter vinculante de la Constitución,

43 Véase, acción de inconstitucionalidad 41/2012 y sus acumuladas.

precisamente, porque se trata de reglas, valores y principios a los que están sometidos todos aquellos que intervienen en el juego democrático.

De este modo, **no le asiste la razón** a los apelantes cuando afirman que el acuerdo impugnado tendría como consecuencia generar incertidumbre respecto de los convenios de coalición, cuya resolución de registro ha sido aprobada por el Consejo General del INE; afirmación que no resulta válida, dado el criterio emitido por la autoridad responsable, respecto a que la afiliación efectiva no atenta contra la libertad asociativa, ni impone una carga adicional para los partidos coaligados.

En este sentido, no se afectan los principios de definitividad ni de certeza en materia electoral, porque los convenios de coalición están circunscritos a la etapa de preparación de la elección, y el acuerdo impugnado tiene por finalidad establecer un criterio de valoración por la responsable que corresponde a la etapa de resultados y validez de la elección.

En esa medida, el acuerdo impugnado no retrotrae sus efectos a las resoluciones del registro de los convenios de coalición, porque no tiene por objeto incidir en los derechos de autoorganización de los partidos como tampoco de la libertad asociativa. Como se ha puesto de manifiesto, la finalidad constitucional del acuerdo impugnado radica en el establecimiento de un criterio (afiliación efectiva) como mecanismo, a partir del cual, la autoridad responsable se encuentre en aptitud jurídica de ajustar a los parámetros constitucionales la asignación de curules por el principio de RP.

Por su parte, los convenios de coalición cumplen una finalidad en la etapa de preparación de la elección e incluso previo al registro de las candidaturas a las diputaciones federales por los principios de MR y RP, consistente en que los partidos, en ejercicio de su libertad asociativa, deciden, dentro del compás de legalidad, competir en la elección bajo la figura de las coaliciones.

Si bien el artículo 91, párrafo 1, inciso e) de la Ley de Partidos establece que los convenios de coalición deberán contener el señalamiento, de ser el caso, del partido político al que pertenece originalmente cada uno de los candidatos registrados por la coalición y del grupo parlamentario o partido político en el que quedarían comprendidos en el caso de resultar electos. Ello no implica que el acuerdo impugnado genera el vicio que aducen los inconformes, dado que no tiene como cometido alterar los derechos de los partidos en la asociación electoral para contender en el proceso electivo, toda vez que los partidos coligados definen, conforme a sus estrategias políticas, el partido político al que pertenece originalmente cada uno de los candidatos registrados por la coalición y el señalamiento del grupo parlamentario o partido político en el que quedarían comprendidos en el caso de resultar electos, sin que tal circunstancia se modifique con el criterio adoptado por la autoridad.

Tampoco se afecta el derecho de los partidos en la fase de registro de candidaturas, precisamente, porque no se contraviene el principio de definitividad, dado que el acuerdo impugnado es previo al periodo de registro de candidaturas y tiene efectos para realizar la asignación de diputaciones de RP.

Entendido en su dimensión sustantiva o material, el acuerdo impugnado **no se aparta del principio de certeza**; por el contrario, asegura a la ciudadanía y los partidos el derecho a la previsibilidad y a no resentir actos arbitrarios, dado que, el criterio adoptado por la responsable está establecido en un instrumento normativo.

El Pleno de la Suprema Corte, en la ejecutoria pronunciada en la acción de inconstitucionalidad 112/2019 y sus

acumuladas, sostuvo que desde un *aspecto positivo*, el principio constitucional de seguridad jurídica tiene por objeto que en el nivel normativo todas las personas tengan plena certeza del contenido del ordenamiento jurídico existente, a tal grado que puedan conocer los alcances y consecuencias de las hipótesis normativas que el legislador ha establecido, así como el ámbito competencial y de actuación de las instituciones y autoridades del poder público, para que con ello, desde un *aspecto negativo*, estén en aptitud de evitar actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades y, en su caso, acceder a los remedios jurídicos o medios de defensa conducentes.

El punto de relevancia radica en que los principios de certeza y seguridad jurídica deben armonizarse con otros principios y derechos constitucionales que dan contenido a los fines perseguidos por el Constituyente u Órgano Reformador.

Lo anterior acontece en el acuerdo impugnado, ya que al establecer la autoridad responsable el criterio de la afiliación efectiva persigue el cumplimiento de otros principios igualmente relevantes como lo es el ajuste a los parámetros constitucionales de la asignación de diputaciones por el principio de RP.

A su vez, dicho criterio se ajusta al parámetro de certeza y seguridad jurídicas, porque se emite de manera previa a la etapa de resultados y a la declaración de validez de las elecciones, cumpliendo con la finalidad de previsibilidad hacia los destinarios, al fijar cómo habrá de proceder la autoridad responsable para verificar los límites de sobre y subrepresentación del órgano legislativo, permitiendo que los votos obtenidos por cada partido sean en proporción a las curules a que tengan derecho.

Bajo estas condiciones, el acuerdo impugnado es acorde al principio de certeza, dado que tiende a prever las acciones que llevará a cabo la autoridad para hacer prevalecer los principios constitucionales, haciéndolas del conocimiento de los participantes, previamente a que se verifique la etapa de asignación.

Por último, no escapa al análisis lo aducido por la parte recurrente en el sentido de que en pasados acuerdos (años 2015 y 2018), la responsable resolvió que no existía sobrerrepresentación en la asignación de curules, por lo que no hay motivo para que en la actualidad el INE observe de manera diferente la distribución y escaños de RP, ya que no ha habido modificaciones en el marco normativo, lo que en su opinión constituye una posible incongruencia.

No asiste razón a la parte recurrente porque, como ha quedado de manifiesto, la autoridad administrativa electoral puede instrumentar las reglas pertinentes para asegurar la eficacia de las bases constitucionales en el sistema de representación proporcional, como lo son los límites de representatividad, de ahí que el hecho de que la responsable no hubiere desplegado en los mismos términos sus atribuciones en eventos de asignación previos, por sí solo no produce inconstitucionalidad del acto que en el presente nos ocupa, ni limita el ejercicio de las facultades del órgano autónomo para llevar a cabo la tutela referida.

Aunado a lo expuesto, el recurrente parte de una premisa errónea al afirmar que se modifica el mecanismo de distribución de escaños de RP, cuando el acuerdo reclamado es enfático en señalar que ese mecanismo no sufre cambio alguno, pues lo único que se ajustará será la forma en la que se clasifiquen las diputaciones de MR, como un parámetro objetivo que se relaciona con la necesidad de garantizar el cumplimiento de los límites constitucionales.

Asimismo, es importante puntualizar que si bien existen acuerdos previos relativos a la asignación de diputaciones de RP, lo cierto es que de la normativa que rige el actuar de la responsable no se advierte algún supuesto que le impida adoptar determinaciones diversas, en relación con lo que considere supuestos novedosos, siempre y cuando funde y motive adecuadamente sus decisiones.

10.2 Competencia del INE para la emisión del acuerdo (reserva de ley) y modificaciones fundamentales, así como jerarquía normativa

Respecto a los agravios relativos a la extralimitación de facultades por parte del INE, así como la vulneración a los principios de reserva de ley y jerarquía normativa, esta Sala Superior los declara **infundados**, en atención a las siguientes consideraciones:

Los artículos 52, 53 y 54 de la Constitución general establecen la forma en la que se integrará la Cámara de Diputados. Lo anterior se lleva a cabo por dos vías: la primera, por MR, en la que se eligen 300 diputaciones mediante el voto libre, secreto, directo, personal e intransferible; y la segunda, por RP, en la que se designan proporcionalmente las 200 diputaciones restantes, con base en el porcentaje de votación obtenido por cada partido.
Como se señaló previamente, se establece como límite de representatividad que ningún partido político podrá contar con más de 300 diputaciones por ambos principios, y que el número de diputaciones por ambos principios no represente un porcentaje total de la Cámara de Diputados que exceda en ocho puntos porcentuales a su votación nacional emitida.

Asimismo, cabe recordar que en el artículo 54 Constitucional referido, se establece que la ley desarrollará las reglas y fórmulas para la asignación de diputaciones por el principio de RP.

Por su parte, en los artículos 60 constitucional, 44, párrafo 1, inciso u) y 327 de la LEGIPE, se establece como atribución del Consejo General, entre otras, la de realizar la asignación de diputaciones por el principio de RP, lo que no puede llevarse a cabo sin determinar el número de diputaciones por el principio de MR de cada fuerza política.
Asimismo, en los artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de la LEGIPE, se establece el procedimiento a seguir para la designación de diputaciones por el principio de RP.

De lo anterior, se advierte que la Constitución y la LEGIPE establecen la forma de integrar la Cámara de Diputados, así como el límite de diputaciones a que cada partido político puede acceder con base en el principio de representatividad, el cual es de orden público y, como tal, de observancia obligatoria por el INE y los partidos políticos.

Ahora bien, con base en los artículos 41, base V, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución, en relación con el 30 de la LEGIPE, el INE, en el ejercicio de su función de autoridad para la organización de elecciones, rige su actuar en los principios rectores de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad. Dentro de sus fines, se encuentra el de contribuir al desarrollo de la vida democrática, asegurar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos político-electorales y vigilar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los diversos actores políticos.

En concordancia, del artículo 44, párrafo 1, incisos a), u), gg) y jj) de la LEGIPE, se advierte que el Consejo General aprobará y expedirá los reglamentos, lineamientos y acuerdos que le permitan hacer efectivas las atribuciones que tiene conferidas por ley.

Lo anterior, en consonancia con los fines que tiene el INE de conformidad con el artículo 30, párrafo 1 de la LEGIPE,

como es la de velar por la autenticidad y efectividad del sufragio.[44]

Al respecto, se precisa que la Suprema Corte[45] ha definido los límites de cualquier facultad reglamentaria, los cuales consisten en respetar la reserva de ley y la subordinación jerárquica.

Por reserva de ley se entiende la previsión contenida en la Constitución para que sea el legislador ordinario el que de forma exclusiva pueda regular una materia determinada, sin que sea admisible su regulación por una normativa distinta a la ley.

En cuanto a la subordinación jerárquica, ésta consiste en que el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede modificar o exceder el contenido de la ley a reglamentar, sino ceñirse a detallar sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación, es decir, definir la forma de ejercer un derecho, cumplir con una obligación o ejecutar una atribución establecida en una ley determinada.

En el caso concreto, respecto a la asignación de diputaciones por el principio de RP mediante el sistema de listas regionales, en el artículo 54 constitucional se establece que dicho procedimiento se sujetará a determinadas bases y a lo que disponga la ley, precisando que la regulación reservada para el órgano legislativo, referida en el precepto constitucional, tiene que ver con las reglas y fórmulas que se aplicarán para la asignación respectiva.

Como se señaló en el apartado de marco general, las bases constitucionales para la asignación son las siguientes:

- Para obtener el registro de sus listas regionales, el partido político debe participar con candidaturas a diputaciones por MR en al menos doscientos distritos uninominales (Base I);

- Todo partido que alcance por lo menos el tres por ciento del total de la votación válida emitida, para las listas regionales de las circunscripciones plurinominales, tendrá derecho a la designación de diputaciones por el principio de RP (Base II);

- Al partido político que cumpla con las dos bases anteriores, adicionalmente a las constancias de MR que hubiesen obtenido sus candidaturas, le serán asignadas bajo el sistema de RP el número de diputaciones de su lista regionales que le corresponda en cada circunscripción plurinominal, en función de su votación nacional emitida. En la asignación se seguirá el orden de las candidaturas en las listas (Base III);

- Ningún partido político puede contar con más de trescientas diputaciones por ambos principios (Base IV);

- Ningún partido podrá tener un número de diputaciones por ambos principios que representen un porcentaje total de la Cámara que exceda en ocho puntos a su porcentaje de votación nacional emitida. Lo anterior, salvo que esa sobrerrepresentación obedezca –exclusivamente– a los triunfos del partido en distritos uninominales (Base V), y

- Las diputaciones de RP que resten después de asignar las que correspondan al partido político que se halle en uno de los supuestos de sobrerrepresentación se adjudicarán a los demás partidos

44 En el entendido de que los fines no son fuentes de atribuciones.

45 Ver Jurisprudencia P./J.30/2007 de rubro: FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES.

con derecho, en proporción directa con las respectivas votaciones nacionales efectivas de las circunscripciones plurinominales. (Base VI).

En este contexto normativo, la reserva que nos ocupa debe entenderse en el sentido de que corresponde al legislador ordinario diseñar el modelo de RP que define la manera de convertir los votos en escaños[46]. Al respecto, esta obligación legislativa se colmó con la emisión del procedimiento previsto en los artículos 15 al 20 de la LEGIPE, el cual consiste en:

- Determinar la votación total emitida, votación válida emitida y votación nacional emitida.

- Determinar el cociente natural y el resto mayor para la aplicación de la fórmula de proporcionalidad pura.

- Asignar las diputaciones con base en el cociente natural, así como realizar la distribución con base en el resto mayor.

- Determinar si se actualiza el rebase de los límites de representatividad establecidos en la Constitución y, en su caso, deducir y reasignar las diputaciones excedentes.

Por ello, bajo una interpretación sistemática y teleológica a partir de las bases constituciones y legales antes referidas, se concluye que el acuerdo impugnado no vulnera el principio de reserva de ley, pues de su contenido se advierte que la asignación de diputaciones por el principio de RP se llevará a cabo siguiendo el procedimiento previamente establecido por el legislador al regular el artículo 54 Constitucional, es decir, no implementa nuevas reglas ni fórmulas para tal asignación.[47]

Tampoco es posible advertir la afectación al principio de jerarquía normativa. Esta Sala Superior ha entendido que el principio de jerarquía normativa se traduce en que el ejercicio de la facultad reglamentaria debe detallar las hipótesis y supuestos normativos legales para la aplicación de la ley, siempre que no incluyan nuevos aspectos que rebasen el entorno de ésta y sin que puedan generar restricciones o limitaciones a derechos en los términos que fueron consignados en el ordenamiento legal. Lo anterior significa que la ley debe determinar los parámetros esenciales para la actualización de un supuesto jurídico y al reglamento sólo le compete definir los elementos modales o de aplicación para que lo previsto en

46 Ver Jurisprudencia P./J.30/2007 de rubro: FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES.

47 El criterio asumido por esta autoridad jurisdiccional en torno al amplio alcance de la facultad reglamentaria del Consejo General del Instituto Nacional Electoral es congruente con diversos precedentes.
Por ejemplo, en la sentencia SUP-REC-959/2018 se estableció que dicha autoridad electoral –en ejercicio de su facultad reglamentaria– puede adoptar los criterios y medidas para hacer efectiva su potestad de asignar las diputaciones de representación proporcional, partiendo de que la reserva legal, en relación con el sistema de representación proporcional, se refiere solamente a que corresponde al legislador ordinario diseñar el modelo de representación proporcional que define la manera de convertir los votos en escaños.
En el precedente se analizó una regla establecida en el Acuerdo INE/CG302/2018, en la que se disponía que, "[e]n caso de que después de aplicarse el cociente de distribución quedasen diputaciones por distribuir a los partidos políticos, el orden de prelación para la asignación de los curules restantes se fijará tomando como criterio la votación nacional emitida, esto es, primero se le asignará al partido político con la mayor votación nacional y así sucesivamente". (énfasis añadido)
Al respecto, se consideró que la adopción de un criterio de ordenación para ejecutar una de las fases establecidas por la propia legislación, no suponía invadir una potestad exclusiva. Esto, valorando que la regla en cuestión no incidía de manera alguna en el número de curules que se deben asignar a cada partido político bajo el principio de representación proporcional, sino que busca facilitar y generar certeza sobre una parte del procedimiento que es compleja, porque en la legislación no se prevé de manera clara y expresa un criterio de ordenación que atienda a las particularidades del modelo, como es el que se cuenten con cinco circunscripciones plurinominales en las que cada partido político tendría un número distinto de votos restantes.
Se precisó que el Instituto Nacional Electoral se encontraba frente a dos problemáticas: ¿A qué partido político le asignó curules primero? ¿A cuál de las cinco circunscripciones del partido le asignó las curules que le corresponden? Entonces, se consideró que el diseño legal descrito no solo facultaba, sino que hacía necesario que el Consejo General del Instituto Nacional Electoral adoptara un criterio para instrumentar el orden en que repartiría las curules correspondientes con base en el resto mayor de cada partido político en cada circunscripción plurinominal.

ella pueda ser desarrollado en su óptima dimensión.[48]

Así, el acuerdo no refiere alguna alteración o inclusión de elementos adicionales a los establecidos por el legislador para determinar el número de diputaciones por el principio de RP a que tienen derecho los partidos políticos.
Esto, porque la emisión del acuerdo no implica la modificación de las reglas y fórmulas establecidas por el legislador para determinar el número de diputaciones a asignar, ni las bases para hacerlo, al señalar enfáticamente que, una vez determinado el número de diputaciones de MR de cada partido político, se aplicará estrictamente el procedimiento previsto en la ley.

En este orden de ideas, se precisa que el acuerdo impugnado se aprobó con base en la facultad reglamentara que la ley le concede al INE, y que se realizó con el fin de dotar de efectividad su atribución para asignar diputaciones por el principio de RP, en observancia al principio constitucional de representatividad y en cumplimiento a los valores de proporcionalidad y pluralidad.

Esta Sala Superior ha emitido diversos criterios relativos a la existencia y alcance de las facultades reglamentarias del INE, en tanto organism constitucional autónomo, en cuanto a la posibilidad de adoptar criterios y medidas para hacer efectivas sus facultades constitucionales y legales y dotar de materialidad al sistema regulatorio en la materia, lo que en forma alguna representa una vulneración a los principios de reserva de ley y jerarquía normativa.[49]

Así, del acuerdo se desprende que no se modifica el procedimiento de asignación de diputaciones de RP, ni se altera la voluntad de los partidos políticos en torno a la integración de los grupos parlamentarios, conforme a su libre autodeterminación y en atención a la celebración del convenio de coalición respectivo. Por esta razón, no cabe interpretarse como una "modificación fundamental".[50]

Por el contrario, lo que pretende el acuerdo es garantizar el cumplimiento al principio de representatividad, con base en los sufragios que emanan de la voluntad popular y que permiten determinar a qué fuerza política favoreció el electorado, con independencia del grupo parlamentario al que se incorporen las candidaturas electas en voto directo.

De esa manera, lo que efectivamente se realiza como autoridad ejecutora, es un parámetro para clasificar las diputaciones de MR con el único fin de llevar a cabo el procedimiento de asignación por el principio de RP, acatando los límites de representatividad previstos en la Constitución, sin involucrarse en la forma en que eventualmente queden integrados los grupos parlamentarios.

Esta clasificación se torna necesaria al consistir el dato de las diputaciones de MR en un insumo indispensable para realizar la asignación de diputaciones por el principio de RP, con el fin de advertir si se rebasan los límites constitucionales de representación.

Conviene precisar que el INE, como garante de los principios constitucionales

48 Criterio sostenido en la ejecutoria pronunciada en los expedientes SUP-RAP-46/2021 y SUP-RAP-48/2021 ACUMULADOS.

49 Véanse los asuntos relativos a los expedientes SUP-JDC-1172/2017, SUP-REC-959/2018 y SUP-JDC-10257/2020 y acumulados.

50 Cabe indicar que, es criterio de la Suprema Corte en la jurisprudencia P./J. 87/2007, de rubro: "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "MODIFICACIONES LEGALES FUNDAMENTALES", CONTENIDA EN LA FRACCIÓN II, PENÚLTIMO PÁRRAFO, DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", publicada en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, diciembre de 2007, página 563, que una modificación a una ley electoral, sin importar su jerarquía normativa, será de carácter fundamental cuando tenga por objeto, efecto o consecuencia, producir en las bases, reglas o algún otro elemento rector del proceso electoral una alteración al marco jurídico aplicable a dicho proceso, a través de la cual se otorgue, modifique o elimine algún derecho u obligación de hacer, de no hacer o de dar, para cualquiera de los actores políticos, incluyendo a las autoridades electorales.

relacionados con los procesos electorales, tiene la facultad de proveerse de los mecanismos necesarios para observar su estricto cumplimiento.

En el caso particular, el utilizar la figura de la militancia efectiva, no puede considerarse una vulneración al principio de jerarquía normativa, en el entendido de que, como se ha explicado, dicha figura se traduce en lo siguiente:

- Se trata de un mecanismo de clasificación de las diputaciones de MR, que no incide o altera el resultado de la votación.

- Tiene como fin constituir un insumo con datos certeros obtenidos de los sufragios para determinar el grado de representatividad de un partido.

- Evita que la intención de los partidos al celebrar un convenio de coalición (incluso incidentalmente), altere o distorsione la voluntad popular para efecto de determinar la representación efectiva de cada fuerza política.

Lo anterior, en atención a que el cumplimiento de los principios constitucionales no puede depender de la celebración de un convenio de coalición, máxime que el límite de representatividad, asociado al número de diputaciones a que tienen derecho las distintas fuerzas políticas, se encuentra previsto en la Constitución, y su cumplimiento debe ser observado por todos los actores políticos y autoridades electorales que intervienen en el proceso de renovación de los órganos legislativos.

En este contexto, se precisa que el acuerdo no invade competencias del órgano legislativo ni excede su facultad reglamentaria, porque en modo alguno implica una afectación a las candidaturas ganadoras por MR, pues únicamente clasifica esos triunfos respetando así la voluntad popular, siendo ésta la base para definir la representatividad ante los órganos legislativos.

Ahora bien, esta Sala Superior no omite considerar los agravios relacionados con una supuesta vulneración a lo dispuesto por el artículo 105 constitucional, en el sentido de que el acuerdo impugnado representa un acto legislativo vedado que, en todo caso, debió emitirse con la antelación establecida por dicha disposición. Dicho alegato deviene i**nfundado** toda vez que, contrario a lo aducido por los actores, el acuerdo que nos ocupa no representa un ejercicio de carácter legislativo ni una modificación o regulación fundamental.

La Constitución general regula en su artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo, la certeza en materia de reformas electorales. De acuerdo con la porción de la norma fundamental mencionada, las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse y, durante dicho periodo, no podrá haber "modificaciones legales fundamentales".

Por el término de "modificaciones legales fundamentales", la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha referido a aquellas que alteran sustancialmente disposiciones que rigen o integran el marco legal aplicable al proceso electoral. Es decir, son aquellas de naturaleza trascendental para el proceso electoral, al producir en las bases, reglas o algún otro elemento rector del proceso electoral una alteración al marco jurídico aplicable a dicho proceso, que otorgue, modifique o elimine algún derecho u obligación de hacer, de no hacer o de dar, para cualquiera de los actores políticos.[51]

51 Tesis: P./J. 87/2007 de rubro: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "MODIFICACIONES LEGALES FUNDAMENTALES", CONTENIDA EN LA FRACCIÓN II, PENÚLTIMO PÁRRAFO, DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Consultable en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Diciembre de 2007, página 563.

Mientras que las modificaciones no fundamentales, se entienden como aquellas de carácter accesorio o de aplicación contingente; su finalidad es complementaria, ya que están dirigidas a precisar y dar claridad a los supuestos normativos correspondientes desde un aspecto formal.

En ese sentido, los criterios emitidos por la autoridad responsable no representan un ejercicio regulatorio que violente los principios de reserva de ley ni jerarquía normativa, resultando que no puede considerarse como un acto materialmente legislativo, sino exclusivamente reglamentario y que se relaciona con la adopción de parámetros claros y objetivos para aplicar la fórmula de asignación de escaños de RP.

En estos términos, no les es aplicable la limitante dispuesta en el mencionado precepto constitucional.

Asimismo, dado que la emisión de parámetros referida no impone mayores cargas a los participantes en el proceso electoral, pues solamente desarrolla la forma de verificar un aspecto propio del sistema de asignación de diputaciones de RP, entonces no nos encontramos ante una modificación que pueda clasificarse como fundamental y, en esas circunstancias, resultan infundados los razonamientos esgrimidos por las partes.

Es decir, los criterios no establecen obligaciones para los actores políticos que contienden en el proceso electoral, sino que únicamente complementa una prescripción constitucional a través de una reglamentación adjetiva, con la finalidad de hacerla efectiva. Razón por la cual, su carácter es propio de una modificación accesoria, de aplicación probable pero contingente frente al proceso electoral.

10.3. Inconstitucionalidad de la afiliación efectiva

Los partidos MORENA y PES consideran que la implementación de la figura de "afiliación efectiva" es inconstitucional, pues ésta no se desprende del aparato normativo existente y modifica las reglas aplicables tanto a la asignación de diputaciones por RP, como a la configuración y registro de coaliciones.
Asimismo, en su opinión, dicha figura implica una violación al principio de autodeterminación y organización de los partidos políticos, puesto que es contraria a su libertad, para que, en el contexto de una coalición, se postulen candidatos militantes de otro partido político o que incluso no tienen militancia alguna.

Por otro lado, consideran que su implementación violenta los derechos de la ciudadanía, puesto que la limita a ser postulada exclusivamente por el partido con el cual tienen una afiliación efectiva, siendo que, conforme a la normativa electoral, los militantes o simpatizantes de un partido político, cuentan con la posibilidad de ser postulados por otro partido de los que conforman una coalición.

Por último, consideran que la limitante derivada de la figura de afiliación efectiva implica una contravención a la jurisprudencia 29/2015, que posibilita a un partido político que participa en coalición, postular como candidatos a militantes de alguno de los otros partidos integrantes.

Al respecto, esta Sala Superior considera **infundados** los agravios referidos, en virtud de las consideraciones siguientes:

10.3.1 Constitucionalidad de la figura de "afiliación efectiva"

Lo infundado del agravio radica en que el acuerdo aprobado por la autoridad

responsable no modifica alguna fase del procedimiento de asignación de diputaciones de RP ni las fórmulas legales para la conversión de la votación recibida por los partidos políticos en curules, por el contrario, supone una ordenación de parámetros que la autoridad electoral deberá tomar en cuenta para definir el partido político a favor del cual se debe de considerar cada diputación de MR, tratándose de las postulaciones realizadas a través de un convenio de coalición, lo que constituye únicamente dotar de materialidad a un elemento normativo de la fórmula, que resulta relevante para la revisión de los límites de sobrerrepresentación, de manera que se realicen los ajustes respectivos, de ser procedentes.

En ese contexto, los criterios establecidos por la autoridad responsable en el sentido de atender a la afiliación efectiva constituyen un parámetro objetivo que obedece al hecho de que el INE identificó una alteración de que se eludieran los límites de sobrerrepresentación si únicamente se atiende a lo dispuesto en el convenio de coalición para definir la adscripción de una diputación de MR a un partido determinado.

Dicho riesgo consiste en que, si un partido mayoritario se asocia con un partido minoritario y acuerdan que determinadas diputaciones de MR, se considerarán para este último, pero se advierte que para dichos cargos postulan a personas que en realidad tienen un vínculo objetivo con el partido mayoritario (por ejemplo, la militancia), entonces se está frente a una estrategia en la que el partido mayoritario utiliza al minoritario para postular a sus candidatos. En caso de que resulten electos, dichas postulaciones – al señalarse en el convenio de coalición que corresponderán al partido minoritario– no se contarán para el partido mayoritario para efectos de evaluar el número máximo de diputaciones por ambos principios que puede ostentar (límites de representatividad), lo cual actualiza el riesgo de que se eluda una de las bases constitucionales del sistema electoral de RP.

Al respecto, cabe destacar que los límites de sobrerrepresentación tienen por objetivo cumplir con los valores de pluralismo y proporcionalidad que se desprenden de la configuración constitucional.
Por ello, esta Sala Superior aprecia que con los criterios establecidos en el acuerdo controvertido no solo no alteran o contravienen las fórmulas legales del sistema de RP, sino que procuran la observancia efectiva de los límites de sobrerrepresentación, y con ello, los valores constitucionales referidos, al integrar parámetros objetivos para definir (en el contexto exclusivo de la asignación de diputaciones por RP) las diputaciones de MR de los partidos políticos que participan a través de una coalición y así realizar una adecuada proyección de la cantidad total de diputaciones para cada partido político.

Así, la circunstancia de que mediante los criterios se haya incorporado en el orden jurídico una figura no contemplada en la Constitución ni en la legislación electoral (“afiliación efectiva”) no se traduce –por sí misma– en una violación al principio de subordinación jerárquica o reserva de ley, ni implica la inconstitucionalidad de dicha figura, pues sería necesario que esa integración conllevara una contravención de los preceptos que regulan esta cuestión, lo que no tiene lugar en este caso, tal como se ha razonado.

La prevalencia de la Constitución, sus fines y postulados, es una función del órgano constitucional autónomo, como regulador de la función electoral. De ahí que, como lo ha considerado la la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos (y, por ende, los propios

derechos humanos) son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. La Constitución también admite una interpretación evolutiva; en esa medida, el acuerdo atiende a una finalidad constitucional de hacer prevalecer sus principios en la asignación de diputaciones por el principio de RP.

Precisamente, por ese mandato de hacer efectivo los postulados constitucionales, no cabe normalizar un conjunto de conductas que pretenden cobijarse al amparo de un convenio de coalición para obtener una ventaja indebida; por el contrario, la asignación de diputaciones se debe someter al parámetro del umbral constitucional que exige, conforme con el principio democrático, lograr la configuración de un órgano legislativo representativo de la manera proporcional de acuerdo con los parámetros constitucionales.

Con independencia de cómo le haya denominado la autoridad electoral, se trata de un criterio objetivo para evaluar la relación entre uno de los partidos coaligados con las personas que se postulan, con miras a que, en la asignación, bajo el principio de RP, se revise auténticamente la representatividad de las distintas fuerzas políticas y se respeten los valores de pluralismo y proporcionalidad.

10.3.2. Violación al principio de auto determinación y organización de los partidos políticos (convenios de coalición)

Son **infundados** los planteamientos relacionados con la supuesta violación al principio de autodeterminación y organización de los partidos políticos, en el contexto de la celebración de convenios de coalición, en virtud de lo siguiente.

Los partidos políticos son una expresión de la dimensión colectiva del derecho a la libertad de asociación y, en ese sentido, cuentan con un derecho de autodeterminación o autoorganización para realizar las actividades orientadas a la consecución de los fines previstos constitucionalmente.

En el prisma constitucional y convencional, los derechos y libertades no son absolutos, sino que admiten modulaciones para hacer efectivos otros de igual contenido. Así, en el sistema jurídico mexicano, los partidos políticos cuentan con una protección institucional que salvaguarda su vida interna, pero respetando el marco legal, constitucional y convencional.

No obstante, en el caso que nos ocupa, el acuerdo impugnado no incide en el derecho de los partidos de presentar sus candidaturas en términos de los convenios de coalición que decidan celebrar, pues **en la determinación de la autoridad electoral se establece con claridad que son aplicables, exclusivamente, para la etapa de asignación de diputaciones de RP.**

De esta manera, con los criterios generales no se pretende modificar lo acordado por los partidos en el convenio de coalición, pues se respeta lo señalado en cuanto **al partido de origen y al grupo parlamentario al que pertenecerán** las personas que obtienen el triunfo.

Esto es consecuente con lo razonado en el acuerdo controvertido en el sentido de que, en el momento en el que se registra el convenio de coalición o en el posterior registro de las candidaturas, no se produce ningún riesgo de contravención a las bases constitucionales del sistema de RP.

En efecto, con motivo de la aprobación del convenio de coalición no se definen candidaturas, sino que solo se reservan demarcaciones electorales por partido,

por lo que no estaría justificado restringir la posibilidad que tienen los partidos de convenir el partido de origen y de destino de las postulaciones de MR que realicen de forma coaligada.

En esa tesitura, si bien con motivo del registro de candidaturas se identifican las personas postuladas y, por ende, es posible advertir su militancia efectiva y contrastarlo con lo pactado en el convenio de coalición, dicha situación –por sí misma– no se traduce en alguna irregularidad que implique contravenir algún precepto constitucional o legal, ni que modifique los efectos que constitucional y legalmente tiene aparejada la celebración de coaliciones para competir a los cargos de MR.

Incluso, en el propio acuerdo bajo estudio se reconoce la posibilidad de que un partido político registre a un candidato de otro partido político, siempre que medie un convenio de coalición, en términos del artículo 87, párrafo 6, de la Ley de Partidos y de la jurisprudencia 29/2015.

En ese sentido, el hecho de que la responsable utilice el criterio de "militancia efectiva" para verificar los límites de sobrerrepresentación, no impide que un partido determinado postule y registre, conforme a su convenio de coalición, a una persona que milita en otro partido. Tampoco limita la posibilidad de que ese militante se adscriba al grupo parlamentario señalado en el convenio correspondiente.

Entonces, atendiendo a que los efectos de los convenios de coalición se circunscriben a la participación conjunta para la obtención de triunfos en MR, y que en ese contexto, se respetan los parámetros legales que posibilitan la postulación de militantes de cualquiera de los partidos integrantes de una coalición, resulta viable que la autoridad electoral atienda a la información derivada de la afiliación de los candidatos, como un parámetro distinto al momento de realizar la asignación bajo el sistema de RP, pues los efectos de las coaliciones no alcanzan ni se relacionan con esta asignación.

La libertad de autodeterminación de los partidos políticos no implica un impedimento para que la autoridad electoral verifique la información que proporcionan al momento de proyectar el número de diputaciones de MR con el que efectivamente cuenta cada partido, pues con ello se podría convalidar una elusión a los límites de representatividad.

En torno a esta cuestión, en el acuerdo impugnado se recoge el razonamiento adoptado por esta Sala Superior en la sentencia **SUP-CDC-8/2015**, que dio origen al criterio jurisprudencial señalado, en el sentido de que "[…] no es posible establecer que la inclusión en el convenio de coalición de la mención del partido político al que pertenece originalmente cada uno de los candidatos registrados por la coalición y el señalamiento del grupo parlamentario o partido en el que quedarán comprendidos en caso de ser electos, en automático conduce a rebasar los límites del sistema de representación, sino que en todo caso, la ejecución del acuerdo deberá ajustarse por la autoridad administrativa electoral a los parámetros constitucionales para evitar la sobre y subrepresentación de los órganos legislativos".

Como se observa, en dicho precedente, esta Sala Superior reconoció que las estipulaciones de un convenio de coalición **no limitan a la autoridad para que**, en la etapa de asignación, lleve a cabo las acciones necesarias a efecto de garantizar que se respeten los límites de representatividad constitucionalmente previstos. Por tanto, fue adecuado lo dispuesto por la autoridad responsable respecto al ámbito material y temporal de aplicación del acuerdo impugnado, de

modo que solo se atenderá al momento de realizar la designación de diputaciones de RP, con lo cual se garantiza la efectividad de las bases constitucionales de este sistema electoral.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la regulación aplicable en materia de coaliciones no impide que la autoridad administrativa valore criterios adicionales para identificar una vinculación entre los partidos coaligados y las candidaturas electas en distritos uninominales, para así evitar prácticas de elusión de los límites de sobrerrepresentación.

Aceptar el planteamiento de los promoventes, de que la cuestión que se pretende regular en el acuerdo controvertido ya está solventada en la legislación supondría admitir que el único criterio determinante para definir a qué partido político corresponde cada diputación obtenida por mayoría relativa es lo acordado por los propios partidos en el convenio de coalición, siendo que hay otros elementos que de manera objetiva permiten corroborar o rechazar lo dispuesto por los partidos coaligados.

En esta tesitura, dados los efectos de las coaliciones, mismos que se han abordado a lo largo de esta resolución, éstos no impiden considerar el criterio de "militancia efectiva" por los motivos siguientes:

- Ni la Constitución ni la ley remiten a las reglas aplicables a las coaliciones para solventar la cuestión interpretativa que plantea el artículo 54 constitucional que exige determinar a qué partido se le contabilizará un candidato postulado en coalición (por dos o más partidos) que obtuvo un triunfo uninominal.

- La voluntad de las partes expresadas en un convenio no puede prevalecer frente a una cuestión de orden público como lo es el respeto a la regla constitucional que fija un límite a la sobrerrepresentación.

- Ni la Constitución ni la ley contienen alguna previsión que establezca que el dicho de los partidos no deba o pueda ser verificado para efectos de evaluar los límites de sobrerrepresentación o que su manifestación sea el único referente, menos aún que sea absoluto.

- El artículo 91, párrafo 1, inciso e), de la Ley de Partidos establece uno de los requisitos de los convenios de coalición, no el criterio para verificar la sobrerrepresentación, que puede servir o no como un referente. Asimismo, el criterio de "militancia efectiva" es congruente con las finalidades de la ley al reconocer en dicho artículo la existencia de una pertenencia original de un candidato a uno de los partidos políticos integrantes, sin que la mención establecida en el convenio sea el único elemento para verificar esa pertenencia, ni limite a la autoridad en cuanto a los criterios que utilice para verificar la sobrerrepresentación.

- El criterio de "militancia efectiva" no impide que un partido postule a una persona que **no sea su militante** conforme lo que se defina en el convenio de coalición correspondiente. Tampoco limita la posibilidad de que dicha candidatura forme parte del grupo parlamentario que se defina en el convenio, conforme a la autodeterminación del partido y la libertad de que goza la propia candidatura.

Por lo anterior, lo **infundado** de los agravios hechos valer por los partidos MORENA y PES radica en que parten de una idea equivocada sobre el alcance de su derecho de autodeterminación y de los alcances de los efectos de las coaliciones.

En principio, el derecho de autodeterminación no abarca una libertad absoluta de distribuir entre los partidos coaligados los triunfos de MR, de tal manera que se puedan eludir los límites sobre el número máximo de diputaciones que pueden alcanzar los partidos políticos. El derecho de autoorganización de los partidos se traduce en que pueden gobernarse internamente en los términos que se ajusten a su ideología e intereses, pero con la condición de que las decisiones que tome sean acordes a los principios del orden democrático y a los estándares constitucionales.

Y, en segundo lugar, los efectos de las coaliciones de acuerdo con la regulación aplicable, no se reflejan ni se materializan en la asignación de diputaciones por RP, por lo que las reglas que les son aplicables no constituyen la regulación que define los parámetros de asignación por el principio referido.

Los criterios definidos por la autoridad en el acuerdo impugnado tampoco inciden en el derecho de los partidos de participar en la asignación de diputaciones de RP **conforme a la votación que obtienen**, toda vez que el número específico de curules que le corresponden está supeditado a la observancia de las bases constitucionales en la materia y a los resultados de las fórmulas legales adoptadas. Así, con los lineamientos solamente se pretende generar condiciones de certeza y autenticidad sobre el número total de diputaciones por ambos principios de los partidos políticos, con el fin de velar por el respeto de los límites constitucionales de representatividad.

Si bien los artículos 87, párrafo 11; y 91, párrafo 1, inciso e) de la Ley General de Partidos Políticos establecen que en los convenios de coalición se señalará **el grupo parlamentario o partido político en el que quedarán comprendidos los candidatos registrados** en caso de resultar electos, parámetro que se ha empleado en los procesos electorales recientes para desarrollar la distribución de los cargos de RP, lo cierto es que el contenido de esas disposiciones no impide que la autoridad administrativa valore criterios distintos para tal fin, y así evitar prácticas de elusión de los límites de sobrerrepresentación.

Aceptar el planteamiento de los promoventes de que la cuestión que se pretende regular en el acuerdo controvertido ya está solventada en la legislación, supondría admitir que el único criterio determinante para definir a qué partido político corresponde cada diputación obtenida por MR, exclusivamente con el objeto de la asignación de diputados por RP, es lo acordado por los propios partidos en el convenio de coalición, siendo que hay otros elementos que de manera objetiva permiten cumplir con los valores de pluralidad y proporcionalidad que sustentan el sistema mixto de representación.

Máxime si se toma en consideración que el criterio implementado por el Instituto Nacional Electoral es acorde con el entramado normativo legal que regula, tanto el mecanismo de asignación de diputaciones por RP, como los requisitos y alcances de las coaliciones electorales.

En este último caso, el artículo 91, párrafo 1, inciso e) de la referida ley establece que el convenio de coalición debe incluir la referencia al partido político al que pertenecen originalmente los candidatos registrados por la coalición, situación que implica una posible relación de pertenencia que resulta relevante para el sistema electoral, lo que es acorde con el hecho de que la autoridad responsable hubiere definido el criterio que nos ocupa, precisamente, atendiendo a dicha relevancia.

Lo anterior, sin que la existencia de dicho requisito, supedite las facultades de la autoridad para la adopción del criterio

de "militancia efectiva", a lo señalado por los partidos políticos en el convenio, pues como ya se ha señalado, dicho criterio representa un parámetro para la aplicación de la fórmula de asignación a diputaciones de RP que es independiente a los efectos de los convenios de coalición que, en su caso, se celebren por partidos políticos a fin de competir por diputaciones de MR.

El Instituto Nacional Electoral es el organismo facultado constitucionalmente para realizar la asignación de diputaciones y senadurías de RP. En el ejercicio de esa atribución tiene el deber de hacer respetar los límites constitucionales de sobrerrepresentación. Dicha función no es solamente formal, ni se reduce a dar por cierta la información que los partidos establecen en sus convenios de coalición, como un acuerdo de voluntades dirigido a obtener triunfos de MR.

De esta manera, es adecuado que una cuestión como la regulada con los lineamientos no se deje a la libre decisión de los sujetos para quienes –precisamente– se dirigen los límites de representatividad.

Asimismo, con los lineamientos no se dejan sin efectos las normas en materia de coaliciones, sino que se contemplan parámetros distintos para llevar a cabo la distribución de curules por de RP. En todo caso, el señalamiento en los convenios del partido a quien corresponderá la diputación de MR se mantiene como uno de los criterios a valorar por la autoridad electoral al realizar la asignación de diputaciones de representación proporcional, en algunos supuestos.

10.3.3 Vulneración de los derechos de la militancia

Lo infundado de los agravios radica en que los criterios sostenidos por la autoridad responsable en el acuerdo impugnado no afectan los derechos político-electorales de las personas que son postuladas en distritos uninominales, toda vez que los lineamientos no regulan el sistema electoral de MR, por lo que dichas personas accederán al cargo si obtienen la mayor cantidad de votos a partir de la suma de los emitidos a favor de los partidos que integran la coalición, independientemente a la afiliación efectiva que tengan o si cuentan con afiliación a alguno de los señalados institutos políticos.

Asimismo, los criterios no obligan a las personas que participan bajo el principio de MR a afiliarse a alguno de los partidos que integran la coalición, por lo que es equivocada la apreciación de que se afecta el derecho a la libertad de asociación. Esta afirmación se corrobora si se atiende a que uno de los lineamientos adoptados por la autoridad responsable consiste en que, en caso de que la persona electa por MR no tenga una afiliación efectiva con alguno de los partidos coaligados, entonces se atenderá a lo señalado en el convenio de coalición respecto al partido de destino.

Por último, se reitera que en el acuerdo combatido la autoridad responsable enfatizó que los criterios solamente son aplicables para la etapa de asignación de diputaciones de RP, por lo que no tienen impacto alguno en el ejercicio de los derechos de afiliación y de participación parlamentaria de las candidatas y candidatos.

10.3.4 Violación a la jurisprudencia 29/2015

El partido MORENA argumenta que el INE, faltando a su deber de garantizar procesos electorales libres, equitativos y confiables, al aprobar el acuerdo hoy impugnado, inobservó la jurisprudencia 29/2015 de rubro: CANDIDATOS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR. PUEDEN SER POSTULADOS POR UN

PARTIDO POLÍTICO DIVERSO AL QUE SE ENCUENTRAN AFILIADOS, CUANDO EXISTA UN CONVENIO DE COALICIÓN.

El agravio es **infundado.**

En principio, vale la pena señalar que la jurisprudencia 29/2015 tuvo su génesis en la contradicción de criterios 8/2015, resuelta por esta Sala Superior en sesión pública de siete de octubre de dos mil quince.

En esa ejecutoria, este órgano jurisdiccional sostuvo que el derecho de autoorganización de los partidos políticos, como principio de base constitucional, implicaba la facultad auto normativa de establecer su propio régimen regulador de organización al interior de su estructura, con el fin de darle identidad partidaria, y con el propósito de hacer posible la participación política para la consecución de los fines constitucionalmente encomendados.

Bajo ese contexto, el artículo 23, párrafo 1, incisos b) y c), de la Ley de Partidos, disponía que son derechos de los partidos políticos, el participar en las elecciones conforme a lo dispuesto en la Base I del artículo 41 Constitucional, así como a formar coaliciones, frentes y fusiones.

Así, una de las formas de participación de los partidos políticos en los procesos electorales es mediante la figura de la coalición, la cual había sido definida en diversas ejecutorias de la Suprema Corte, como la unión temporal de dos o más partidos políticos con la finalidad de participar en apoyo de un mismo candidato a un puesto de elección popular en un proceso electoral determinado.

Para tal efecto, deben celebrar un convenio el cual regirá la forma, términos y condiciones de la postulación de candidatos en común, que entre otros requisitos (cuando se quiera convenir), **contendrá la mención del partido político al que pertenece originalmente cada uno de los candidatos registrados por la coalición y el señalamiento del grupo parlamentario o partido en el que quedarán comprendidos en caso de ser electos.**

Las limitaciones a que se encuentra sujeta esa estipulación consisten en que los partidos no pueden postular candidatos propios donde ya hubiera candidatos de la coalición de la que formen parte; no podrán registrar como candidato a quien ya haya sido registrado por otra coalición; **un instituto político no podrá registrar a un candidato de otro partido, excepto en el caso de las coaliciones u otra forma de participación política.**

Empero, que del análisis de la normativa atinente, no se advertía que el convenio de coalición se encontrara sujeto a alguna otra restricción.

Por otro lado, que del análisis del artículo 116 Constitucional, no era posible establecer que la inclusión en el convenio de coalición de **la mención del partido político al que pertenece originalmente cada uno de los candidatos registrados por la coalición y el señalamiento del grupo parlamentario o partido en el que quedarán comprendidos en caso de ser electos,** en automático condujera a rebasar los límites del sistema de representación, sino que en todo caso, la ejecución del acuerdo debería ajustarse por la autoridad administrativa electoral a los parámetros constitucionales para evitar la sobre y subrepresentación de los órganos legislativos.

Por tanto, en la ejecutoria se determinó aprobar la siguiente jurisprudencia:

CANDIDATOS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR. PUEDEN SER POSTULADOS POR UN PARTIDO POLÍTICO DIVERSO AL QUE SE ENCUENTRAN AFILIADOS, CUANDO EXISTA CONVENIO DE COALICIÓN.- De lo previsto en los artículos 41, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, párrafo 1, inciso c), 23, párrafo 1, incisos c) y e), 34. párrafos 1 y 2, inciso d), 44 y 87, párrafo 6, de la Ley General de Partidos Políticos; y 2, párrafo 3 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se desprende que dentro de los fines de los partidos políticos se encuentra el de promover la participación del pueblo en la vida democrática del país, contribuir a la integración de la representación nacional y, como organizaciones de ciudadanas y ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al poder público, para lo cual se les reconoce libertad para definir su propia organización, así como la posibilidad de establecer mecanismos de selección de precandidatos y candidatos a cargos de elección popular. Bajo este contexto, los institutos políticos a través de un convenio de coalición pueden postular a militantes de otro partido coaligado como candidatos a cargos de elección popular, siempre que la ley y su normativa interna lo permita, ya que se trata de un mecanismo que hace posible el acceso de aquéllos al poder público.

Bajo este contexto, lo infundado del agravio del partido MORENA se configura a partir de la lectura del propio acuerdo impugnado, del que se advierte, de manera reiterativa, la aplicación de la jurisprudencia de mérito, con el cual la autoridad responsable sostiene el derecho de los partidos políticos de poder postular como candidatos a ciudadanos que se encuentren afiliados a otros institutos políticos, siempre y cuando medie convenio de coalición.

De manera nítida se observa en el apartado "I" denominado "Planteamiento del problema", que la responsable sostiene:

> "…
>
> 10. Si bien el texto de la CPEUM no contiene reglas específicas en torno a las formas de participación de los partidos políticos en coaliciones, el artículo 60 Segundo Transitorio de la reforma constitucional de 2014 ordenó al legislador federal, respecto de la participación electoral de los partidos políticos a través de la figura de las coaliciones, el establecimiento de un sistema uniforme para los Procesos Electorales Federales y locales, que prevea (i) la solicitud de registro hasta la fecha en que inicie la etapa de precampañas; (ii) la existencia de coaliciones totales, parciales y flexibles, conforme al porcentaje de postulaciones de candidaturas en un mismo proceso bajo una misma plataforma; (iii) la manera en que aparecerán sus emblemas en las boletas electorales y las modalidades de escrutinio y cómputo de los votos; y (iv) la prohibición de coaligarse en el primer Proceso Electoral en que participe un partido político.
>
> 11. Con base en lo anterior, en el inciso e) del párrafo 1 del artículo

91 de Ley de Partidos se establece que los convenios de coalición deberán incluir el señalamiento, en su caso, del partido político al que pertenece originalmente cada uno de los candidatos registrados por la coalición y del grupo parlamentario o partido en el que quedarán comprendidos en caso de ser electos.

12. Al respecto, derivado de que la solicitud de registro de los convenios de coalición debe formularse previamente a la celebración de las precampañas electorales, para el momento en el que tales convenios son suscritos aún no se han determinado las candidaturas específicas que serán registradas por cada uno de los partidos políticos (ni individualmente, ni de forma coaligada), puesto que ello corresponde a una etapa posterior del Proceso Electoral, una vez agotados los procesos internos de selección de candidaturas.

En este sentido, precisamente porque al suscribir un convenio de coalición, dos o más partidos políticos determinan postular candidatas y candidatos conjuntamente para un determinado número de cargos de elección popular, es válido que un partido coaligado postule a personas militantes de otro partido de sus aliados, tal como se establece en la Jurisprudencia 29/2015 del TEPJF, como un mecanismo que hace posible el acceso de aquéllos al poder público.

Lo anterior, no solo es congruente con el derecho de auto organización que se concede a los partidos políticos y el reconocimiento del derecho de libre asociación política de la ciudadanía, sino que lo contrario sería incongruente con la finalidad misma que buscan los institutos políticos, al participar conjuntamente en una elección.

…"

(Lo resaltado es propio)

De lo anterior, es posible advertir el reconocimiento de la responsable para que un partido político registre a un candidato de otro partido político, siempre que medie un convenio de coalición, en términos de la Jurisprudencia 29/2015.

Por otro lado, el partido recurrente no es capaz de demostrar la forma en que la responsable se aparta de la multicitada jurisprudencia, pues tal y como se ha referido a lo largo de esta sentencia, los partidos políticos conservan el derecho de postular a ciudadanos que se encuentren afiliados a otros institutos políticos, sin que el acuerdo cambie esa adscripción o la modifique en forma alguna.

En ese sentido, el objetivo del acuerdo combatido, al dirigirse al cumplimiento de una base constitucional, como lo es el hacer respetar los límites de sobrerrepresentación y los valores de pluralidad y proporcionalidad, no impide en forma alguna que un partido determinado postule y registre, conforme a su convenio de coalición, a una persona que milita en otro partido.

Tampoco modifica los convenios en esa parte o los deja sin efectos, pues lo único que regula es la base de triunfos uninominales que se tomarán como parámetro para la asignación de diputados de RP, lo que de suyo no impacta en el derecho de los partidos políticos de postular ciudadanos que se encuentren afiliados a otros partidos políticos, de ahí lo infundado del agravio.

10.4 Alteración de la voluntad de la ciudadanía, prohibición de la transferencia de votos y violación al principio de autenticidad del voto

Los promoventes alegan como agravio que al permitir que la afiliación de un candidato determine la vinculación del triunfo electoral con un partido político se autoriza una transferencia del sufragio ciudadano. Por tanto, consideran que se vulnera el principio de proporcionalidad al promover un acto de simulación y suplantar la voluntad popular, debido a que la pertenencia partidista es una cuestión personalísima.

Asimismo, plantean que contabilizar los votos de MR como de RP, en función de la militancia, no respeta el derecho del ciudadano que milita en un partido para contender en un proceso organizado por un instituto político diverso. Señalan que –tal como lo ha considerado esta Sala Superior– si el candidato postulado en coalición resulta triunfador, tendría todo el derecho a ocupar el cargo para el que fue electo.

Finalmente, los promoventes sostienen que con los criterios se fragmenta la unidad del voto, pues cada sufragio debe contar para el partido que fue emitido y no para el partido en que milita la persona candidata ganadora; es decir, la valoración del sufragio no debe realizarse en función de la militancia del candidato ganador. Añaden que el diseño de las boletas electorales permite advertir con claridad el sentido del voto de la ciudadanía.

Los promoventes también argumentan como agravio que con los lineamientos se pretende limitar injustificadamente el efecto total del voto de la ciudadanía (en detrimento del principio de autenticidad del voto) pues únicamente se contabiliza para efectos de la elección por el principio de MR y no para la de RP, al establecer la determinación en función de la militancia partidista.

Esta Sala Superior considera que tales agravios son **infundados**, ya que los argumentos de los promoventes parten de un entendimiento equivocado sobre las implicaciones de los lineamientos adoptados a través del acuerdo controvertido. Los criterios no modifican los efectos del sufragio, ni alteran su autenticidad conforme a los sistemas de MR y de RP.

Como se ha explicado, el voto que una persona emite a favor de un partido político que participa mediante una coalición favorece a la candidatura por lo que, en ese sentido, no se altera la voluntad de la ciudadanía, ni el sentido original del voto. En el sistema de MR, los votos recibidos por los partidos coaligados se suman para respaldar a una candidatura, a partir de lo cual se permita la obtención del triunfo electoral. En cambio, a pesar del derecho de los partidos de celebrar coaliciones, el modelo constitucional electoral vigente establece que todos los partidos políticos deben de participar de forma individual para efectos de la asignación bajo el sistema de RP.

Por este motivo, se contempla que los emblemas de los partidos deben aparecer de forma separada en las boletas electorales, lo que fortalece el sentido auténtico del voto.

De este modo, si bien el sufragio emitido por alguno de los partidos coaligados beneficia a la candidatura para efectos de MR, solamente beneficia al partido que lo recibe para el caso del sistema de RP, lo que en forma alguna supone una trasgresión al principio de autenticidad del voto, sino en todo caso su consolidación y correspondencia entre sus efectos y la voluntad real del electorado.

Como se ha explicado, los lineamientos adoptados mediante el acuerdo controvertido únicamente establecen los criterios que se atenderán para identificar

el número de diputaciones de MR que tiene cada partido político, específicamente, los que contienden en coalición, con el objeto de determinar el número total de diputaciones por ambos principios que tendría cada partido, de conformidad con la proyección que realice la autoridad electoral, para así corroborar de forma efectiva el cumplimiento de los límites de representatividad, sin que ello implique modificar la intención del votante en ningún sentido.

Entonces, los lineamientos no suponen una transferencia del sufragio ciudadano, pues el voto de MR favorece a la candidatura de la coalición y las personas que la integran accederán al cargo en caso de resultar ganadoras y no otras. Es decir, con tal normativa no se modifican los sufragios recibidos por cada partido que participó en coalición, solamente se establece a favor de cuál de los partidos coaligados se computará cada triunfo de MR para verificar el número máximo de diputaciones por ambos principios, sin que se trastoque el sentido del sufragio.

No se altera de forma alguna la voluntad ciudadana, porque el sufragio preserva íntegramente sus efectos bajo los dos sistemas electorales. El voto que se emite por el sistema de MR beneficia a todos los partidos que participan en coalición a pesar de que en la boleta electoral solamente se seleccione uno, pues el sufragio se considera para la postulación que respaldan como unidad. En tanto, para el sistema de RP, el voto solamente cuenta para el partido que se selecciona en la boleta electoral, siendo que los lineamientos no establecen una alteración de ese efecto, sino que el criterio que se propone radica en la militancia del candidato electo.

En consecuencia, es equivocado el entendimiento de que con los lineamientos el sufragio se cuenta para el partido en que milita la persona candidata ganadora, pues la votación alcanzada por cada partido en la totalidad de los distritos uninominales se conserva de forma individual sin alteración alguna. Los lineamientos no regulan a favor de cuál partido político se considerarán los sufragios de MR (pues ello supondría un efecto inconstitucional), sino a quién corresponderá la diputación de MR para efectos de la asignación por el sistema de RP.

Por las mismas ideas expuestas, es erróneo que los criterios tengan como consecuencia que los sufragios no se contabilicen para la elección de RP, pues éstos preservan sus efectos de manera íntegra y auténtica, en la medida en que se cuentan en lo individual a favor del partido para el que se emitieron, sin que la circunstancia de que haya participado mediante una coalición sea relevante para esta cuestión.

Tampoco se afectan los derechos político-electorales de las personas que son postuladas en distritos uninominales, toda vez que los lineamientos no regulan el sistema electoral de MR, por lo que dichas personas accederán al cargo si obtienen la mayor cantidad de votos a partir de la suma de los emitidos a favor de los partidos que integran la coalición, por lo que deviene infundada la aseveración de que existe una ilegal transferencia de votos.

Asimismo, los criterios no obligan a las personas que participan bajo el principio de MR a afiliarse a alguno de los partidos que integran la coalición, por lo que también es equivocada la apreciación de que se afecta el derecho a la libertad de asociación. Esta afirmación se corrobora si se atiende que uno de los lineamientos adoptados por el Consejo General del Instituto Nacional Electoral consiste en que, en caso de que la persona electa por mayoría favorita no tenga una afiliación efectiva con alguno de los

partidos coaligados, entonces de manera subsidiaria, se atenderá a lo señalado en el convenio de coalición respecto al partido de destino.

De conformidad con lo indicado anteriormente, los partidos recurrentes erróneamente consideran que los votos emitidos por el principio de MR únicamente deben tener por objeto beneficiar al partido que obtuvo el voto. Desde la lógica de las coaliciones políticas, la formación de una fuerza común tiene por finalidad coadyuvar a un propósito político compartido.

La suma de fuerzas para alcanzar el triunfo electoral presupone relaciones recíprocas de beneficio. Por una parte, los partidos mayoritarios obtienen el apoyo en contextos de alta competencia; por la otra, los partidos minoritarios pueden acceder por la inercia de la fuerza política a determinados escaños.

Al momento de acceder al poder, se asume que ambos se conducirán de acuerdo con los acuerdos formados. Aportarán a un proyecto conjunto de gobierno que es delimitado de acuerdo con ciertas bases y principios. Por lo que, dentro del ámbito de la libre participación política, tal cuestión no se encuentra prohibida.

Por último, cabe señalar que en el acuerdo combatido se enfatiza que los criterios solamente son aplicables para la etapa de asignación de diputaciones de RP, por lo que no tienen impacto alguno en el ejercicio de los derechos de afiliación y de participación parlamentaria de las candidatas y candidatos. Así, los lineamientos no inciden en la determinación del grupo parlamentario en el que quedarán comprendidas las personas que, habiendo sido postuladas por una coalición, resulten ganadoras, ni tampoco representan una vulneración a la autenticidad del voto, ni de ninguno de los demás principios que lo rigen.

Por el contrario, con la aplicación del criterio adoptado por la autoridad responsable se privilegia el sentido auténtico del voto y se reconoce el efecto total del mismo en los dos principios de integración de nuestro sistema electoral en la del poder legislativo federal. De ahí, lo infundado de los agravios referidos.

10.5. Errónea interpretación extensiva del concepto de votación nacional efectiva

El PES afirma que el Consejo General retoma el criterio establecido en el acuerdo INE/CG181/2018, por el cual efectuó el cómputo y asignó las diputaciones por RP en el proceso electoral 2017-2018, al realizar una interpretación sistemática y funcional de los artículos 15, párrafo 2 y 16 de la LEGIPE, modificando de manera sustancial el texto normativo, al considerar que para la obtención de la votación nacional emitida también deben deducirse los votos de los candidatos no registrados.

Lo anterior, en su consideración, es ilegal pues el párrafo 2 del artículo 15 de la LEGIPE contempla que, para obtener la votación nacional sólo hay que deducir de la votación total emitida los votos a favor de los partidos políticos que no hubieran obtenido el tres por ciento de dicha votación, los votos emitidos para candidatos independientes y los votos nulos.

Al respecto, esta Sala Superior considera que el agravio deviene **inoperante**, toda vez que no se dirige a combatir directamente las razones por las cuales la autoridad responsable determinó que para calcular la votación nacional emitida, también se debían deducir de la votación total emitida los votos de candidatos no registrados.

Al respecto, el Consejo General a fojas 12 del acuerdo impugnado, razonó

que era necesario que se dedujeran los votos de las personas candidatas no registradas, pues para aplicar la fórmula de proporcionalidad pura en la asignación de diputaciones de RP, era imperante cuantificar los votos obtenidos por los partidos políticos con derecho de asignación, ya que de otro modo se crearía una distorsión indebida en el universo de votos a considerar para la aplicación de la fórmula citada, generando perjuicio al principio de certeza.

Ante dichos razonamientos, el partido actor únicamente se limitó a señalar que, en su consideración, la deducción de los votos a favor de personas candidatas no registradas no se encontraba expresamente señalado en la LEGIPE y por tanto implicaba una inaplicación de la norma.

Como se ve, el partido actor omite confrontar los razonamientos que llevaron al INE a considerar necesaria la deducción antes señalada, por lo que su agravio deviene **inoperante**.

10.6. Violación al principio de representación proporcional

Afirma que es inconstitucional que el INE retome el contenido del acuerdo INE/CG1181/2018 para este proceso electoral, sin analizar el texto constitucional (art. 54, base II), que prevé que, para la distribución de los 200 diputados por RP, basta con que el partido político alcance, por lo menos, el tres por ciento de la votación nacional emitida para listas regionales de las circunscripciones plurinominales, a fin de tener derecho a que se le atribuyan curules.

Al respecto, esta Sala Superior considera **ineficaz** el agravio planteado, toda vez que del mismo no se desprende una circunstancia o hecho específico respecto del que se duela el partido actor, pues se limita a señalar genéricamente que la autoridad responsable actúa de forma inconstitucional al retomar un criterio del año dos mil dieciocho, sin referir con claridad a qué criterio se refiere, pues únicamente indica que conforme a la base II del artículo 54 constitucional todo partido político que alcance por lo menos el tres por ciento del total de la votación válida emitida tendrá derecho a participar en la asignación de diputados de RP.

Situación que implica una referencia literal a lo dispuesto por la disposición aludida, pero que no implica la configuración de algún agravio, pues no señala cómo el acuerdo impugnado violenta dicha disposición.

Por ello se considera **ineficaz**.

10.7 Agravios PAN

Respecto de los agravios relativos a los principios de pluralidad y proporcionalidad, voto directo universal e intransferible.

Los agravios son **ineficaces**.

El PAN argumenta que el INE debió establecer que el criterio para determinar al partido coaligado al que se le debe considerar la curul de mayoría relativa es al que obtenga la mayor votación en la elección respectiva.

Su posición parte del entendimiento de que una de las razones por las que el modelo de coaliciones prevé que los emblemas de los partidos coaligados deben ir de manera separada en la boleta electoral es poder identificar al partido que obtiene más votos y a quien, por ende, debe considerársele la curul de mayoría relativa.

Plantea que aceptar que los partidos coaligados puedan definir por acuerdo a quién corresponde la curul, en caso de ganar, equivale a permitir una transferencia de votos, siendo que uno de

los objetivos de la regulación general de la figura de las coaliciones fue evitar esa mala práctica en materia electoral.

A juicio de esta Sala Superior, los planteamientos expuestos por el PAN devienen ineficaces ya que, para estar en condiciones de llevar a cabo su estudio, era necesario que primeramente se combatiera las razones que sustentan el acuerdo impugnado, conforme al cual la autoridad responsable estableció el parámetro de la afiliación efectiva como una medida idónea para garantizar el cumplimiento de las bases constitucionales en materia de RP.

Contrario a ello, el PAN dirige sus planteamientos, exclusivamente a afirmar de manera genérica que la autoridad no atendió a la vulneración que podría presentarse y que, en opinión de ese actor, constituía una transferencia de votos, sin exponer las razones por las cuales consideraba que el criterio de la autoridad no lograba el objetivo señalado. En esas circunstancias, y para revertir los vicios que alude, propone un mecanismo diverso como parámetro para contabilizar (en el contexto de asignación de RP) los triunfos de MR obtenidos por los partidos que integren una coalición.

Sin embargo, esta Sala considera que no puede ocuparse del estudio de la propuesta planteada por el PAN, en tanto que no justifica las razones de su planteamiento mediante el combate directo a las razones que expuso la autoridad para sustentar la idoneidad del mecanismo que aprobó en el acuerdo combatido.

De ahí que, si el Consejo General del INE no se ocupó de un diverso mecanismo, entonces no es factible el análisis que formula el PAN para sustentar una alternativa distinta a la que fue efectivamente adoptada y motivada por la autoridad.

Ahora bien, por lo que hace a la supuesta vulneración a los principios de certeza y seguridad jurídica, los agravios son **inoperantes**.

La inoperancia se configura en cuanto a que se sostiene que la posibilidad de que se postergue la fecha y validación de los padrones de militancia pondrá en evidencia una serie de acciones que se traducirán en simulaciones y fraudes a la ley. Ello, mediante argumentos subjetivos con base en apreciaciones del demandante sobre lo regulado por la autoridad responsable, sin que logre establecer de manera objetiva y cierta por qué el criterio establecido por la autoridad responsable llevará a los efectos perniciosos a que alude.

Del mismo modo, al tratarse de argumentos subjetivos, se califican como inoperantes, en cuanto señala que el sentido de ampliar la posibilidad de presentar documentación posterior a los registros de candidaturas y verificación de afiliación efectiva presentando algún tipo de documentación que acredite la misma es incongruente y desproporcionado, pues no ofrece razones para llegar a esas conclusiones.

En igual sentido, no logra establecer un argumento sólido que explique por qué establecer un periodo de tiempo para la presentación o justificación de afiliación a alguna fuerza política determinada, constituye una posición ventajosa y desproporcionada. Máxime si se toma en cuenta que el acuerdo impugnado regirá para todas las coaliciones que participan en el proceso electoral, por lo que el tratamiento será el mismo para todos los institutos políticos que participen bajo esa figura electoral.

En virtud de haberse considerado infundados, inoperantes e ineficaces los agravios hechos valer por los partidos apelantes, esta Sala Superior considera

que lo procedente es confirmar, en la materia de análisis, el acuerdo impugnado.

Asimismo, y con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los valores de pluralidad y proporcionalidad que irrigan el sistema normativo constitucional aplicable al sistema mixto de representación, y tomando en consideración que en los convenios de coalición respectivos se determinará el partido o grupo parlamentario de destino de las curules de MR, se vincula a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, para que, tras los comicios que se celebrarán el seis de junio de este año y una vez instalada la legislatura correspondiente, informe a esta Sala Superior y al Instituto Nacional Electoral si en la configuración de las fracciones parlamentarias se respetaron los límites de sobrerrepresentación.

11. Conclusión

Por todo lo anterior, la Sala Superior, en el presente recurso de apelación, concluye que el acuerdo controvertido fue conforme a derecho, razón por la cual, conforme a lo expuesto y fundado.

RESUELVE

PRIMERO. Se **acumulan** los recursos de apelación con las claves SUP- RAP-70/2021 y SUP-RAP-71/2021 al diverso SUP-RAP-68/2021.

SEGUNDO. Se **confirma**, en la materia de análisis, el acuerdo impugnado.

TERCERO. Se **vincula** a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, para que, tras los comicios que se celebrarán el seis de junio de este año y una vez instalada la legislatura correspondiente, informe a esta Sala Superior y al Instituto Nacional Electoral si en la configuración de las fracciones parlamentarias se respetaron los límites de sobrerrepresentación.

NOTIFÍQUESE como en Derecho corresponda.

En su oportunidad, devuélvanse los documentos pertinentes y archívense los expedientes como asuntos concluidos.

Así, por **unanimidad** de votos, lo resolvieron las magistradas y los magistrados que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con el voto razonado del magistrado José Luis Vargas Valdez, ante el Secretario General de Acuerdos quien autoriza y da fe de que la presente sentencia se firma de manera electrónica.

Este documento es una representación gráfica autorizada mediante firmas electrónicas certificadas, el cual tiene plena validez jurídica de conformidad con los numerales segundo y cuarto del Acuerdo General de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 3/2020, por el que se implementa la firma electrónica certificada del Poder Judicial de la Federación en los acuerdos, resoluciones y sentencias que se dicten con motivo del trámite, turno, sustanciación y resolución de los medios de impugnación en materia electoral.

BRASIL

GACETA AMERICANA
DE JUSTICIA ELECTORAL
2021

GACETA AMERICANA DE JUSTICIA ELECTORAL

0º

2021

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE)

APELACIÓN ELECTORAL ESPECIAL Nro. 193-92.2016.6.18.0018 – Brasilia-DF

Septiembre de 2019

Esta Sentencia del Tribunal Superior Electoral (TSE) de Brasil fue resultado de una apelación interpuesta por partidos políticos en el Estado de Piauí, en la región Nordeste del país, con relación a candidaturas femeninas consideradas "ficticias", denominadas así, porque reflejaban una mera inclusión nominal de mujeres en la lista de candidatos proporcionales para cumplir formalmente con el porcentaje mínimo requerido para la participación en las elecciones.

Desde el 2009 está vigente una legislación electoral que obliga a los partidos políticos a garantizar al menos el 30% de las candidaturas a las mujeres, con base en dictados constitucionales relativos a: la igualdad, el pluralismo político, la ciudadanía y la dignidad humana.

Sin embargo, los objetivos de la norma no eran cumplidos en los casos en que el registro de candidaturas de mujeres no estaba acompañado de la transferencia de recursos o actos de campaña. Algunas de estas candidatas hicieron campaña por otros competidores, generalmente familiares o cónyuges. En algunas ocasiones, ni siquiera asistieron a las urnas y no recibieron votos. En otras palabras, el fraude a la ley se consumó, puesto que las candidaturas se presentaron con la mera intención de cumplir con la cuota del 30%.

En el caso en cuestión, la Sentencia invalida los registros de las cinco candidatas. Además, se decidió cancelar los diplomas de los candidatos electos y suplentes que integraban la lista fraudulenta como beneficiarios. El TSE entendió que cancelar solo a los elegidos, permitiendo que otros candidatos del partido ocupen las vacantes, proporcionaría un estímulo inaceptable para el registro de "candidaturas ficticias". Reconocido el fraude y, por lo tanto, estando comprometida la controversia, no se requiere, a efectos de pérdida de diploma de todos los candidatos beneficiarios de los partidos políticos, prueba indiscutible de su participación o consentimiento, aspecto subjetivo que resulta imprescindible solo para imponer sobre ellos la inelegibilidad para futuras elecciones.

TRIBUNAL SUPERIOR LEITORAL
ACÓRDÃO
RECURSO ESPECIAL ELEITORAL N° 193-92.2016.6.18.0018 - CLASSE 32- VALENÇA DO PIAUÍ – PIAUÍ

Relator: Ministro Jorge Mussi
Recorrentes: Leonardo Nogueira Pereira e outros
Advogados: Caio Cardoso Bastiani - OAB: 10150/PI e outros
Recorrentes: Francisco de Assis Rodrigues Torres e outros
Advogados: Germano Tavares Pedrosa e Silva - OAB: 5952/PI e outra
Recorrente: Coligação Nossa União É com o Povo
Advogados: Luís Francivando Rosa da Silva — OAB: 7301/PI e outros
Assistentes: Edilsa Mària da Conceição do Vale e outros
Advogados: Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro - OAB: 25.341/DF e outros
Recorrentes: Maria de Fátima Bezerra de Souza Caetano e outra
Advogados: Marilda de Paula Silveira - OAB: 33954/DF e outros
Recorrida: Coligação Nossa União É com o Povo
Advogados: Luis Francivando Rosa da Silva — OAB: 7301/PI e outros
Assistentes: Edilsa Maria da Conceição do Vale e outros
Advogados: Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro - OAB: 25.341/DF e outros
Recorridos: Leonardo Nogueira Pereira e outros Advogados: Caio Cardoso Bastiani - OAB: 10150/PI e outros
Recorridos: Francisco de Assis Rodrigues Torres e outros
Advogados: Germano Tavares Pedrosa e Silva — OAB: 5952/PI e outra
Recorridas: Maria de Fátima Bezerra de Souza Caetano e outra
Advogados: Marilda de Paula Silveira - OAB: 33954/DF e outros

RECURSOS ESPECIAIS ELEIÇÕES 2016. VEREADORES. PREFEITO. VICE-PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ART. 22 DA LC 64/90. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97.

O TRE/PI, na linha da sentença, reconheceu fraude na quota de gênero de 30% quanto às candidaturas das coligações Compromisso com Valença I e II ao cargo de vereador nas Eleições 2016, fixando as seguintes sanções: a) cassação dos registros das cinco candidatas que incorreram no ilícito, além de sua inelegibilidade que por oito anos; b) cassação dos demais candidatos registrados por ambas as chapas, na qualidade de beneficiário.

Ambas as partes recorreram.

A coligação autora pugna pela inelegibilidade de todos os candidatos e por se estender a perda dos registros aos vencedores do pleito majoritário, ao passo que os candidatos pugnam pelo afastamento da fraude e, alternativamente, por se preservarem os registros de quem não anuiu com o ilícito

PRELIMINAR. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DIRIGENTES PARTIDÁRIOS. SÚMULA 24/TSE. REJEIÇÃO

O TRE/PI assentou inexistir prova de que os presidentes das agremiações tinham conhecimento da fraude, tampouco que anuíram ou atuaram de modo direto ou implícito para sua consecução, sendo incabível citá-los para integrar a lide como litisconsortes passivos necessários. Concluir de forma diversa esbarra no óbice da Súmula 24/TSE.

TEMA DE FUNDO. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97. ROBUSTEZ. GRAVIDADE. AFRONTA. GARANTIA FUNDAMENTAL. ISONOMIA. HOMENS E MULHERES. ART. 5°, I, DA CF/88.

A fraude na cota de gênero de candidaturas representa afronta à isonomia entre homens e mulheres que o legislador pretendeu assegurar no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 - a partir dos ditames constitucionais relativos à igualdade, ao pluralismo político, à cidadania e à dignidade da pessoa humana- e a prova de sua ocorrência deve ser robusta e levar em conta a soma das circunstâncias fáticas do caso, o que se demonstrou na espécie.

A extrema semelhança dos registros nas contas de campanha de cinco candidatas - tipos de despesa, valores, data de emissão das notas e até mesmo a sequência numérica destas - denota claros indícios de maquiagem contábil. A essa circunstância, de caráter indiciário, somam-se diversos elementos específicos.

A fraude em duas candidaturas da Coligação Compromisso com Valença I e em três da Coligação Compromisso com Valença ll revela-se, ademais, da seguinte forma: a) Ivaltânia Nogueira e Maria Eugênia de Sousa disputaram o mesmo cargo, pela mesma coligação, com familiares próximos (esposo filho), sem nenhuma notícia de animosidade política entre eles, sem que elas realizassem despesas comaterial de propaganda e com ambas atuando em prol da campanha daqueles, obtendo cada uma apenas um voto; b) Maria Neide da Silva sequer compareceu às urnas e não realizou gastos com publicidade; c) Magally da Silva votou e ainda assim não recebeu votos, e, além disso, apesar de alegar ter sido acometida por enfermidade, registrou gastos -inclusive com recursos próprios- em data posterior; d) Geórgia Lima, com apenas dois votos, é reincidente em disputar cargo eletivo apenas para preencher a cota e usufruir licença remunerada do serviço público.

Modificar as premissas fáticas assentadas pelo TRE/PI demandaria reexame de fatos e provas (Súmula 24/TSE).

CASSAÇÃO. TOTALIDADE DAS CANDIDATURAS DAS DUAS COLIGAÇÕES. LEGISLAÇÃO. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

Caracterizada a fraude e, por conseguinte, comprometida a disputa, não se requer, para fim de perda de diploma de todos os candidatos beneficiários que compuseram as coligações, prova inconteste de sua participação ou anuência, aspecto subjetivo que se revela imprescindível apenas para impor a eles inelegibilidade para eleições futuras. Precedentes.

Indeferir apenas as candidaturas fraudulentas e as menos votadas (feito o recálculo da cota), preservando-se as que obtiveram maior número de votos, ensejaria inadmissível brecha para o registro de "laranjas", com verdadeiro incentivo a se "correr o risco", por inexistir efeito prático desfavorável.

O registro das candidaturas fraudulentas possibilitou maior número de homens na disputa, cuja soma de votos, por sua vez, contabilizou-se para as respectivas alianças, culminando em quociente partidário favorável a elas (art. 107 do Código Eleitoral), que puderam então registrar e eleger mais candidatos.

O círculo vicioso não se afasta com a glosa apenas parcial, pois a negativa dos registros após a data do pleito implica o aproveitamento dos votos em favor das legendas (art. 175, §§ 3° e 4º, do Código Eleitoral), evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude.

12. A adoção de critérios diversos ocasionaria casuísmo incompatível com o regime democrático.

13. Embora o objetivo prático do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 seja incentivar a presença feminina na politica, a cota de 30% é de gênero. Manter o registro apenas das candidatas também afrontaria a norma, em sentido contrário ao que usualmente ocorre.

INELEGIBILIDADE. NATUREZA PERSONALÍSSIMA. PARCIAL PROVIMENTO.

14. Inelegibilidade constitui sanção personalíssima que incide apenas perante quem cometeu, participou ou anuiu com a prática ilícita, e não ao mero beneficiário. Precedentes.

15. Embora incabível aplicá-la indistintamente a todos os candidatos, constata-se a anuência de Leonardo Nogueira (filho de Ivaltânia Nogueira) e de Antônio Gomes da Rocha (esposo de Maria Eugênia de Sousa), os quais, repita-se, disputaram o mesmo pleito pela mesma coligação, sem notícia de animosidade familiar ou política, e com ambas atuando na candidatura daqueles em detrimento das suas.

CASSAÇÃO. DIPLOMAS. PREFEITA E VICE-PREFEITO. AUSÊNCIA. REPERCUSSÃO. SÚMULA 24/TSE.

16. Não se vislumbra de que forma a fraude nas candidaturas proporcionais teria comprometido a higidez do pleito majoritário, direta ou indiretamente, ou mesmo de que seria de responsabilidade dos candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito. Conclusão diversa esbarra na Súmula 24/TSE.

CONCLUSÃO. MANUTENÇÃO. PERDA. REGISTROS. VEREADORES. EXTENSÃO. INELEGIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. CHAPA MAJORITÁRIA.

17. Recursos especiais dos candidatos ao cargo de vereador pelas coligações Compromisso com Valença I e ll desprovidos, mantendo-se cassados os seus registros, e recurso da Coligação Nossa União É com o Povo parcialmente provido para impor inelegibilidade a Leonardo Nogueira e Antônio Gomes da Rocha, subsistindo a improcedência quanto aos vencedores do pleito majoritário, revogando-se a liminar e executando-se o aresto logo após a publicação (precedentes).

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em rejeitar a arguição de inobservância de litisconsórcio passivo necessário; dar parcial provimento ao recurso da Coligação Nossa União É com o Povo, apenas para estender a inelegibilidade a Leonardo Nogueira Pereira e a Antônio Gomes da Rocha, subsistindo, assim, a improcedência quanto aos vencedores do pleito majoritário; negar provimento aos recursos especiais dos candidatos ao cargo de vereador nas eleições de 2016 pelas Coligações Compromisso com Valença I e ll, mantendo, por conseguinte, cassados os seus respectivos registros; revogar a liminar concedida na Ação Cautelar n° 0600289-45 e determinar a execução imediata das sanções após a publicação do acordão, nos termos do voto do relator. Brasília, 17 de setembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI- RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Senhora Presidente, trata-se de três recursos especiais, sendo o **primeiro** interposto pela Coligação Nossa União É com o Povo, o **segundo** por Leonardo Nogueira Pereira, Stenio Rommel da Cruz Cerqueira e Maria de Fátima Bezerra de Sousa Caetano (Vereadores de Valença/PI eleitos em 2016 pela Coligação Compromisso com Valença I) e, ainda, por Benoni José de Sousa, Raimundo Nonato Soares Lima e Ariana Maria de Carvalho Rosa (Vereadores eleitos pela Coligação Compromisso com Valença ll), e o **terceiro** por Maria Neide da Silva Rosa, lvaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva, Francisco de Assis Rodrigues Torres, Jeová Bonfim Machado, Pedro José da Costa e Raimundo Ferreira Gomes (candidatos não eleitos pela Coligação Compromisso com Valença I) e também por Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva Costa, Maria Eugênia de Sousa Martins, José Gomes de Araújo, Mário Silva Lima, Raimundo Xavier de Lima, Antônio Gomes da Rocha, Carlos Augusto de Oliveira Santos, Cícero Raimundo de Sousa e Atêncio Pereira de Queiroga (não eleitos; Coligação Compromisso com Valença ll), contra acórdãos proferidos pelo TRE/PI em Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) (fls. 987v-988 e 1.235v).

Diante da complexidade da matéria, de sua repercussão jurídico-social e, ainda, das especificidades relativas a cada candidato, registre-se de início que, nas eleições proporcionais de 2016 no Município de Valença do Piauí/PI, as Coligações **Compromisso com Valença I** e **Compromisso com Valença ll**, adversárias da primeira recorrente (Coligação Nossa União é com o Povo), requereram registro de candidaturas ao cargo de vereador, conforme o quadro abaixo:

	COMPROMISSO COM VALENCA I	ELEITO?	COMPROMISSO COM VALENCA II	ELEITO?
1	Leonardo Nogueira Pereira (PROS) (REspe)	SIM 6,38%	Benoni José de Sousa (PDT) (REspe 2)	SIM 4,74%
2	Stenio Rommel Cerqueira (PPS) (REspe 2)	SIM 5,13%	Raimundo Nonato Soares (PSDB) (REspe 2)	SIM 3,64%
3	Maria de Fátima Bezerra (PTC) (REspe2)	SIM 2,64%	Ariana Marhia de Carvalho (PMN)(REspe2)	SIM 3,78%
4	Maria Neide de Silva Rosa (PRB) (Respe 3)	NÃO 0,02%	Geórgia Lima Verde Brito (PSB) (REspe 3)	NÃO 0,02%
5	Ivaltania Vieira Nogueira (PROS) (Respe 3)	NÃO 0,01%	Magally da Silva Costa (PR) (Respe 3)	NÃO 0,00%
6	Francisco de Assis Torres (PTC) (REspe 3)	NÃO 2,21%	Maria Eugênia Martins (PSL) (REspe 3)	NÃO 0,01%
7	Jeová Bonfim Machado (PTC) (REspe 3)	NÃO 1,56%	José Gomes de Araújo (PR) (REspe 3)	NÃO 1,64%
8	Pedro José da Costa (PTC) (REspe 3)	NÃO 0,83%	Mário Silva Lima (PMN) (REspe 3)	NÃO 1,45%
9	Raimundo Ferreira Gomes (PRB) (REspe 3)	NÃO 0,63%	Raimundo Xavier de Lima (PSB) (REspe 3)	NÃO 0,26%
10	Francisca Gerlandi (PTC) (não recorreu)	NÃO 0,13%	Antonio Gomes de Rocha (PSL) (REspe 3)	NÃO 0,42%
11	Renato Batista (PTC) (não recorreu)	NÃO 2,62%	Carlos Augusto de Oliveira (PMN) (REspe 3)	NÃO 0,48%
12	Francisco Nunes (PTC) (não recorreu)	NÃO 2,3%	Cícero Raimundo de Sousa (PR) (REspe 3)	NÃO 0,86%
13	Osmar Alves da Silva (PTC) (não recorreu)	NÃO 1,19%	Atencio Pererira de Queiroga (PMN) (REspe 3)	NÃO 0,99%
14	-----	-----	Maria Luiza de Sousa (PMN) (nao recorreu)	NÃO 1,27%
15	-----	-----	Wilton Nunes Ferrerira (PSB) (nao recorreu)	NÃO 3,01%
16	-----	-----	Leonardo Nunes Evelin (PMN) (nao recorreu)	NÃO 2,68%

Ultrapassada a data do pleito, **a primeira re orrente (Coligação Nossa União É com o Povo)** ajuizou Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) em desfavor de todos os candidatos ao cargo de vereador pelas Coligaçöes **Compromisso com Valença I** e Compromisso com Valença II, e, ainda, de Maria da Conceição Cunha Dias Benedito Gomes da Silva (vencedores do pleito majoritário com 37,51% dos votos), com fundamento nos arts. 22 da LC 64/90 e 10, § 3°, da 9.504/97.

Apontou, em resumo, fraude no preenchimento da cota mínima de gênero de 30% de candidaturas femininas, visto que algumas das candidatas escolhidas em convenção não praticaram atos de campanha, sequer compareceram às umas, não receberam votos e/ou, ainda, tinham familiares próximos disputando o mesmo cargo.

Aduziu, quanto à Coligação Compromisso com Valença I, que lançou 13 nomes para a disputa do cargo de vereador (sendo nove homens e quatro mulheres), que houve candidaturas fictícias de Maria Neide da Silva Rosa e Ivaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva.

Acrescentou, no que concerne à Coligação Compromisso com Valença II, com 16 candidatos (sendo 11 homens e cinco mulheres), que as candidaturas fictas recaíram sobre Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva Costa e Maria Eugênia de Sousa Martins.

Afirmou, ainda, que a fraude também envolveu os vencedores do pleito majoritário, pois, em primeiro lugar, o então Prefeito (apoiador de suas candidaturas) teria concedido licença à servidora pública Geórgia Lima Verde Brito para se candidatar pela Coligação Compromisso com Valença ll, e, de outra parte, houve proveito eleitoral decorrente do maior número de candidaturas masculinas por ambas as coligações.

Em primeiro grau, solucionou-se a controvérsia nos termos a seguir:

a. reconheceu-se a fraude quanto a duas da quatro candidaturas femininas da Coligação Compromisso com Valença I (Maria Neide da Silva Rosa e lvaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva) e três das cinco no que toca à Coligação Compromisso com Valença ll (Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva Costa e Maria Eugênia de Sousa Martins);

b. restando duas candidaturas. femininas reais de cada Coligação, recalculou-se a quota de gênero de 30% para excluir os candidatos homens que a ultrapassaram, usando-se, como critério para retirada, aqueles que obtiveram o menor número de votos;

c. por conseguinte, cassaram-se os registros tanto das candidaturas fraudulentas (Maria Neide da Silva Rosa, Ivaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva, Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva Costa e Maria Eugênia de Sousa Martins) como dos candidatos'excluídos a partir do recálculo, atingindo- se Francisco de Assis Torres, Jeová Bonfim Machado, Osmar Alves da Silva, Pedro José da Costa e Raimundo Ferreira Gomes (Coligação Compromisso com Valença I), além de José Gomes de Araújo, Mário Silva Lima, Atêncio Pereira de Queiroga, Cicero Raimundo de Sousa, Carlos Augusto de Oliveira, Antônio Gomes da Rocha e Raimundo Xavier de Lima (Coligação Compromisso com Valença II);

d. declararam-se inelegiveis por oito anos os candidatos acima;

e. determinou-se o recálculo do quociente partidário para todos os fins de direito (arts. 106 e 107 do Código Eleitoral e 5º da Lei 9.504/97);

f. julgaram-se improcedentes os pedidos (cassação e inelegibilidade) quanto a candidatos eleitos pelas Coligações Compromisso com Valença I (Leonardo Nogueira Pereira, Stenio Rommel Cerqueira e Maria de Fátima Bez rra) e Compromisso com Valença II (Benoni José de usa, Raimundo Nonato Soares e Ariana Maria de Ca alho) e, para aqueles que, apesar de não eleitos, não foram a gidos elo recálculo da cota por terem obtido número de voto mai r do que os excluídos (Francisca Gerlandi, Renato atist e Francisco Nunes, da primeira aliança, e Antônio Gomes da.

a) divergência pretoriana e afronta ao art. 22, XIV, da LC 64/90, pois, reconhecida a fraude, a inelegibilidade aplica-se a todos os candidatos beneficiados, e não apenas às cinco candidaturas fictícias;

b) dissídio e ofensa no que concerne à necessária incidência das sanções de cassação e de inelegibilidade também para os vencedores do pleito majoritário, os quais se beneficiaram da circunstância de que os 29 candidatos das duas coligações pediram votos em seu favor, o que se evidencia, inclusive, pelo material impresso de campanha, que contém nome e número dos candidatos aos cargos de Prefeito e de Vice-Prefeito. Apontou-se que "é em torno de uma candidatura majoritária que as proporcionais s'e formam" (fl. 1.060);

c) desnecessário o envolvimento dos candidatos majoritários na fraude, bastando a prova do ilícito e o benefício auferido;

d) inconstitucionalidade do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, pois a regra que prevê a realização de novo pleito majoritário na hipótese em que os candidatos cassados tenham auferido menos de 50% dos votos válidos viola a soberania popular.

No segundo recurso especial, **Leonardo Nogueira Pereira, Stenio Rommel da Cruz Cerqueira e Maria de Fátima Bezerra de Sousa Caetano** (Vereadores eleitos pela Coligação Compromisso com Valença I) e, ainda, **Benoni José de Sousa, Raimundo Nonato Soares Lima e Ariana Maria de Carvalho Rosa** (eleitos pela Coligação Compromisso com Valença II) sustentaram, em resumo (fls. 1.030-1.044, ratificado após o julgamento dos embargos, fls. 1.250-1.258)

a) afronta aos arts. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 1º e 14, *caput*, da CF/88, pois, ainda que reconhecida a fraude quanto duas candidatas da primeira coligação e três da seguda, ambas as alianças registraram outras candidaturas femininas efetivas o que Rocha, María Luiza de Sousa, Wilton Nunes Ferreira e Leonardo Nunes Evelin, da segunda);

g) julgaram-se improcedentes os pedidos no tocante à Prefeita e ao Vice-Préfeito eleitos, por falta de provas de sua participação ou anuência, além de inexistir benefício eleitoral.

Diante do acolhimento parcial dos pedidos, ambas as partes interpuseram recursos eleitorais.

O TRE/PI, ao examinar a controvérsia:

a) por unanimidade, manteve a fraude quanto às candidaturas de Maria Neide da Silva Rosa e lvaltânia Vieira

Nogueira Pereira da Silva (Coligação Compromisso com Valença I), além de Magally da Silva Costa e Maria Eugênia de Sousa Martins (Coligação Compromisso com Valença ll), e, por quatro votos a três, de Geórgia Lima Verde Brito (da segunda aliança);

b) por unanimidade, manteve a cassação do registro das referidas candidatas e dos demais mencionados na sentença (os quais haviam sido eleitos);

c) por maioria de cinco votos a dois, manteve a inelegibilidade apenas para as candidatas, excluindo-se os demais;

d) por maioria de quatro votos a três, estendeu a cassação do registro a todos os outros candidatos de ambas as coligações;

e) por unanimidade, manteve a improcedência dos pedidos em relação aos vencedores do pleito majoritário.

Ato contínuo, a Corte Regional, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração.

Conforme se assentou no início do relatório, interpuseram-se três recursos especiais.

A **Coligação Nossa União É com o Povo** aduziu o seguinte (fls. 1.047-1.068) afasta a cassação indistinta de todos os pleiteantes ao cargo de vereador, como procedeu o TRE/PI;

b) "o indeferimento integral é a última medida, apenas efetivada caso não exista nenhuma candidatura da cota mínima" (fl. 1.036), o que não é o caso dos autos;

c) consoante decidiu o Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do REspe 846-72/PA, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, sessão de el 9/9/2010, não atendido o percentual minimo de 30%, basta ao partido ou coligação excluir, proporcionalmente, o número de candidatos do outro sexo;

d) o critério fixado na sentença - de preservar os candidatos pela ordem dos mais votados- é o que melhor atende ao principio da soberania popular;

e) ofensa ao art. 22, XIV, da LC 64/90, pois o TRE/PI não estabeleceu quem seriam os beneficiários diretos da fraude, sendo incabível, assim, cassar todos eles;

f) dissídio jurisprudencial com o REspe 22-04/PI, redator para acórdão Min. Dias Toffoli, DJE de 9/5/2014, que envolve fraude em convenções para se formar coligação, em que se decidiu excluir apenas as legendas envolvidas no ilícito.

No terceiro recurso especial, **Maria Neide da Silva Rosa, Ivaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva, Francisco de Assis Rodrigues Torres, Jeová Bonfim Machado, Pedro José da Costa e mundo Ferreira Gomes** (não eleitos; Coligação Compromisso com Valença I) e também **Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva Costa, Maria Eugénia de Sousa Martins, José Gomes de Araújo, Mário Silva Lima, Raimundo Xavier de Lima, Antônio Gomes da Rocha, Carlos Augusto de Oliveira Santos, Cícero Raimundo de Sousa e Atêncio Pereira de Queiroga** (não eleitos; Coligação Compromisso com Valença II) aduziram o seguinte (fls. 1. 343-1.386):

a) ofensa ao art. 8º da Lei 9.504/97, haja vista que os presidentes das legendas que compuseram as coligações deveriam ser citados como litisconsortes passivos necessários,

pois sua participação ma fraude é indissociável da circunstância de que cabe às agremiações definirem a escolha de candidatos;

b) afronta aos arts. 1º, parágrafo único, e 10, § 3º, da Lei 9.504/97 "diante dos fatos que comprovam que os recorrentes efetivamente participaram do pleito, que pleitearam cargo de vereador por vontade própria, não havendo qualquer prova de que tais candidaturas praticaram, de forma dolosa, atos fraudulentos para registrarem suas candidaturas e/ou se foram induzidas a se registrarem apenas para cumprir com o número mínimo legal, o que faz com que seja reformada a decisão, ante a ausência de provas mínimas" (fls. 1.356-1.357);

c) "em respeito ao principio da eventualidade, os fatos narrados por si só[s] demonstram que não houve potencialidade lesiva que pudesse comprometer a higidez do processo eleitoral" (fl. 1.357);

d) a título demonstrativo, não há falar em fraude quanto à candidata Magally da Silva Costa, pois o conjunto probatório revela que ela "tern anemia falciforme, tendo engravidado durante o período eleitoral e sua gestação ter sido classificada como de alto risco" (fl. 1.361);

e) também à guisa de exemplo, em relação às postagens na rede social *facebook* de Maria Eugênia Martins apolado seu esposo, candidato ao mesmo cargo, "não foi recorrente quem postou, na verdade alguém de forma sorrateira faz a publicação e marca a candidata", fazendo com que "a publicação fique na página da candidata, [...] ñao tendo a mesma qualquer ingerência nesse tipo de atitude" (fl. 1.365)

f) uma das circunstâncias levadas em conta pelo TRE/PI para reconhecer a fraude, qual seja, a de que as contas das candidatas teriam movimentações e datas extremamente semelhantes, justifica-se pela greve bancãria com duração de 21 dias e finda apenas em 7/10/2016, após a data do pleito;

g) o não comparecimento às urnas de algumas das candidatas é insuficiente para assentar a fraude;

h) divergência jurisprudencial relativamente ao pressuposto da gravidade dos fatos para reconhecimento de abuso de poder e de fraude, assentando-se, no particular, que cabe "levar em conta as circunstâncias do fato em si e se tal conduta teve potencialidade lesiva" (fl. 1.380).

Os recursos especiais dos candidatos ao cargo de vereador pelas coligações Compromisso com Valença I e II foram admitidos pela Presidência do TRE/PI (fls. 1.473-1.479 e 1.482-1.488), não tendo havido, porém, juízo de admissibilidade quanto ao recurso da Coligação Nossa União É com o Povo, tampouco a abertura de vista para contrarrazões para ambas as partes.

A d. Procuradoria-Geral Eleitoral opinou pelo desprovimento dos recursos especiais dos candidatos e pelo parcial provimento do recurso da Coligação Nossa União É com o Povo para estender a inelegibilidade aos demais postulantes a cargo eletivo que participaram da fraude (fls. 1.512- 1.527).

A *posteriori*, Leonardo Nogueira Pereira, Stenio Ronmel da Cruz Cerqueira, Maria de Fátima Bezerra de Sousa Caetaoa, Benoni José de Sousa, Raimundo Nonato Soares Lima e Ariana Maria de Carv lho Rosa (segundos recorrentes) apresentaram questão de ordem, alegando vícios no

processamento do feito na Corte de origem (protocolo 4.011 2018), sendo o principal a ausência de juízo de admissibilidade do recurs da Coligação Nossa União É com o Povo (fls. 1.534-1.537).

Deferi parcialmente os pedidos para admitir o mencionado recurso especial e, ainda, determinar a intimação de ambas partes para, querendo, apresentar contrarrazões aos respectivos recursos especiais (fls. 1.529-1.532).

Contrarrazões apresentadas pelas partes, à exceção da Coligação Nossa União É com o Povo (certidão de fl. 1.555).

Registre-se que **deferi tutela de urgência na AC 0600289-45**, ajuizada por Leonardo Nogueira, Stenio Rommel e Maria de Fátima Bezerra (Vereadores eleitos pela Coligação Compromisso com Valença I) e, ainda, por Benoni José de Sousa, Raimundo Nonato Soares e Ariana Maria de Carvalho (eleitos pela Coligação Compromisso com Valença Il), **"para, atribuindo efeito suspensivo ao recurso espesial, obstar o afastamento dos autores dos cargos de vereador - ou reconduzi-los caso já afastados - até o julgamento do mérito do recurso especial eleitoral".**

Edilsa Maria da Conceição do Vale requereu ingresso no feito como assistente litisconsorcial ou simples da coligação autora da AIJE, arguindo ser a primeira suplente, e que, mantida a cassação de todos os candidatos das chapas adversárias, virá a assumir o cargo de vereador.

Referida coligação manifestou-se pelo indeferimento, pois a "tentativa de ingresso nos moldes em que foi estabelecido encontra-se em conflito de interesses com a [...] assistida" e com a celeridade processual, além de inexistir interesse jurídico, uma vez que a candidata não está no exercicio do cargo. Manifestação também negativa pelos demais recorrente ob os fundamentos de que Edilsa Maria não é suplente das duas coligações e de que o indeferimento completo das chapas ensejaria novas eleições (art. 224 do Código Eleitoral).

Pedido idêntico foi formulado por outros cinco candiatos da coligação autora.

É o relatorio.

QUESTÃO DE ORDEM

A DOUTORA ÂNGELA CIGNACHI (advogada): Senhora Presidente, dada a exiguidade do tempo de dez minutos apenas, o advogado da coligação não permitiria dividir o tempo. Eu requeiro a possibilidade, dada a importância do tema que será discutido hoje, de se dobrar o tempo para as sustentações orais.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Consulto os eminentes pares. Na verdade, não há concordância do advogado da Coligação Nossa União É com o Povo em dividir o tempo com a advogada da assistente Edilsa Maria da Conceição.

A Doutora Ângela Cignachi formula requerimento de dobra do tempo. Eu, em princípio, não encaminharia dessa forma, mas eu gostaria muito de ouvir a Doutora Ângela Cignachi, penso que o tema merece.

O SENHOR MINISTRO ADMAR GONZAGA: Eu gostaria muito de ouvi-la.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (presidente): Por cinco minutos ouviremos a Doutora Ângela Cignachi. Porque, na verdade, se houvesse a divisão do tempo, a Ooutora Ângela Cignachi teria cinco minutos. O Doutor Luís Francivando não abre mão dos seus dez minutos, seria isso?

O DOUTOR LUISS FRANCIVANDO ROSA DA SILVA (advogado): Isso, Senhora Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (relator): Senhora Presidente, preliminarmente, defiro o pedido formulado por Edilsa Maria da Conceição para assistir -na modalidade simples - a Coligação Nossa União É com o Povo, autora da AIJE, haja vista seu inequívoco interesse jurídico (e náo apenas de fato) diante das particularidades do caso.

Com efeito, acaso mantida por esta Corte a cassação da integralidade das chapas adversárias, com recontagem dos votos e novo cálculo do quociente eleitoral, a requerente tomará posse no cargo, o que, aliás, já havia ocorrido quando o TRE/PI determinou a execução do julgado naquela ocasião.

Ainda sobre a controvérsia, a recusa da coligação em ser assistida não elide essa conclusão, porquanto a resistência ao pedido de assistência há de ser fundamentada, conforme ensina a abalizada doutrina[1].

Na hipótese, além do notório interesse jurídico, inexiste ofensa ao princípio da celeridade, seja porque o assistente recebe o processo no estado em que se encontra (art. 119, parágrafo único, do CPC/2015[2]), seja pelo incontroverso propósito da requerente de rápida solução do caso, pois, repita-se, pode vir a ser empossada.

Assim, aplica-se a jurisprudência segundo a qual "a intervenção de terceiro reclama interesse jurídico, de sorte que é necessária a comprovação, por meio de elementos concretos, de que o (in)deferimento do registro de candidatura do candidato adversário impacte diretamente em sua situação jurídica" (AgR-REspe 44-47/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJE de 8/8/2017).

Por conseguinte, também defiro o pedido de assistência formulado pelos demais candidatos da coligação autora.

Superada essa questão, ressalte-se que o caso dos autos demanda minucioso exame não apenas pela complexida da matéria sob o ponto de vista jurídico, mas também em virtude de sua repercussão social e do papel ativo e contínuo que esta Justiça Especializada desempenha visando assegurar a plena inclusão das mulheres no processo democrático mo corolário da garantia fundamental de isonomia de gênero (art. 5º, I, da CF/88).

Saliente-se, ainda em preliminar, o comprometiento, a seriedade e o enriquecedor debate proporcionados pela Juíza de primeiro grau e pelos membros do TRE/PI ao julgarem a causa, além da não menos relevante proatividade dos causidicos que representam as partes.

Feitas essas considerações iniciais, frise-se que, para melhor equacionar a controvérsia, analisar-se-ão ponto a ponto os temas objeto dos três recursos especiais.

1. Preliminar: Litisconsórcio Passivo Necessário

No terceiro recurso especial, interposto por candidatos não eleitos pelas coligações proporcionais Compromisso com Valença I e 11[3], aduziu-se que os presidentes dos partidos políticos que integraram as respectivas alianças deveriam ter sido citados como litisconsortes passivos necessários.

1 A título demonstrativo: "quando resistir, a parte deve, na petição da impugnação ao pedido de assiténcia, demonstrar a inexistência de interesse jurídico ou do propósito de colaborar com uma das partes" (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários *Novo Código de Processo Civi* 2ª Ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2016, p. 197-198).

2 Art. 119 [omissis]
Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre.

3 Maria Neide da Silva Rosa, lvaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva, Francisco de Assis Rodrigues Torres, Jeová Bonfim Machado, Pedro José da Costa e Raimundo Ferreira Gomes (náo eleitos; Coligação Compromisso com Valença I); Geórgia Lima Verde Brito, Magally da Silva" Costa, Maria Eugênia de Sousa Martins, José Gomes de Araújo, Mário Silva Lima, Raimundo Xavier de Lima, Ant8nio Gomes da Rocha, Carlos Augusto de Oliveira Santos, Cfcero Raimundo de Sousa e Atêncio Pereira de Queiroga (nâo eleitos; Coligação Compromisso com Valença II)

A irresignação, todavia, não merece prosperar, conforme se demonstrará a seguir.

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior firmada para as Eleições 2016 em diante, impõe-se, em sede de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), a citação não apenas dos candidatos beneficiados com a prática do ilícito, como também dos autores da conduta que se busca sancionar. Confira-se, por todos, o *leading* case acerca da matéria:

> ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DO PODER POLÍTICO E ECONÔMICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÂRIO. CANDIDATO BENEFICIADO. RESPO ÂVEL. AGENTE PÚBLICO. JURISPRUDÊNCIA. ALTERÇÁO. SEGURANÇA JURÍDICA. -
>
> 1. Até as Eleições de 2014, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral se firmou no sentido de não ser necessária formaçao de litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiado e o responsável pela prática do abuso do poder político. Esse entendimento, a teor do que já decidido para as represetações que versam sobre condutas vedadas, merece ser reformado para s pleitos seguintes.
> 2. A revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior Eleitoral deve ser prospectiva, não podendo atingir pleitos passados, por força do princípio da segurança jurídica e da incidência do art. 16 da Constituição Federal.
> 3. **Firma-se o entendirúento, a ser aplicado a partir das Eleições de 2016, no sentido, da obrigatoriedade do litisconsórcio passivo nas açôes de investigação judicial eleitoral que apontem a prática de abuso do poder político, as quais devem ser propostas contra os candidatos beneficiados e também contra os agentes públicos envolvidos nos fatos ou nas omissões a serem apurados. [...]**
> (REspe 843-56/MG, redator para acórdão Min. Henrique Neves, DJE de 2/9/2016) (sem destaque no original)

Porém, o TRE/PI assentou, de modo cristalino, não haver sequer indícios de que os presidentes das agremiações tinham conhecimento da suposta fraude, tampouco que anuiram ou atuaram de modo direto ou implícito para sua consecução, sendo incabível, portanto, citá-los para integrar a lide. Veja-se (fl. 993v):

> **Na exordial, contudo, os investigantes atribuem os fatos ali narrados apenas aos candidatos ao cargo de vereador e às respectivas coligaçóes proporcionais "COMPROMISSO COM VALENÇA I" e "COMPROMISSO COM VALENÇA ll". Da mesma forma, as provas constantes dos autos não apontam, nem mesmo em tese, a participação ou anuência dos presidentes dos partidos**.
>
> Dessa forma, em não sendo os atos alegados na inicial imputados aos presidentes dos partidos, não há como exigir que os mesmos venham compor o polo; passivo da presente demanda, diante da ausência de previsão legal.
>
> (sem destaque no original)

Por conseguinte, concluir em sentido diverso demandaria reexame de fatos

e provas, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 24/TSE, motivo pelo qual rejeito a preliminar.

2. Tema de Fundo

2.1. Isonomia, Atuacào da Justiça Eleitoral e Fraude na Cola óe Cênero

A cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, princípios insertos no art. 1º da Constituição Federal de 1988, representam três dos mais importantes fundamentos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito e irradiam-se em inúmeros pilares de um país que deseja ser - e ser reconhecido como - minimamente igualitário e tolerante, destacando-se, como um de seus corolários, a isonomia de gênero.

A relevância e a imperativa necessidade da plena isonomia de gênero possuem tal magnitude que a Constituição Federal não se contenta em assentar no *caput* do art. 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", especificando de modo ainda mais claro e direto, logo a seguir no inciso I, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações".

No decorrer dos 25 anos seguintes à promulgação da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional tern procurado incorporar essa garantia fundamental nas mais diversas áreas da vida e searas do direito.

Especificamente quanto ao jogo político-democrático, exsurgem do ordenamento jurídico pátrio inúmeras disposições legais que visam incentivar e assegurar a efetiva participação feminina nas eleições e, em última análise, amainar o dramático quadro de um país que possui baixissima representatividade de mulheres em mandatos eletivos apesar de contar com maioria feminina em sua população.

Essa grave e inaceitável distorção é enfatizada com muita propriedade na doutrina de José Jairo Gomes[4] ao se abordar a cota de gênero estabelecida pelo legislador nos processos de registro de candidatura (art. 10,§ 3º, da Lei 9.504/97[5]):

> **Por quota eleitoral de gênero compreende-se a ação afirmativa que visa garantir espaço mínimo de participação de homens e mulheres na vida política do país. Seu fundameto encotra-se nos valores atinentes à cidadania, dignidade da pessoa humana a e pluralismo político que fundamentam o Estado Democrático Brasileiro (CF, art. 1°, II, III e V).**
> A implementação da quota se dá por meio da reserva de certo número de vagas que os partidos podem lançar para as eleições proporcionais, ou seja, de deputados e vereadores.
> [...]
> **Conquanto se aplique indistintamente a ambos os sexos, a enfocada açao afirmativa foi pensada para resguardar a posição das mulheres** que, sobretudo por razões ligadas à tradição cultural, não desfrutam de espaço relevante no cenário político brasileiro, em geral controlado por homens. Nesse âmbito, **a discriminação contra a mulher constitui desafio a ser superado. Ainda nos dias de hoje, é flagrante o baixo número de mulheres na disputa pelo poder político em todas as esferas do Estado; ainda menor** é o número de mulheres que efetivamente ocupam os postos público-eletivos.

4 GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 413-420.

5 Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legis ativa as assembleias legislativas e as cãmaras municipais no total de até 150% (cento e cinquenta par cento) do número de lugares a preencher, salvo:
[…]
§ 3° Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

Tais constatações são de todo lamentáveis em um país em que o sexo feminino forma a maioria da população.

Com efeito, consoante evidenciado pelo senso demográfico realizado pelo IBGE em 2012, a população feminina era, naquele ano, de 51% do total contra 49% da masculina [...]. Também são maioria nas universidades e instituições de ensino superior, respondendo, ademais, por expressiva fatia dos mercados de trabalho e consumo.

[...]

Os dados estatísticos das eleições municipais de 2016 são significativos. Revelam o quanto é baixo o efetivo acesso de mulheres aos cargos politico-eletivos. Dos 5.481 prefeitos eleitos, apenas 641 sao mulheres, o que representa 11,69°/ do total. Já para vereador, foram eleitos 50.036 homens, mas apenas 7.820 mulheres, o que constitui 15,62°/ do total de eleitos para as Câmaras Municipais.

Cargo	Sexo	Número de eleitos	% de mulheres eleitas
Prefeito	Masculino	4.840	-
Prefeito	Feminino	641	11,69%
Vereador	Masculino	50.036	-
Vereador	Feminino	7.820	15,62%
Total Geral	-	63.337	13,35%

[..]

lndaga Bucchianeri Pinheiro (2010, p. 215) se não haveria inconstitucionalidade na determinação legal de estabelecimento de quotas de gênero face ao princípio da autonomia partidária inscrito no § 1º do artigo 17 da Lei Maior. Respondendo negativamente à indagação, assinala a autora que,

[...] embora a cláusula de autonomia seja inerente ao proprio estatuto constitucional dos partidos políticos, conferindo-lnes uma esfera de privacidade e intimidade dogmática e institucional/organizacional que é infensa à intervenção estatal, isso não significa que tais corpos intermediários sejam integralmente imuües às reglas e aos princípios fundamentais constantes da Carta Política, tal como é o princípio da igual dignidade de todos e o da não discriminação entre os sexos [...]. Não há falar, pois, em soberania partidária, mas, unicamente, em autonomia, que não se sobrepõe ao dever constitucional de observância aos direitos fundamentais (art. 17, *caput*) e que autoriza, sim, sob tal perspectiva, não só a atuação corretiva por parte do Poder Judiciário, mas, por igual, determinadas imposições derivadas da lei, tal como ocorre na hipótese da paridade minima entre sexos, em tema de candidaturas políticas.

Vale registrar que o art. 93-A da LE (com a redação da Lei n° 13.488/2017) autoriza o TSE, no período compreendido entre 1° de abril e 30 de julho do ano eleitoral (antes e durante as convenções dos partidos), a promover propaganda institucional "destinada a incentivar, a participação feminina na política" (bem como a "dos jovens e da comunidade negra"); para tanto, poderá requisitar das emissoras de rádio e televisão, até cinco minutos diários, contínuos ou não.

[...]

O que cumpre aos partidos é aprimorar seus quadros, aumentando o número de filiados de ambos os sexos. Sabe-se, porém, que essa tarefa não é fácil, pois, além dos obstáculos

> advindos do ambiente cultural (que não favorece o protagonismo feminino na política), a Constituição Federal garante que "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado" a quaisquer instituições, pública ou privada (CF, art. 5º, XX).
> (sem destaques no original)

Em meio aos inúmeros esforços de todos os órgãos governamentais e setores da sociedade a fim de assegurar dignidade e isonomia plenas às mulheres, há de se lembrar a atuação contínua, proativa e firme da Justiça Eleitoral na consecução desses objetivos nas frentes jurisdicional, administrativa, acadêmica e propagandística.

No âmbito jurisprudecial, citem-se por exemplo os inúmeros julgados desta Corte Superior enfatizando a necessidade de irrestrita observância à norma então vigente do art. 45, IV, da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), que impunha às legendas, em sua propaganda, "promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulhere o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) do programa e das inserções a que se refere art.49".

> Confira-se a elucidatìva ementa do julgado a seguir:
>
> R E P R E S E N T A Ç Ã O . PROPAGANDA PARTIDÁRIA. PRIMEIRO SEMESTRE DE 2016. INSERÇÕES NACIONAIS. PARTIDO DA REPÚBLICA (PR). PROMOÇÃO PESSOAL DE FILIADO. TEMPO DESTINADO À PROMOÇÃO E À DIVULGAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA FEMININA. INOBSERVÂNCIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.
> [...]
> 5. O incentivo **à presença feminina constitui necessária, legítima e urgente açao afirmątiva que visa promover e integrar as mulheres na vida político-partidária brasileira, de modo a garantir-se observância, sincera e plena, não apenas retórica ou formal, ao princípio da igualdade de gênero** (art. 5º, caput e I, da CF/88).
>
> 6. Apesar de, já em 1953, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, da Organização das Nações Unidas (ONU), assegurar isonomia para exercício da capacidade eleitoral passiva, **o que se vê na prática ainda é presença infima das mulheres na política, a que se confirma pelo 155º lugar do Brasil no ranking de representação feminina no parlamento, segundo a Inter- Parliamentary Union (IPU).**
>
> 7. Referida estatística, deveras alarmante, retrata o conservadorismo da política brasileira, em total descompasso com população e eleitorado majoritariamente femininos, o que demanda rigorosa sanção às condutas que burlem a tutela minima assegurada pelo Estado.
>
> 8. **Cabe à Justiça Eleitoral, no papel de instituição essencial ao regime democrático, atuar como protagonists na mudança desse quadro, em que as mulheres são sub-representadas como eleitoras e líderes, de modo a eliminar quaisquer obstáculos que as impeçam de participar ativa e efetivamente da vida política.**
>
> 9. **As agremiações devem garantir todos os meios necessários para real e efetivo ingresso das mulheres na política, conferindo plena e genuína eficácia às normas**

> **que reservam número mínimo de vagas para candidaturas (art. 10, § 3•, da Lei n°9.504/97)** e asseguram espaço ao sexo feminino em propaganda (art. 45, IV, da Lei n° 9.096/95). A criação de "estado de aparências" e a burla ao conjunto de dispositivos e regras que objetivam assegurar isonomia ‹plena devem ser punidas, pronta e rigorosamente, pela Justiça Eleitoral.
>
> 10. Em síntese, **a participação feminina nas eleições e vida partidária representa não apenas pressuposto de cunho formal, mas em verdade, garantia material oriunda, notadamente, dos arts. 10, § 3º, da Lei n° 9.504/97**, 45, IV, da Lei n° 9.096/95,caput e I, da CF/88.
> [...]
> 12. A autonomia partidária contida no § 1º do art. 17 da CF/88 não significa soberania valores e princípios para desrespeitar, direta ou indiretamente, valores e principios constitucionais: é imperativo que agremiações observem a cota de gênero não somente em registro de candidaturas, mas também na propaganda e assegurando às mulheres todos os meios de suporte em âmbito intra ou extrapartidário, sob pena de se manter histórico e indesejável privilégio patriarcal e, assim, reforçar a nefasta segregação predominante na vida político-partidária brasileira.
> [...]
> (RP 297-42/OF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 9/3/2017) (sem destaques no original)

Na via administrativa, saliente-se, a título demonstrativo, a recente alteração promovida no art. 6º, § 1º, da Res.-TSE 23.568/2018[6] para determinar a incidência minima de 30% do total recebido do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) para candidaturas do sexo feminino.

Não menos relevante, este Tribunal vem atuando na organização de seminários, encontros e palestras para o debate de ideias e alternativas que proporcionem o aperfeiçoamento dos mecanismos de inclusão das mulheres no cenário político e democrático[7].

Destacam-se, ainda, as várias campanhas da Justiça Eleitoral sobre o tema, sendo uma delas intitulada "Mulheres na Política - Elas Podem. O País Precisa", lançada em 23/8/2018 e organìzada pela Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

Fixados esses relevantíssimos aspectos sobre a participação feminina no processo eleitoral e na politica, frise-se- ainda observando-se as lições de José Jairo Gomes[8] — que a prova da ocorrência de fraude na cota de gênero deve ser robusta e levar em conta a soma das circunstâncias fáticas do caso, a denotar o incontroverso objetivo de burlar o mínimo de isonomia em tre homens e mulheres que o legislador pretendeu assegurar no art. 1 § 3º da Lei 9.504/97. Veja-se:

> Consiste a fraude em lançar a candidatura de mulheres que na

6 Art. 6º Os recursos do FEFC ficarão à disposiç8o do partido polftico somente após a definição dos cõtérios para a sua distribuiçso, os quais devem ser aprovados pela maioria absoluta dos membros do órgáo de direção executiva nacional do partido (Lei n° 9.504/1997, art. 16-C, § 7º).
§ 1º Os critérios a serem fixados pela direção executiva national do partido devem prever a obrigação de aplicação minima de 30% (trinta por cento) do total recebido do FEFC, destinado ao custeio da campanha eleitoral das candidatas do partido ou da coligação (STF: ADI n° 5.617/DF, julgada em 15 de março de 2018 e TSE: Consulta n° 0600252-18, julgada em 22 de maio de 2018).

7 São inúmeros exemplos, dentre eles o seminário "Academia da Democracia", promovida em 7/8/2018, com palestra da advogada Angela Cignachi Baeta Neves sobre fraude na cota de género, presidido pelo Dr. Carlos Eduardo Frazão e com as presenças também do Ministro Carlos Horbach e do advogado Gustavo Severo.

8 Idem, p. 421

> realidade não disputarão o pleito. São candidaturas fictícias. Os nomes femininos são arrolados na lista do partido tão somente para atender à necessidade de preenchimento do mínimo de 30%, viabilizando-se, com isso, a presença do partido e de seus candidatos nas eleições. **Trata-se, portanto, de burlar a regra legal que instituiu a ação afirmativa direcionada ao incremento da participação feminina na política**.
> [...]
> Embora esse tipo de fraude se perfaça na fase do registro de candidatura, **em geral os indícios de sua ocorrência aparecem depois do pleito, sendo evidenciados por situações como a ausência de votos à candidata, a não realização de campanha, a inexistência de gasto eleitoral, a não transferência nem arrecadação de recursos** - nesses últimos casos a prestação de contas aparece zerada. Note-se, porém, que **tais eventos, sozinhos, não significam necessariamente que houve fraude ou que a candidatura em questão foi fraudulenta. É mister que o contexto seja bem ponderado**, afinal, não é impossível que surjam obstáiculos que tornem muito difícil ou impeçam a candidata de levar adiante sua campanha, ou mesmo que simplesmente se desinteresse ou não se empolgue com ela.
> (sem destaques no original)

Ademais, o art. 23 da LC 64/90 é claro ao estabelecer que "o Tribunal formará sua convicção pela **livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunçóés e prova produzida**, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse públicô, de lisura eleitoral".

A propósito, confira-se a jurisprudência deste Tribunal acerca do mencionado dispositivo:

> DIREITO ELEITORAL. RECURSO ORDINÀRIO. ELEIÇÕES DE 2014. IMPUTAÇÃO DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A DA LEI 9.504/1997) AO GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR DE ESTADO DO AMAZONAS. CONFIGURAÇÃO. IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DE CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS (ART. 73, I, DA LEI 9.504/1997). AUSÊNCIA DE PROVA DE APLICAÇÃO DE RECURSOS PARA FINS ELEITORAIS. PROVIME,NTO PARCIAL DOS RECURSO PARA AFASTAR IMPUTAÇÃO DA CONDUTA VEOADA. CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS.
>
> 1. Em relação à imputação da prática de captação de sufrágio há, no caso concreto, conjunto probatório suficientemente denso a evidenciar tanto a compra de votos por parte de terceiro não candidato, quanto a ciência do candidato em relação ao ilícito. **Possibilidade de utilização de indícios para a comprovação da participação, direta ou indireta, do candidato ou do seu consentimento ou, ao menos, conhecimento da infração eleitoral, vedada apenas a condenação baseada em presunções sem nenhum liame con os fatos narrados nos autos (art. 23 da LC 64/1990).** Precedentes: ED-RO 2.098; AgR-REspe 399.403.104. No caso, são elementos capazes de comprovar, além de qualquer dúvida razoável, a ciência do candidato quanto à operação de captação ilícita de sufrágio: (i) o local em que ocorreu a oferta e promessa de

> vantagens em troca de votos, (ii) o envolvimento, direto ou indireto, de pessoas ligadas ao candidato por vínculos político e familiar, e (iii) a relação contratual da autora da conduta com o governo estadual. Precedentes: RCED 755, AgR-REspe 8156-59, REspe 42232-85. Desprovimento dos recursos ordinários de José Melo de Oliveira e José Henrique de Oliveira quanto à configuração da captação ilícita de sufrágio, prevista no art. 41-A da Lei 9.504/1997, mantendo-se a decisão do TRE-AM no sentido de cassar os diplomas dos representados e aplicar-lhes pena de multa no valor de 50 mil Ufirs. [...]
> (RO 2246-61/AM, redatôr para acórdão Min. Roberto Barroso, DJE de 1°/6/2017) (sem destaque no original)

2.2 Delimitação da Controvérsia

A controvérsia envoIve!dois pontos cruciais

O **primeiro** deles consiste em aferir a **efetiva ocorrência ou não da fraude.**

Em caso positivo, analisar-se-ão as **consequências jurídicas do ilícito**, isto é, a quem se aplica as sanções de cassação do registro e de inelegibilidade por oito anos (art. 22, XIV, da LC 64/90).

2.3. Fraude em Cinco Candidaturas Femininas

Há prova robusta a evidenciar a burla quanto às candidaturas de Maria Neide da Silva Rosa e lvaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva (Coligação Compromisso com Valença I) e, ainda, de Magally da Silva Costa, Maria Eugênia de Sousa Martins e Geórgia Lima Verde Brito (Coligação Compromisso com Valença ll).

O primeiro aspecto qué levou o TRE/PI a concluir pela fraude é comum a todas as candidaturas ilícitas e diz respeito às contas de campanha.

De acordo com a Core Regional, a extrema semelhança dos registros de campanha - tipos de despesa, valores, data de emissão das notas fiscais e, inclusive, a sequência numérica destas - denota claros indícios de maquiagem contábil, nos seguintes termos (fl. 995):

> No caso em tela, a despeito da apresentação das suas prestações de contas ã Justiça Eleitoral, a análise conjunta dos documentos de fls. 414/709 evidencia alguns aspectos que, no mínimo, apontam indícios de tentar burlar o disposto no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97.
>
> Essa constatação é indiscutível levando em conta a semelhança dos registros lançados, quais, sejam: uma única compra de combustível e pagamento de serviços jurídico e contábil, utilizando-se de recursos financeiros próprios; todos os registros de bens estimáveis refere-se à cessão de uma moto è serviços de motorista, a exceção de Maria Neide da Silva Rosa, que registrou a cessão de seu próprio automóvel.
>
> Todos os abastecimentos foram feitos no mesmo estabelecimento (José Maria de Sousa CIA LTDA), em valores não muito divergentes (R$ 100,00; R$ 93,00; R$ 90,00; R$ 200 e R$ 90,00). As emissões das notas fiscais foram)realizadas apenas nos dias 30/09 e 01/10, com uma sequência nurmérica adjacente (5.914; 5.915; 5.917; 5.924 e 5.927).
>
> Esses fatos, como já manifestei, representam claros indícios de que houve uma tentativa de

> demonstram a regularidade da campanha eleitoral através de uma prestação de contas de campanha. Entendo, contudo, com base apenas nessas circunstâncias gerais, que não se pode concluir pela existência de fraude apta a revelar a certeza de que as candidaturas de Magally da Costa, Ivaltânia Vieira, Geórgia Lima Verde, Maria Eugênia e Maria Neide foram registradas com único propósito de preencher a cota de gênero destinada ao sexo feminino, sem atendimento aos verdadeiros desígnios da norma eleitoral de promover inserçã das mulheres no cenário político-partidário.

Acolher a alegação dos recorrentes de que as semelhanças nas movimentações financeiras decorreriam de greve bancária à época demandaria reexame do conjunto probatório, providência inviável em sede extraordinária, a teor da Súmula 24/TSE.

As circunstâncias acima, que isoladamente seriam em princípio apenas indiciárias, foram corrobora das por diversos outros ele entos especificos das cinco candidatas.

Quanto a **Ivaltânia Vieira Nogueira Pere ra da Silva (Compromisso com Valença I)**, chama a atenção o insólito fato de que seu filho - e também recorrente - Leonardo Nogueira Pereira concorrea exatamente ao mesmo cargo pela mesma coligação, obtendo 827 votos contra apenas um de sua genitora, sem qualquer notícia de eventual animosidade familiar ou política que justificasse a disputa de ambos nesse quadro, em que um poderia usurpar votos do outro.

Além disso, é indene de dúvida a ausência de propaganda pela recorrente, que não apenas não realizou despesas com material de publicidade, como também, de modo em absoluto contraditório por parte de quem almeja cargo eletivo, trabalhou para a candidatura do filho em detrimento da sua. Confira-se trecho do aresto regional (fl. 996v):

> A referida candidata obteve apenas 01 voto. **O que chama a atenção no caso específìco é a circunstância de que o seu filho também foi candidato e disputou o mesmo cargo e pelo mesmo partido.**
>
> **Não parece ser razoável que em uma cidade do porte de Valença possa ter dois familiares próximos, mãe e fìlho, disputando o mesmo cargo. Isso fica mais evidente com a discrepância de votos obtidos entres os dois familiares:** enquanto **ela obteve 01 voto o seu filho alcançou 827** (oitocentos e vinte e sete).
>
> É bem verdade, embora seja exceção, que em determinadas cidades do interior existem algumas divergéncias políticas e pessoais entre familiares, o que leva a ocorrer cisão política, mas, no caso específico, nada foi demonstrado nesse sentido, ao contrário, **a sentença recorrida chega a afirmar que a mãe trabalhou para a candidatura do fìlho, fl. 823**.
>
> De outro lado, **a prestação de contas trazida par Ivaltânia deixa patente ainda ìnexistência de publicidade de sua candidatura, pois não contém despesas com material de propaganda para fins de divulgaçâo de sua pretensão política.**
>
> Essas peculiaridades, somadas as circunstâncias gerais apresentadas no item anterior, levam-me a concluir que a candidatura de lvaltânia Nogueira ocorreu unicamente para o cumprimento

da cota de gênero. Dessa forma, entendo que deve ser mantida a sentença recorrida nesse ponto.
(sem destaques no original)

Constata-se situação quase idêntica no que toca a **María Eugênia de Sousa Martins** (apenas um voto) e seu esposo Antonio Gomes da Rocha (54 votos), pois ambos disputaram o pleito proporcional pela **Coligação Compromisso por Valença II,** sem notícia de qualquier animosidade pessoal ou política entre eles, e com a recorrente fazendo propaganda da candidatura de seu marido na rede social *facebook* (fl. 997- 997v):

> **Essa candidata foi contemplada com apenas 1 (um) voto e o que se destaca é o fato de que concorreu pelo mesmo partido e ao mesmo cargo com o seu esposo, Antônio Gomes da Rocha ("Professor Toinho"), candidato que contou com 54** (cinquenta e quatro) votos, conforme registros oficiais contidos no banco de dados do TSE.
>
> Conforme exaltei ao analisar à candidatura de Ivaltânia Vieira, existe possibilidade, embora remota, de pessoas pertencentes ao mesmo núcleo familiar (nesse caso, cônjuges) serem candidatos a um mesmo cargo, sobretudo, diante de divergências políticas locais.
>
> No caso, entretanto, **trata-se de marido e mulher, onde não é demonstrada qualquer desarmonia pessoal ou política a justifìcar tal estratégia eleitoral.**
>
> Tal fato fica mais evidente quando **a candidata Maria Eugénia permitiu a utilização do seu faceôook para promover a candidatura de seu ẹsposo, com a divulgação de fotos e do número deste último. Ademais, mencionou o número daquele candidata no *facebook* de Patricia Martins, sem fazer qualquer alusão à sua propria candidatura** (documento de fls. 41/42).
>
> **A candidata valeu-se ainda da mesma estratégia de defesa adotada pelas demais, ou seja, atribuiu à crise financeira o fato de não ter tido uma campanha incisiva, ao tempo em que apresentou termos cessão de bens e de serviços estimados, comprovante de pagamento de serviços jurídicos e contábeis, além de nota fiscal de um único abastecimento de combustível, diga-se de passagem, com valores idênticos àqueles contabilizados nas demais prestações de contas acostadas aos presentes autos.**
>
> Não restam dúvidas de que somente o Sr. Antônio Gomes era, efetivamente, candidato ao cargo de vereador nas eleições 2016, ao passo que o registro de sua esposa objetivava apenas cumprir as formalidades exigidas pela norma, sem intenção de projetá-la nas discussões político-partidárias locais.
>
> (sem destaques no original)

No tocante a **Maria Nëide da Silva Rosa (Compromi o com Valença I),** salta aos olhos sua completa indiferença com a candidatura na medida em que sequer compareceu às urnas na data do pleito e tampouco apresentou justificativa para tanto.

Some-se a isso que, nos mesmos termos de outras candidatas impugnadas, as despesas constantes do ajuste contábil de campanha são extremamente semelhantes e, ademais, não há qualquer notícia de gastos com propaganda. Extrai-se, mais uma vez, do acórdão do TRE/PI (fl. 997):

Em relação à citada candidata, **a indiferença em relação à sua própria eleição ficou evidente quando sequer compareceu às urnas para votar.** No dia do pleito encontrava-se em outra cidade, conforme certidão e documentos de fls. 410/412.

Sobre tal fato, a mencionada candidata em nenhum momento justificou sua ausência nos presentes autos. Como bem destacou a sentença recorrida [,] "a candidata nem se manifestou sobre tal informação (certidão de fl. 410), pois não apresentou alegações finais, mas acredito que tal fato é realmente inexplicável".

lnteressante destacar que a referida candidata foi notificada para fornecer elementos da existência de campanha a seu favor. Utilizando-se dos mesmos meios de provas trazidos pelas demais candidatas suspeitas, restringiu-se a apresentar registros de pagamento de despesas com recursos financeiros próprios e de doação de veículo de sua propriedade, com dados semelhantes às demais prestaçoes de contas constantes dos autos (documentos de fls. 166/170).

Os fatos descritos acima, associados as circunstâncias gerais relativas às prestações de contas dos demais candidatos investigados, torna evidente a transgressão ao instituto das cotas de gênero quando do registro da candidatura, razão porque entendo que também deve ser mantida a sentença nesse ponto.

(sem destaques no original)

Quanto a **Magally da Silva Costa (Compromisso com Valença II),** o cenário é ainda mais incomum do que no caso anterior, pois compareceu às urnas e, ainda assim, não obteve nenhum voto.

Além disso, é notória a contradição da tese da recorrente de que teve a campanha prejudicada por problemas médicos durante o período eleitoral.

Com efeito, a recorrente não apenas deixou de requerer sua substituição - o que era plenamente possível considerando que a intercorrência surgiu logo no início do período eleitoral - como também declarou em suas contas gastos posteriores à enfermidade que Ine acometeu, inclusive com recursos próprios. Traga-se à baila o acórdão do TRE/PI (fls. 996-996v):

> **A candidata Magally da Silva Costa, segundo comprova folha de votação de fls. 411/412, compareceu às urnas no dia do pleito, mas, de forma inusitada, não obteve nenhum voto, em outras palavras, nem mesmo a referida candidata votou em si.**
>
> Sobre o fato narrado **aduz que sua campanha foi inviabilizada por problemas de saúde, ocorridos durante a período eleitoral,** quando foi acometida por anemia falciforme, moléstia que colocou em risco sua gravidez, e, ainda, por suas limitações econômicas que a impediu de realizar maiores despesas com propaganda eleitoral.
>
> Analisando os documentos de fls. 717/722, verifico que **a candidata em apreço foi submetida a regime de internação hospitalar nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, ou seja, logo após a data limite para o registro de sua candidatura (15 de agosto de 2016). No entanto, causa estranheza o fato de que, mesmo diante de tais infortúnios,**

a referida candidata não solicitou a sua substituição.

Aocontrário, **as provas colacionadas aos autos demonstraram a clara contradição com sua tese de defesa.** Consta dos autos que não realizou nenhum ato que indicasse a desistência da candidatura ou seu desinteresse motivado por problemas de saúde, pois a mesma, **pelo menos formalmente, teria utílizado serviços estimáveis (motorista e outros) em relação ao transporte cedido e, ainda, aplicado recurso financeiros próprios, conforme verifica-se na prestação de contas de fls. 643/710, mesmo após a alegada enfermidade.**

Os contratos de cessão de uso de veículo e os correspondentes serviços gratuitos de motorista tern por termo final o dia anterior ao pleito. Frise-se que o contrato de prestação de serviços gerais em prol de sua campanha, também a título gratuito (fl. 681), foi firmado por Magally no dia 03 de setembro de 2016, com vigência até do dia do pleito (02 de outubro daquele ano).

Se efetivamente o seu problema de saúde fosse fato que estivesse provocado o seu desinteresse ou impossibilidade de continuar sua suposta campanha, não sena crível imaginar que a mesma continuasse a realizar despesas até o dia próximo ao pleito.
Ao meu sentir, o fato de não votar em si, aliado ás circunstâncias fáticas que contrariam sua tese de defesa, deixam claro que Magally Costa associou-se à Coligação "COMPROMISSO COM VALENÇA II" tão somente para cumprir a cota de gênero, utilizando-se do processo de prestação de contas como artificio para fins de tentar esquivar-se de tal fato, razão pela qual entendo que deve ser mantida a cassaçao do seu registro.

(sem destaques no original)

Por fim, também se verifica a burla em relação a **Geórgi Lima Verde Brito (Compromisso com Valença II)**, a despeito da divergéncia surgida no particular no âmbito do TRE/PI.

Com efeito, alèm dos aspectos contábeis e de a recorrente ter obtido apenas dois votos, a moldura do voto vencedor no ponto demonstra que ela é reincidente na praticar de se candidatar a cargo eletivo apenas para preencher a cota de gênero e, assim, obter licença remunerada do serviço público no período de campanha. Confira-se (fls. 1.003v-1.004):

> Sr. Presidente, ouvi atentamente o voto do eminente Relator, entretanto meu voto é pela manutenção *in totum* do pronunciamento do juízo a *quo*, **inclusive em relação à candidata Geórgia Lima Verde Brito, cuja abordagem ocorreu no trecho da sentença descrita abaixo:**
>
> "A candidata Geórgia apresentou em sua prestação de contas números semelhantes aos de sua colega Magali. **Surpreendentemente, ela havia realizado um depósito, em sua conta, no valor de R$ 100,00, em 05 de setembro de 2016, e de R$ 653,00, incrivelmente, também em 26 de outubro de 2016, após o ajuizamento desta investigação e na data em que apresentou a primeira manifestação nos autos (fls. 132/137).**
> [...]
>
> **A destacada candidata é servidora efetiva da Prefeitura Municipal,**

> **auxiliar administrativo da Secretaria Municipal de Finanças, e já é conhecida por sempre se candidatar ao cargo de vereador com o propósito de preencher a cota mínima legal, tendo como recompensa a licença de afastamento para fins de campanha eleitoral**, o que merece até análise do órgão ministerial no que tange a improbidade administrativa e outros delitos (...)."
>
> (sem destaques no original)

Acrescente-se que, ao contrário do que assentado nos votos vencidos quanto a este ponto especifico, não se está aqui consignando a possibilidade de a Justiça Eleitoral apurar infrações administrativas de servidores públicos de outras esferas, mas apenas se examinando se a conduta possuiu intuito eleitoreiro, o que se provou de forma cabal.

Concluir em sentido diverso -em relação à fraude perpetrada quanto às cinco candidaturas femininas-esbarraria, mais uma vez, no óbice da Súmula 24/TSE.

A gravidade dos fatos - pressuposto do art. 2, XVI, da LC 64/90 -é incontroversa tanto pelas circunstâncias acima, explorando -se mulheres com o objetivo de burlar regras constitucionais e legais que visam estabelecer a plena isonomia de gênero, como pela repercussão da conducta na legitimidade da disputa.

Com efeito, embora, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, aspectos quantitativos - a exemplo do número de votos potencialmente obtidos com a prática - não se afigurem decisivos para que se caracterize o ilícito[9] , trata-se de fator que pode ser aquilatado no exame de cada caso concreto.

Na espécie, o registro de duas e três candidaturas femininas fraudulentas em cada coligação permitiu número maior de homens na disputa, cuja soma de votos, por sua vez, foi contabilizada em favor das respectivas alianças, culminando, ao fim, em quociente partidário favorável a elas (art. 107 do Código Eleitoral[10]), que puderam então eleger mais candidatos aos cargos de vereador.

No ponto, ressalte-se que, de acordo com o art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral[11], a negativa dos registros de candidatura somente após a data do pleito, como ocorreu na espécie, implica no aproveitamento dos votos em favor das coligações, evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude.

Em conclusão, caracteriza fraude, para fins eleitorais, a burla à quota mínima de gênero de 30% de candidaturas (art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97), em verdadeira afronta ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da CF/88) e, ainda, aos esforços envidados pelo legislador, pela Justiça e pela sociedade para eliminar toda e qualquer conduta que, direta ou indirtamente, diminua ou exclua o relevante e imprescindível pápel das mulheres no cotidian pessoal, profissional e político do país.

Por conseguinte, cabe definir, nos tópicos subsequentes, as sanções aplicáveis na espécie - cassação de diploma e inelegibilid de –e ua abrangência.

9 Nesse sentido, a tftulo demonstrativo: "o critério quantitativo (i.e., potencialidade para influenciar diretamente no resultado das urnas), conquanto possa ser condição suficiente, náo perfaz condição necessária para a caracterização do abuso de poder econômico" (REspe 2-98/AM, Rel. Min: Luiz Fux, DJE de 8/8/2017)

10 Art. 107. Detemina-se para cada partido ou coligação õ quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fraçso

11 Art. 175. [omissis]
[…]
§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegfveis ou nâo registrados.
§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.

2.5. Cassação dos Registros dos Candidatos a Vereador

A controvérsia que reside neste tópico pode ser resumida pelo seguinte questionamento: reconhecida a fraude quanto a algumas das candidaturas femininas das duas coligações, a sanção de perda dos registros incide apenas perante elas - e aos candidatos excluídos a partir do recálculo da cota de gênero - ou alcança indistintamente toda a aliança proporcional?

Para responder a essa proposição, saliente-se de inicio que os ilícitos previstos no *caput* do art. 22 da LC 64/90 (abuso do poder econômico e político, além do uso indevido dos meios de comunicação social) **caracterizam-se independentemente de participação ou anuência do candidato** - pois os bens jurídicos tutelados pela norma são a normalidade e a legitimidade do pleito - e, nesse contexto, tais circunstâncias subjetivas afiguram-se relevantes apenas para que se definam as sanções aplicáveis ao caso, isto é, cassação de diploma cumulada ou não com inelegibilidade.

O mesmo raciocinio incide na hipótese de **fraude**, que, embora não prevista de forma expressa no mencionado dispositivo, também pode ser apurada em Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) por afronta à higidez do pleito. Confira-se:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. FRAUDE. PERCENTUAIS DE GÊNERO. CAPTAÇÂO ILÍCITA DE SUFRÁGIO.
> [...]
>
> 4. **É possível verificar, por meio da açao de investigação judicial eleitoral, se o partido político efetivamente respeita a normalidade das eleições prevista no ordenamiento jurídico-tanto no momento do registro como no cursdas campanhas eleitorais, no que tange à efetiva observância da regra revista no art. 10, § 3º, da Lei das Eleiçoes - ou se há lançamento de candidaturas apenas para que se preencha, em fraude a lei, o número mínimo de vagas previsto para cada gênero, sem o efetivo desenvolvimento das candidaturas. [...]**
>
> (REspe 243-42/PI, Rel. Min. Henrique Neves, DJE de 11/10/2016) (sem destaque no original)

Como se demonstrará a seguir, o contexto jurisprudencial, doutrinário e legislativo leva a concluir que, **caracterizada a fraude da cota de gênero, não se requer, para fim de perda de diploma de todos os candidatos que compuseram as coligaçóes, prova inconteste de sua participação ou anuência, aspecto subjetivo que se revela imprescindível apenas para se impor ou não a eles inelegibilidade para eleições futuras.**

Em outras palavras, evidenciada conduta que comprometa a disputa eleitoral, quebrando a isonomia entre os candidatos, impõe-se cassar os registros ou diplomas de todos os beneficiários, cabendo ao órgão julgador definir sua atuação no ilicito apenas para fim de inelegibilidade, que possui natureza personalíssima.

Nesse sentido, confira-se emblemático precedente deste Tribunal:

> ELEIÇÕES 2014. CANDIDATO A DEPUTADO FEDERAL. RECURSOS ORDINÁRIOS. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. INCIDÊNCIA NAS INELEGIBILIDADES REFERIDAS NO ART. 1, INCISO 1, ALÍNEAS *d* E *g*, DA LEI COMPLEMENTAR N°64/1990
> [...]

5. Tanto a ação de investigação judicial eleitoral quanto a ação de impugnação de mandato efetivo buscam tutelar justamente a normalidade e legitimidade do pleito contra a abuso de poder econômico assim reconhecido pela Justiça Eleitoral, razão pela qual as condenações por abuso nessas ações podem acarretar a causa de inelegibilidade referida no art. 1°, inciso I, alínea *d*, da LC n° 64/90.

6. Com base na compreensão da reserva legal proporcional, **nem toda condenação por abuso de poder econômico em ação de impugnação de mandato eletivo gerará a automática inelegibilidade referida na alínea *d*, mas somente aquelas que imputem ao cidadão a prática do ato ilícito ou a sua anuência a ele, pois, como se sabe, não se admite a responsabilidade objetiva em matéria de inelegibilidades**. Circunstância sente no caso concreto.

7. Conquanto o mero benefício seja suficiente para cassar o registro ou o diploma do candidato beneficiário do abuso de poder econômico, nos termos do art. 22, inciso XIV, da LC n° 64/90, segundo o qual, "além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação", a parte inicial do citado inciso esclarece que a declaração de inelegibilidas se restringe apenas ao "representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleişões a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleiçõ, em que se verificou". [...]

(RO 296-59/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 29/9/2016) (sem destaques no original)

Ainda a esse despeito: AgR-REspe 326-51/SE, Rel. Min. Rosa Weber, DJE de 18/5/2018; AgR-REspe 16-35/SC, de minha relatoria, DJE de 17/4/2018; REspe 196-50/SC, Rel. Min. Luiz Fux, publicado em sessão em 13/12/2016; REspe 404-87/RJ, Rel., Min. Henrique Neves, publicado em sessão em 27/10/2016, dentre inúmeros outros.

Esse entendimento também encontra respaldo na doutrina a partir da interpretação do art. 22, XIV, da LC 64/90[12] Confira-se a lição de Rodrigo López Zilio[13]

> Contudo, **nem toda a procedência de uma AIJE [e, por conseguinte, de AIME] leva necessariamente ao duplo sancionamento do representado: cassaçao de registro ou diploma e inelegibilidade**. Com efeito, são diversos os elementos de caracterização da cassação do registro ou do diploma e da decretação da ínelegibilidade. Somente se cogita da sançao de

12 Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidatos ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional; reţlatando fatos e indicando fatos e indicado provas, indicios e circunstándias e pedir abertura de investigaçao judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder económico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios, de comunicação social, em beneflcio de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:
[…]
XIV — julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuldo para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes â eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferéncia do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; […]

13 ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 553.

inelegibilidade quando houver prova da responsabilidade subjetiva do sujeito passivo através de uma conduta comissiva ou omissiva, ao passo que basta a mera condição de beneficiário do ato de abuso para a sanção de cassação do registro ou do diploma.

O inciso XIV do art. 22 dna LC n° 64/90 é bastante claro ao asseverar que a inelegibilidade será decretada ao "representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato". Do exposto, a lei exige, necessariamente, a prática de uma conduta ilícita -seja por ação ou por omissão- por parte dos representados, sendo que a sanção de inelegibilidade atingirá, de igual forma, o autor do ilícito e todos os demais partícipes que contribuíram para a prática do ilícito. Portanto, é imprescindível a provä do vínculo sujetivo do representado na prática da infração eleitoral para a declaração (in casu constituição) da inelegibilidade. **De outra parte, a sanção de cassação do registro ou do diploma decorre da quebra da normalidade e legitimidade do pleito por força do ato de abuso. Por conseguinte, desnecessario cogitar de responsabilidade subjetiva para aplicar essa sanção, revelando-se suficiente a prova da condição de beneficiário do abuso.** A própria literalidade do art. 22, XIV, da LC n° 64/90 indica a possibilidade de cassação do registro ou do diploma do "candidato diretamente beneficiado" pelo ato de abuso. **Essa distinção guarda maior pertinência quando analisada a natureza jurídica de cada sanção: de inelegibilidade, que é severa restrição parcial ao pleno exercício dos direitos políticos, somente é possível cogitar em face de uma conduta concreta e individualizada do representado, sendo imprescindível aferir a sua responsabilidade subjetiva; da cassaçao do registro ou do diploma, que é sançao de carźter restrito ao processo eleitoral em curso, pode-se cogitar a partir da condição de beneficiário do ato de abuso, que tenha afetado a normalidade e legitimidade do pleito.**

(sem destaques no original)

Nesse diapasão, **a resposta à pergunta formulada no início deste tópico dá-se no sentido de que a fraude da cota de gênero em eleições proporcionais implica a cassação de todos as candidatos registrados pela legenda ou pela coligação.**

Por conseguinte, não merece reparo o acórdão do TRE/PI por meio do qual se cassaram todos os candidatos que disputaram as Eleições 2016 pelas coligações proporcionais Compromisso com Valença I e II.

De todo modo, além das inúmeras considerações teóricas já expostas, há na espécie outros elementos nos pianos fático e jurídico que não permitem acolher a tese pretendida pelos recorrentes, adotada na sentença, de indeferir os registros apenas das candidaturas fraudulentas e dos candidatos menos votados (feito o recálculo da cota) e preservar os que obtiveram maior número de votos.

Em primeiro lugar, a adoção dessa tese ensejaria verdadeira e inadmissível brecha aos partidos políticos e coligações para registrarem candidaturas "laranjas", na medida em que seriam incentivados a "correrer o risco" de lançá-las.

Em outras palavras, tanto os partidos e coligações como os candidatos

que viessem a ser eleitos não seriam prejudicados ainda que comprovada a fraude a *posteriori* em AIJE, pois o mero recálculo da cota, excluindo-se apenas as candidaturas fraudulentas e as menos votadas, não Ihes alcançaria na prática.

Trata-se de permissivo que, com as devidas vênias dos pares que entenderem diversamente, não pode ser admitido sob risco de tornar letra morta as disposições legais e constitucionais e, ainda, comprometer a credibilidade desta Justiça Especializada.

Na esteira desse primeiro argumento complementar, tem-se que a negativa de apenas parte dos registros premiaria as legendas e coligações com a fraude, além dos candidatos por elas eleitos, como se já viu ao se abordar a gravidade da conduta, pressuposto do art. 22, XVI, da LC 64/90.

Com efeito, o registro de duas e três candidaturas femininas fraudulentas em cada coligação permitiu número maior de homens na disputa, cuja soma de votos, por sua vez, foi contabilizada em favor das respectivas alianças, culminando, ao fim, em quociente partidário favorável a elas (art. 107 do Código Eleitoral), que puderam então registrar e eleger mais candidatos aos cargos de vereador.

Esse círculo vicioso não se afasta com a glosa apenas parcial imposta na sentença, pois, de acordo com o art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, a negativa dos registros de candidatura somente **após a data do pleito**, como no caso, implica o aproveitamento dos votos em favor das coligações, evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude.

Em suma, os votos anulados pelo indeferime to de somente uma parte das candidaturas proporcionais não repercutiria na esfera jurídica das coligações e dos candidatos por elas eleitos, de forma que a condenação na hipótese dos autos teria pouco ou mesmo nenhum efeito prático.

Ainda a esse respeito, frise-se a judiciosa manifestacão da advogada Angela Cignachi Baeta Neves no seminário "Academia da Democracia", promovido pelo Tribunal Superior Eleitoral em 7/8/2018, ao comentar precedente oriundo do TRE/SP:

> "[...] O Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo ousou e chegou à consequência de cassar mandatos de vereadores eleitos em razão da fraude ocorrida durante a formação da chapa porque [foram] colocadas candidatas laranjas para beneficiar os candidatos dos sexo masculino. **E o que isso significou na prática? A eleição de muitos homens. [...] Então, obviamente o ingresso dessas mulheres viabilizou a chapa como um todo, a coligação, e viabilizou a eleição de todos. E, por essa razão, [...] toda a chapa foi atingida".**

Em terceiro lugar, seja pelo critério trazido na sentença para decidir quais candidatos permaneceriam com os registros higidos, seja por outros eventuais parâmetros para cindir apenas parte da chapa, haveria casuísmo incompatível com o regime democrático, como bem observa José Jairo Gomes ao comentar a hipótese de fraude ocorrida antes da data do pleito[14]:

> [...] Já quanto aos criterios, podem-se figurar os seguintes: (a) realização de nova convenção partidária; (b) sorteio; (c) ordem de protocolo dos requerimentos de registro de candidatura, (d) deliberação da direção do partido/ coligação requerente.

14 GOMES, José Jairo. Direito E/eitora/. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 418.

> [...] lnviável, igualmente, é o critério da letfa "b", visto que a escolha de candidatos numa democracia não pode ser relegada ao acaso, ao azar ou infortúnio - ao contrário, o regime democrático exige certo nível de consciência política e responsabilidade de seus atores.

De outra parte, descabe acolher a pretensão dos recorrentes de que deveriam remanescer, ao menos, as candidatas mulheres que vieram a ser eleitas, uma de cada coligação - Maria de Fátima Bezerra e Ariana Maria de Carvalho.

Embora, como se viu, a cota do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97[15] tenha como objetivo prático incentivar especificamente a participação feminina na política, o percentual mínimo de 30% é de **gênero** seja ele masculino ou feminino, de modo que manter o registro apenas das candidatas mulheres culminaria, em última análise, em igual desrespeito à norma, dessa ve em sentido contrário ao que usualmente acontece.

Por fim, os julgados a que aludem os recorrentes não possuem qualquer similitude fática com o caso dos autos, incidindo, no ponto, a Súmula 28/ TSE: "a divergência jurisprudencial que fundamenta o recurso especial interposto com base na alínea *b* do inciso I do art. 276 do Código Eleitoral somente estará demonstrada mediante a realização de cotejo analítico e a existência de similitude fática entre os acórdãos paradigma e o aresto recorrido".

> No REspe 846-72/PA, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, sessão de 9/9/2010, a irregularidade na cota de gênero não decorreu de fraude e foi identificada antes do pleito, possibilitando-se o devido reenquadramento sem que a coligação fosse beneficiada a com a contagem em seu favor dos votos obtidos pelos candidatos que ultrapassassem o percentual de 70%.

Por sua vez, o REspe 22-04/PI, redator para acórdão Min. Dias Toffoli, DJE de 9/5/2014 envolve fraude em convenção partidária para compor coligaçóes, hipótese totalmente distinta do caso dos autos.

É relevante reproduzir o principal fator que orientou a deliberação nesse precedente, distancíando-se ainda mais do caso dos autos:

> O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI [redator para acórdão]: **Nesse caso é ilação, é adivinhação. O que diz o Regional: como houve uma correção fraudulenta na ata do PMDB e PDT, se os partidos que realizaram convenções anteriormente colocaram o PMDB e o PDT, é porque eles sabiam que aquela fraude iria ocorrer e, por isso, suas atas também são fraudulentas. Não há sentido nisso, não fecha**.
>
> (sem destaque no original)

Na espécie, como exaustivamente afirmado, não se está a discutir se os demais candidatos praticaram ou anuíram com a fraude, circunstância que, repita-se, é necessária apenas para impor inelegibilidade, e não cassação de registro, que atinge indistintamente a todos ante o comprometimento da normalidade e da legitimidade do pleito.

Aliás, o Presidente do TRE/PI assentou com muita propriedade que "os candidatos a serem atingidos [...] são os mesmos

15 Art. 10. Cada partido ou coligaçso poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as assembleias legislativas e as cãmaras municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo:
[…]
§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstaslneste artigo, cada partido ou coligaçâo preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

que seriam se o DRAP fosse indeferido no momento do registro de candidatura coletiva, ou seja, nenhum desses poderia ter ser registro deferido, pois, como cediço, imprescindível o deferimento do DRAP da respectiva Coligação", concluindo que "as referidas Coligações não estavam aptas a participar das eleições 2016, estando, por conseguinte, prejudicados todos os pedidos de registro".

Dessa forma, os inúmeros argumentos acima expostos, calcados na legislação, na jurisprudência, na doutrina e no plano fático, impõem a cassação dos registros de todos os candidatos proporcionais que disputaram o pleito pelas coligações Compromisso com Valença I e II.

Por fim, frise-se que o TRE/PI determinou a recontagem dos votos, visando o recálculo do quociente eleitoral, excluindo ambas as coligações com candidaturas fraudulentas, não tendo havido recurso no particular.

2.6. Inelegibilidade: Abrangéncia

Consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a inelegibilidade constitui sanção personalíssima que se aplica apenas a quem cometeu, participou ou anuiu com a prática ilîcita, e não ao mero beneficiário. Confira-se:

> AGRAVO REGIMENTAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLITICO (ART. 22 DA LC 64/90). CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A DA LEI 9.504/97).
>
> [...]
>
> INELEGIBILIDADE. REQUISITO. PARTICIPAÇÃO. ANUÊNCIA. CANDIDATO. PRECEDENTES. CASO DOS AUTOS. COMPROVAÇÃO.
>
> 17. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, a in egibilidade constitui sanção de natureza personalíssima e aplic se apenas a quem cometeu, participou ou anuiu com o ilícito.** [...]
>
> (AgR-REspe 16-35/SC, de minha relatoria, DJE de /4/20) (sem destaque no original)

No mesmo sentido: REspe 404-87/RJ, Rel. Ministro Henrieque Neves, PSESS de 27/10/2016; MS 370-82/MG, Rel. Ministro João Otavio de Noronha, DJE de 2/9/2016 e REspe 334-21/SP, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJE de 23/10/2012, dentre outros.

De acordo com a primeira recorrente (Coligação Nossa União É com o Povo), referida sanção deve recair na espécie não apenas sobre as candidatas que cometeram diretamente a fraude, mas também perante todos, de ambas as coligações.

Porém, rejeita-se desde logo a pretensão da recorrente quanto à maior parte dos demais candidatos de ambas as coligações.

Em consonância com a moldura fática dos arestos regionais, não há nenhum elemento - sequer indiciário - que demonstre qualquer espécie de ação, omissão ou anuência dos referidos candidatos com o ilícito, sendo incabível impor-lhes sanção de caráter personalíssimo com base em meras presunções.

Nesse diapasão, descabe reanalisar fatos e provas na via extraordinária, providência vedada pela Súmula 24/TSE.

De outra parte, todavia, **assiste razão à recorrente quanto aos candidatos Leonardo Nogueira Pereira (Compromisso com Valença I) e Antônio Gomes da Rocha (Compromisso com Valença ll).**

Como se viu, **Leonardo Nogueira Pereira é filho de Ivaltânia Vieira Nogueira Pereira da Silva,** cuja candidatura foi reconhecida como fraudulenta, tendo ambos disputado, repita-se, o mesmo pleito pela mesma coligação.

Essa circunstância, além da conclusão da Corte Regional de que lvaltânia trabalhou para a candidatura do próprio filho em detrimento da sua, impõe reconhecer a participação - ou, no mínimo, a anuência - de Leonardo no conluio.

Observa-se, ainda, que **Antônio Gomes da Rocha é esposo de Maria Eugênia de Sousa Martins**, cuja fraude também se reconheceu em situação em muito semelhante à do caso de Ivaltânia e Leonardo.

Reitere-se que, nos termos do art. 23 da LC 64/90, "o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notório dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral".

Em conclusão, o recurso da Coligação Nossa União É com o Povo há de ser parcialmente provido para estender a inelegibilidade aos candidatos Leonardo Nogueira Pereira (Compromisso com Valença I) e Antônio Gomes da Rocha (Compromisso com Valença II).

2.7. Cassação dos Registros: Vencedores do Pleito Majoritário

A primeira recorrente, Coligação Nossa União É com o Povo, sustenta que a cassação dos registros também deve alcançar os vencedores do pleito majoritário.

Todavia, a partir da análise da moldura fática dos arestos do TRE/PI, não se vislumbra de que forma as fraudes perpetradas nas candidaturas para o cargo de vereador teriam comprometido a higidez do pleito majoritário, direta ou indiretamente, ou mesmo seriam de sua responsabilidade.

Nos termos do acórdão regional, inexiste elemento probatório a evidenciar que os votos dados a todos os candidatos das duas coligações proporcionais foram automaticamente convertidos para a chapa majoritária. Veja-se (fts. 1.000-1.000v):

> Por outro lado, não existem provas inequívocas de que o ex-gestor de Valença concedeu licença [a uma das candidaturas fraudulentas] para fins de violação do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97.
>
> Por fim, **o último argumento apresentado para imputar abuso de poder e fraude aos candidatos majoritários seria o fato de que a simulação de candidaturas femininas teria viabilizado um maior agrupamento de reais candidaturas masculinas ao cargo de vereador, promovendo, também, os candidatos eleitos para o cargo de prefeito e vice-prefeito, em detrimento dos candidatos da chapa majoritária não eleita.**
>
> A meu sentir, os argumentos acima são frágeis, porquanto **acatar a proposição defendida pelos investigantes seria admitir a existência da verticalização da votação, ou seja, que todos votos deferidos aos candidatos a vereador também seriam outorgados à chapa majoritária, o que, na prática não ocorre. Analisando o resultado do pleito percebe-se que os candidatos a vereador das coligações "Compromisso Com Valença I" e**

> **"Compromisso Com Valença Il" obtiveram juntas 6.595 (seis mil, quinhentos e noventa e cinco) votos, enquanto a prefeita eleita e seu vice-prefeito computaram 4.734 (quatro mil, setecentos e trinta e quatro) votos. Esses dados são suficientes para afastar a alegação de que a fraude ocorrida nas eleições proporcionais repercutiu na campanha dos candidatos majoritários.**
>
> Dessa forma, não há como concluir pela existência das condutas perfilhadas no art. 22, XIV, da LC 64/90, e a ocorrência de violação do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97, em relação aos candidatos eleitos para o cargo de prefeita de vice-prefeito de Valença do Piauí, não se podendo condenar a partir de simples presunção.
>
> (sem destaques no original)

Além disso, acatar o argumento da recorrente -de que candidatos das duas coligações proporcionais teriam veiculado em seu material de campanha propaganda favorável aos vencedores do pleito majoritário - ensejaria indevida reanálise do conjunto probatório (Súmula 24/TSE).

Por conseguinte, prejudicado o debate envolvendo a inconstitucionalidade do § 3o do art. 224 do Código Eleitoral, que prevê novo pleito majoritário independentemente da porcentagem de votos anulada.

3. Conclusão

Ante o exposto, **nego provimento** aos recursos especiais dos candidatos ao cargo de vereador nas Eleições 2016 pelas coligações Compromisso com Valença I e Il, mantendo, por conseguinte, cassados os seus respectivos registros, e **dou parcial provimento** ao recurso da Coligação Nossa União É com o Povo apenas para estender a inelegibilidade a Leonardo Nogueira Pereira e Antônio Gomes da Rocha, subsistindo, assim, a improcedência quanto aos vencedores do pleito majoritário.

Por conseguinte, revogo a liminar proferida na AC 0600289- 45. Publicado este acórdão, proceda-se à execução ime "ata d sanções (nesse sentido, dentre outros, o RO 1220-86/TO, redator para acórdão Min. Luiz Fux, DJE de 27/3/2018)
É como voto
(…) **NOTA**: Debido a la extensión de la sentencia no se la ha incorporado totalmente en esta publicación. La sentencia íntegra se puede revisar en la página del Tribunal Superior Eleitoral de Brasil (https://www.tse.jus.br

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE)

CONSULTA Nro. 0600306-47.2019.6.00.0000 – Brasilia-DF

Agosto de 2020

Esta Sentencia del Tribunal Superior Electoral (TSE) de Brasil respondió a una consulta realizada por una parlamentaria brasileña sobre la implementación de un porcentaje mínimo (cuota) de recursos financieros y tiempo publicitario en radio y televisión para candidatos "negros".

En su decisión, el TSE reconoce el carácter estructural del racismo en Brasil, es decir, más que un problema individual, está incrustado en las estructuras políticas, sociales y económicas, y en el funcionamiento de las instituciones, lo que permite la reproducción y perpetuación de la escasez de oportunidades para la población negra. En el ámbito político-electoral, se puede verificar el racismo mediante algunas estadísticas; por ejemplo, en las elecciones de 2018, aunque el 47,6% de los candidatos eran negros, únicamente el 27,9% fueron electos.

Uno de los principales factores que inciden en la viabilidad de las candidaturas es la financiación de campañas. En el caso de la discriminación de género, este desafío había sido enfrentado por el TSE y el Supremo Tribunal Federal (STF), que decidieron a favor de una cuota del 30% para candidaturas de mujeres. Desde esta decisión, los ingresos medios de campaña de las mujeres aumentaron del 27,8% con relación a los de los hombres (2014) al 62,4% (2018). Sin embargo, la cuestión racial no se había atenuado. Candidatas y candidatos negros seguían careciendo de fondos suficientes, es decir, la cantidad de recursos destinados a sus candidaturas eran significativamente inferiores.

Ante la consulta, el TSE interpretó que existe un imperativo constitucional de igualdad y una noción de democracia participativa plural que justifica la creación de acciones afirmativas dirigidas a la población negra. Además, entendió que era necesario actuar sobre el funcionamiento de las normas e instituciones sociales, para impedir desigualdades.

Las decisiones de la sentencia fueron las siguientes:

a) La división de los recursos de campaña entre mujeres blancas y negras debe ocurrir en la proporción exacta de sus candidaturas.

b) Debe existir una financiación equitativa en las campañas de los candidatos negros y se debe garantizar un tiempo de publicidad electoral gratuito en radio y televisión, proporcional a las candidaturas de personas negras, con relación al número de candidatos.

c) El volumen de recursos destinados a candidaturas de personas negras debe calcularse en función del porcentaje para cada género y no globalmente. Es decir, primero, se deben distribuir en dos grupos: hombres y mujeres. Luego, se requiere establecer el porcentaje de candidaturas de mujeres negras, respecto al total de candidaturas femeninas, así como el porcentaje de candidaturas de hombres negros, en razón del total de candidaturas masculinas. Del total de recursos destinados a cada género, se separará la porción mínima de éstos, que se destinarán a las personas negras de tal género.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE)

Número: **0600306-47.2019.6.00.0000**

Classe: **CONSULTA**

Órgão julgador colegiado: **Colegiado do Tribunal Superior Eleitoral**

Órgão julgador: **Ministro Presidente Luís Roberto Barroso**

Última distribuição: **26/02/2020**

Valor da causa: **R$ 0,00**

Relator: LUÍS ROBERTO BARROSO

Assuntos: **Cargo - Deputado Federal, Consulta**

Objeto do processo: **Trata-se de Consulta formulada por BENEDITA SOUZA DA SILVA SAMPAIO, deputada federal, nos seguintes termos:**

"a) As formas de distribuição dos recursos financeiros e tempo em rádio e TV, já concedido às mulheres na Consulta 0600252-18.2018.6.00.0000, deverão ser na ordem de 50% para as mulheres brancas e outros 50% para as mulheres negras, conforme a distribuição demográfica brasileira? Motivo? Vários! Entre eles: Deputados e Senadores com seus sobrenomes consolidados estão trazendo suas mulheres, filhas e outras da família com o mesmo sobrenome para terem acesso a este dinheiro, exclusivo para mulheres. Sendo membros das famílias destes tradicionais Deputado se Senadores, este dinheiro corre o perigo de ser desviado, não chegando às mulheres negras que estão fora deste círculo de poder.
b) É possível haver reserva de vagas nos partidos políticos para candidatos negros, nos mesmos termos do que ocorreu com as mulheres? Motivo? Vários! Entre eles: conforme mostrado no texto acima, mesmo tendo um número razoável de candidatos homens negros, por causa da discriminação institucional, poucos candidatos negros são de fato, eleitos.
c) É possível aplicar o entendimento dos precedentes supra para determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros, destinando 30% como percentual mínimo, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, conforme esta Corte entendeu para a promoção da participação feminina?
d) É possível aplicar o precedente, também quanto à distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão para os NEGROS, prevista nos artigos 47 e seguintes, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, conforme esta Corte entendeu para a promoção da participação feminina?".
Segredo de justiça? **NÃO**
Justiça gratuita? **NÃO**
Pedido de liminar ou antecipação de tutela? NÃO

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ACÓRDAO

CONSULTA N° 0600306-47.2019.6.00.0000- BRASÍLIA – DISTRITO FEDERAL

Relator: Ministro Luís Roberto Barroso
Consulente: Benedita Souza da Silva Sampaio
Advogados: lrapu ã Santana do Nascimento da Silva- OAB 341538/SP e outra

DIREITO ELEITORAL CONSULTA RESERVA DE CANDIDATURAS. TEMPO DE ANTENA E RECURSOS PARA CANDIDATAS E CANDIDATOS NEGROS CONHECIMENTO QUESITOS 1, 2 E 4 RESPONDIDOS AFIRMATIVAMENTE

1. Consulta a respeito da possibilidade de **(i)** garantir ás candidatas negras percentual dos recursos financeiros e do tempo em rádio e TV destinados ás candidaturas femininas no montante de

50%. dada a distribuicao demográfica brasileira; **(ii)** Instituir reserva de 30% das candidaturas de cada partido a pessoas negras, nos termos da cota de género prevista na Lei n° 9.504/1997; **(iii)** determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros. destinando-se a estes no mínimo 30% do total do FEFC; e **(iv)** assegurar tiempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisao proporcional ás candidaturas de pessoas negras, respeitando - se o mínimo de 30%.

I. CONHECIMENTO DA CONSULTA

2. A consulente é autoridade com jurisdicao federal e as indagacoes formuladas tratam de matéria afeta á legislacao eleitoral e sao dotadas de abstra cao e objetividade. Ademais, esta Corte já fixou que cabe á Justica Eleitoral apreciar, no exercíc1o de sua fun ao consultiva, temáticas que d1gam respe1to á garant1a de 1gualdade matenal entre as candidatura. Consulta conhecida.

II. RACISMO DESIGUALDADE RACIAL E PARTICPA ÇÃO POLÍTICA

3. O racismo no Bras1 é estrutural. lsso significa que, mais do que um problema individual, o racismo está inserido nas estruturas políticas, sociais e econômicas e no funcionamento das instituições, o que permite a reprodução e perpetuação da desigualdade de oportunidades da população negra

4. A desigualdade racial é escancarada por diversas estatísticas, que demonstram que, e m todos os campos, desde o acesso á educação até a segurança pública, negros são desfavorecidos e marginalizados. O Atlas da Violência de 2019 demonstrou que 75,5% de todas as pessoas assassinadas no Brasil eram negras. Esse dado é cruelmente Ilustrado pelas mortes das crianças Joao Pedro Mattos, Ágatha Félix e Kauê Ribeiro dos Santos, que demonstram a importância do movimento social "Vidas negras importam"

5. Como fenômeno intrinsecamente relacionado ás relações de poder e dominação, o racismo se manifesta especialmente no âmbito político-eleitoral. Nas eleições gerais de 2018, embora 47,6% dos candidatos que concorreram fossem negros, entre os eleitos, estes representaram apenas 27,9%. Um dos principais fatores que afetam a viabilidade das candidaturas é o financiamento das campanhas. Quanto ao tema, venfica-se que, em 2018, houve efetivo incremento nos valores absolutos e relativos das receitas das candidatas mulheres por forca das decisões do STF e do TSE. Enquanto em 2014 a receita média de campanha das mulheres representava cerca de 27,8% da dos homens, em 2018, tal receita representou 62,4%. No entanto, ao se analisar a intersecção entre género e raça, verifica-se que a política produziu efeitos secundários indesejáveis Estudo da FGV Direito relativo á eleição para Câmara dos Deputados apontou que mulheres brancas candidatas receberam percentual de recursos advindos dos partidos (18,1%) proporcional ás candidaturas (também de 18,1%.). No entanto, candidatos negros continuaram a ser subfinanciados pelos partidos Embora mulheres negras representassem 12,9% das candidaturas, receberam apenas 6,7% dos recursos. Também os homens negros receberam dos partidos recursos (16,6%) desproporcionais em relação ás candidaturas (26%). Apenas os homens brancos foram sobrefinanciados (58,5%) comparativamente ao percentual de candidatos (43,1%).

III. IGUALDADE DIVERSIDADE E REPRESENTATIVIDADE

6. No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios, a igualdade material, que corresponde ás demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social, e a igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido ás minorias, sua identidade e suas diferenças. A ordem constitucional não apenas rejeita todas as formas de preconceito e discriminação, mas também impõe ao Estado o dever de atuar

positivamente no combate a esse tipo de desvio e na redução desigualdades de fato.

7. Sob o prisma da igualdade, há um dever de integração dos negros em espaços de poder, noção que é potencializada no caso dos parlamentos. É que a representação de todos os diferentes grupos sociais no parlamento é essencial para o adequado funcionamento da democracia e para o aumento da legitimidade das decisões tomadas. Quando a representação política é excludente, afeta-se a capacidade de as decisões e políticas públicas refletirem as vontades e necessidades das minorias sub-representadas Para além do impacto na agenda pública, o aumento da representatividade política negra tem o efeito positivo de desconstruir o papel de subalternidade atribuído ao negro no imaginário social e de naturalizar a negritude em espaços de poder.

8. O imperativo constitucional da igualdade a noção de democracia participativa plural justificam a criação de ações afirmativas voltadas á população negra. No entanto, o campo de atuação para a efetivação do princípio da igualdade e o combate ao racismo não se limita ás ações afirmativas. Se o racismo no Brasil é estrutural, é necessário atuar sobre o funcionamento das normas e instituições sociais, de modo a impedir que elas reproduzam e aprofundem a desigualdade racial. Um desses campos é a identificação de casos de discriminação indireta, em que normas pretensamente neutras produzem efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a grupos marginalizados, de modo a violar o princípio da igualdade em sua vertente material.

IV. APRECIACAO DAS INDAGACOES FORMULADAS NA CONSULTA

Quesito (i): Repartição entre as mulheres dos recursos financeiros e tempo de rádio e T V

9. O STF, na ADI n° 5.617, e o TSE, na Cta n° 0600252-18/DF, deram um passo decisivo no sentido do incremento da efetividade das cotas de género ao equiparar o percentual de candidaturas femininas ao mínimo de recursos do Fundo Partidário e do FEFC a lhes serem destinados, bem como do tempo de rádio e TV, respeitando-se, em todo caso, o mínimo legal de 30%. Em 2018, o número de candidatas eleitas para a Câmara dos Deputados cresceu 51% em relação á eleição de 2014, enquanto que, nas assembleias legislativas, o crescimento de 41,2%.

10. A despeito desses importantes avanços, os dados citados demonstraram que a não consideração das mulheres negras como categoria que demanda atenção específica na aplicação da cota de gênero produziu impacto desproporcional sobre as candidatas negras, caracterizando hipótese de discriminação indireta. É que, a despeito de se tratar de norma geral e abstrata destinada a beneficiar todas as mulheres na disputa política, diante do racismo estrutural presente nas estruturas partidárias, seu efeito prático foi o de manter o subfinanciamento das candidaturas das mulheres negras e, logo, sua sub-representação.

11. A acomodação razoável para mitigar os efeitos adversos venf1cados não é a repartição dos recursos entre mulheres brancas e negras á razão de 50%, mas sim a aplicação da mesma lógica adotada nas decisões do STF e do TSE no sentido de que a repartição deve se dar na exata proporção das candidaturas de mulheres brancas e negras.

Quesitos (ii), (iii) e (iv): Criação de reserva de candidaturas para pessoas negras com destinação proporcional dos recursos públicos e direito de antena

12. Compete prioritariamente a o Congresso Nacional estabelecer política de ação afirmativa apta a ampliar a participação política de minorias não brancas, atendendo ao anseio popular e á demanda constitucional por igualdade. Á mingua de uma norma específica que institua a ação afirmativa nessa seara, o Poder Judiciário não deve ser protagonista da sua formulação. Isso, porém, não quer dizer que não haja papel algum a

desempenhar. É legítima a atuação do Poder Judiciário para assegurar direitos fundamentais de grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, contra discriminações, diretas ou indiretas. Assim, o TSE pode e deve atuar para impedir que a ação afirmativa instituída pela Lei nº 9.504/1997 produza discriminações injustificadas e perpetue a desigualdade racial.

13. Verifica-se que o funcionamento da reserva de gênero importou em uma forma adicional de discriminação indireta em desfavor das candidaturas de homens negros. Como os recursos públicos para as campanhas são limitados, ao destinar às candidaturas de mulheres recursos proporcionais aos patamares percentuais de suas candidaturas, esses recursos são naturalmente desviados das candidaturas dos homens. Ocorre, porém, que, devido ao racismo estrutural e à marginalização histórica, são as candidaturas dos homens negros que tendem a ser desproporcionalmente afetadas com a diminuição dos recursos disponíveis. Para mitigar tal efeito adverso, deve-se determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros e assegurar tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão proporcional às candidaturas de pessoas negras, na exata proporção do número de candidaturas.

V. PARÂMETROS PARA CÁLCULO E FISCALIZAÇÃO DA DESTINAÇÃO DE RECURSOS A CANDIDATURAS DE PESSOAS NEGRAS

14. O volume de recursos destinados a candidaturas de pessoas negras deve ser calculado a partir do percentual dessas candidaturas dentro de cada gênero, e não de forma global. Isto é, primeiramente, deve-se distribuir as candidaturas em dois grupos – homens e mulheres. Na sequência, deve-se estabelecer o percentual de candidaturas de mulheres negras em relação ao total de candidaturas femininas, bem como o percentual de candidaturas de homens negros em relação ao total de candidaturas masculinas. Do total de recursos destinados a cada gênero é que se separará a fatia mínima de recursos a ser destinada a pessoas negras desse gênero.

15. Ademais, devem-se observar as particularidades do regime do FEFC e do Fundo Partidário, ajustando-se as regras já aplicadas para cálculo e fiscalização de recursos destinados às mulheres.

16. A aplicação de recursos do FEFC em candidaturas femininas é calculada e fiscalizada em âmbito nacional. Assim, o cálculo do montante mínimo do FEFC a ser aplicado pelo partido, em todo o país, em candidaturas de mulheres negras e homens negros será realizado a partir da aferição do percentual de mulheres negras, dentro do total de candidaturas femininas, e de homens negros, dentro do total de candidaturas masculinas. A fiscalização da aplicação dos percentuais mínimos será realizada pelo TSE apenas no exame das prestações de contas do diretório nacional.

17. A aplicação de recursos do Fundo Partidário em candidaturas femininas é calculada e fiscalizada em cada esfera partidária. Portanto, havendo aplicação de recursos do Fundo Partidário em campanhas, o órgão partidário doador, de qualquer esfera, deverá destinar os recursos proporcionalmente ao efetivo percentual de (i) candidaturas femininas, observado, dentro deste grupo, o volume mínimo a ser aplicado a candidaturas de mulheres negras; e de (ii) candidaturas de homens negros. Nesse caso, a proporcionalidade será aferida com base nas candidaturas apresentadas no âmbito territorial do órgão partidário doador. A fiscalização da aplicação do percentual

mínimo será realizada no exame das prestações de contas de campanha de cada órgão partidário que tenha feito a doação.

VI. CONCLUSÃO

18. Primeiro quesito respondido afirmativamente nos seguintes termos: os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres, pela aplicação das decisões judiciais do STF na ADI nº 5617/DF e do TSE na Consulta nº 0600252-18/DF, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.

19. Segundo quesito é respondido negativamente, não sendo adequado o estabelecimento, pelo TSE, de política de reserva de candidaturas para pessoas negras no patamar de 30%. Terceiro e quarto quesitos respondidos afirmativamente, nos seguintes termos: os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV devem ser destinados ao custeio das candidaturas de homens negros na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.

20. Aplicação do entendimento a partir das Eleições 2022, vencido, neste ponto, o relator. Impossibilidade de alteração das regras de distribuição de recursos aplicáveis às Eleições 2020, uma vez já apresentados pelos partidos políticos os critérios para a distribuição do FEFC e, também, iniciado o período de convenções partidárias.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, em responder afirmativamente quanto ao primeiro, ao terceiro e ao quarto quesitos, e negativamente quanto ao segundo, nos termos e fundamentos constantes do voto do relator. Também por maioria, em decidir pela aplicabilidade da decisão a partir das eleições de 2022, mediante a edição de resolução do Tribunal, nos termos do voto do Ministro Og Fernandes.

Brasília, 25 de agosto de 2020.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhores Ministros, trata-se de consulta formulada pela Deputada Federal Benedita Souza da Silva Sampaio, com apoio da organização Educafro, sobre se: os recursos financeiros e o tempo de rádio e TV destinados **(i)** às candidaturas de mulheres, em razão das cotas de gênero, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas, de acordo com o percentual de 50% para cada grupo, dada a distribuição demográfica brasileira; e **(ii)** deve haver reserva de 30% das candidaturas de cada partido a pessoas negras, nos mesmos termos da cota de gênero prevista no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, com a consequente destinação proporcional do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do tempo de propaganda eleitoral gratuita na rádio e na televisão para candidaturas de pessoas negras (ID 11856638).

2. Preliminarmente, a consulente requereu a distribuição do feito à minha relatoria, por sua relação com a Consulta nº 0600587-37.2018.6.00.0000, que não foi conhecida em razão do início do período eleitoral (ID 11856588). Na sequência, traz dados minuciosos, a partir de estudos do professor Irapuã Santana, que demonstram a desproporção no número de candidatos negros em relação à população do país, notadamente em disputas de cargos federais considerados de maior proeminência. Segundo alega, esses dados se justificam pelo elevado custo das campanhas, pelo acesso desigual

aos recursos econômicos por parte da população negra, bem como pelo racismo estrutural existente em nossa sociedade.

3. O STF, na ADI nº 5617/DF, de relatoria do Min. Edson Fachin, e o TSE, na Consulta nº 0600252-18/DF, de relatoria da Min. Rosa Weber, firmaram o entendimento de que a distribuição de recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), bem como do tempo de propaganda gratuita na rádio e na TV, deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres previsto no art. 10, § 3º, da Lei n° 9.504/1997. Sustenta a consulente que tais precedentes dão ensejo à discussão sobre como esses recursos devem ser repartidos entre as candidatas mulheres, bem como à possível extensão da cota para os candidatos negros, "*haja vista a identidade do pano de fundo envolvendo os casos: a proteção e promoção* [ ] ". A consulente discorre, ainda, sobre *das minorias subrepresentadas sic politicamente* a importância da representatividade, trazendo à baila a obra de Hannah Pitkin e Teresa Sacchet, bem como sobre as dimensões da igualdade, a partir do julgamento, pelo STF, da ADC nº 41/DF, de minha relatoria, relativa à constitucionalidade da instituição de reserva de vagas oferecidas em concursos públicos para ingresso no serviço público federal. Segundo alega, o fundamento constitucional da presente consulta é a "dimensão da igualdade como reconhecimento".

4. A respeito da repartição entre as candidatas mulheres dos recursos financeiros e do direito de antena oriundos da cota de gênero, argumenta que as mulheres negras, embora correspondam a 50% das mulheres brasileiras, têm condições socioeconômicas de acesso ao mercado de trabalho e de educação menos privilegiadas que as mulheres brancas. Desse modo, alega que "é uma medida lógica a istribuição das cotas pecuniária e de tempo de propaganda proporcionalmente à razão existente de mulheres egras, conforme o IBGE".

5. Já em relação à reserva de candidaturas para pessoas negras, alega que, a pesar de ausente "norma eleitoral específica que estabeleça um incentivo estatal" equiparável ao art. 10º, § 3º, da Lei nº .504/1997, seria possível fixar as ações afirmativas por meio de reinterpretação do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), considerando-o como norma dotada de autoexecutoriedade, notadamente diante do disposto nos arts. 2º, 4º, II, III, V, VII, parágrafo único, e 39[1]. Para justificar referida medida, expõe dados que apontam os "obstáculos de ordem hercúlea para a população negra", dentre os quais: a média alarial, o índice de analfabetismo; a escolaridade; o número de vítimas de homicídio; e a composição da população carcerária. Argumenta, ainda, que é preciso garantir maior participação política da população negra para que seja possível criar políticas públicas voltadas para seus interesses, de modo a permitir a reversão dos índices negativos apresentados:

> "Não é exagero afirmar que a população negra luta ainda para ter acesso a bens básicos da vida, como manter-se viva, livre e completando o ensino superior. Consequentemente, é preciso perguntar que espécie de democracia é possível construir, enquanto a sociedade não pode

1 Lei no 12.288/2010, Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais. Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de: (…) II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa; III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica; (…) V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada; (…) VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros. Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

> aproveitar inteiramente sua capacidade de representação, quando não há uma estrutura plenamente formulada a ponto de asfixiar possíveis lideranças que possam olhar pelo seu 'povo'? Como essa discrepância pode influenciar nas políticas públicas focadas em favor de parcela tão significativa da população, que forma a maioria nacional? Daí a importância de se alargar o espectro de incentivos de participação eleitoral, prevendo a inclusão da comunidade negra, a fim de que seja possível reverter os índices apresentados no bojo da presente consulta, concretizando a vontade da Constituição e do legislador ao instituir o Estatuto da Igualdade Racial como diploma normativo de observância obrigatória nacional".

6. Por fim, submete as seguintes indagações ao Tribunal Superior Eleitoral:

> "a) As formas de distribuição dos recursos financeiros e tempo em rádio e TV, já concedido às mulheres na Consulta 0600252-18.2018.6.00.0000, deverão ser na ordem de 50% para as mulheres brancas e outros 50% para as mulheres negras, conforme a distribuição demográfica brasileira? Motivo? Vários! Entre eles: Deputados e Senadores com seus sobrenomes consolidados estão trazendo suas mulheres, filhas e outras da família com o mesmo sobrenome para terem acesso a este dinheiro, exclusivo para mulheres. Sendo membros das famílias destes tradicionais Deputados e Senadores, este dinheiro corre o perigo de ser desviado, não chegando às mulheres negras que estão fora deste círculo de poder.
> b) É possível haver reserva de vagas nos partidos políticos para candidatos negros, nos mesmos termos do que ocorreu com as mulheres? Motivo? Vários! Entre eles: conforme mostrado no texto acima, mesmo tendo um número razoável de candidatos homens negros, por causa da discriminação institucional, poucos candidatos negros são de fato, eleitos.
> c) É possível aplicar o entendimento dos precedentes supra para determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros, destinando 30% como percentual mínimo, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, conforme esta Corte entendeu para a promoção da participação feminina?
> d) É possível aplicar o precedente, também quanto à distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão para os NEGROS, prevista nos artigos 47 e seguintes, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, conforme esta Corte entendeu para a promoção da participação feminina?

7. A Assessoria Consultiva – ASSEC opinou no sentido de responder negativamente aos questionamentos, "ante a necessidade de observância do devido processo legislativo" (ID 21912388). Isso porque "o exercício do poder normativo pelo TSE na direção de criar novas cotas em razão da raça configuraria inovação na legislação eleitoral, de modo a transgredir o processo legislativo pátrio".

8. O Ministro Edson Fachin submeteu, então, à Presidente, Ministra Rosa Weber, a dúvida relativa à distribuição do feito, nos termos do art. 9º, "e", do Regimento Interno do TSE (ID 22530638)[2]. A Ministra Presidente determinou a redistribuição dos autos à minha relatoria, por dependência, nos termos do art. 286, II, do CPC[3]. Isso porque os questionamentos nela apresentados reiteram aqueles da Consulta nº 0600587-37.2018.6.00.0000, também submetida pela deputada federal Benedita Souza da Silva Sampaio em conjunto com outros parlamentares e que não foi conhecida em razão do início do período eleitoral.

9. A Procuradoria-Geral Eleitoral manifestou-se pelo conhecimento da consulta e pela resposta negativa aos questionamentos da consulente, em parecer assim ementado (ID 25568638):

> "Consulta. Candidatos negros. Distribuição de recursos financeiros. Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Tempo em rádio e televisão. Reserva de vagas nos partidos

2 Art. 9º Compete ao presidente do Tribunal: (...) e) distribuir os processos aos membros do Tribunal, e cumprir e fazer cumprir as suas decisões;

3 Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza: (...) II - quando, tendo sido extinto o processo sem resolução de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;

políticos. Ausência de previsão legal. Possibilidade no âmbito da autonomia partidária.
1. O legislador adotou medidas com reserva de quantitativos mínimos de recursos financeiros e de candidaturas para mulheres, mas não o fez para negros.
2. Embora seja louvável a pretensão de serem adotadas medidas ampliativas de representação política da população negra, a obrigatoriedade de o Estado discriminar positivamente candidaturas com recorte de etnia e cor da pele, impondo aos partidos políticos o dever de recrutar candidaturas no grupo vulnerável dosnegros , carece de fonte legislativa que a imponha.
3. A legislação impõe que o Poder Público, aí incluída a Justiça Eleitoral, adote medidas para superação da desigualdade, mas não chega ao ponto de impor aos Partidos Políticos a reserva de vagas e financiamento a integrantes da população negra.
4. Ao mesmo tempo que a legislação não impõe a reserva de vagas e recursos financeiros, ela seguramente consente com a sua prática dentro da constitucional autonomia partidária.
5. Em outras palavras, é possível, sim, que partidos políticos deliberem por reservar vagas nos partidos políticos para candidatos negros; por destinar a campanhas dos candidatos negros 30% o Fundo Especial de Financiamento de Campanha; por distribuir o tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão para candidatos da população negra.
Parecer pela resposta negativa a todos os quesitos da consulta, por ausência de previsão legal, mantendo-se legítima, contudo, a opção de determinada agremiação partidária, no exercício de sua autonomia, por fixar critérios de reserva de vagas e recursos financeiros para candidatas e candidatos negros".

10. Por petição (ID 34678938), o Movimento Negro Unificado postula sua habilitação como Ademais, o Senador Paulo Paim manifestou-se favoravelmente à inclusão *amicus curiae* em pauta e ao deferimento da presente consulta. Por fim, o Instituto da Advocacia Negra Brasileira apresentou, por *e-mail*, parecer técnico no qual opina pela resposta positiva às indagações formuladas.

11. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (relator): Senhores Ministros, o Brasil é um país racista. Somos uma sociedade racista. E cada um de nós reproduz o racismo em alguma medida – ainda que de forma não intencional, pela mera fruição ou aceitação dos privilégios e das vantagens que decorrem de um sistema profundamente desigual. Não é confortável reconhecer esse fato, mas é preciso fazê-lo. Essa afirmação pode, inclusive, soar desagradável para alguns, mas, justamente por isso, é preciso pronunciá-la. A superação do racismo passa, necessariamente, pelo seu reconhecimento e pela mudança individual de postura de cada um de nós, brancos. Mas muito mais do que isso: é preciso perceber que o racismo também é reproduzido e perpetuado pelo modo de funcionamento das nossas instituições (políticas, econômicas e sociais) e, assim, criar políticas públicas voltadas para combatê-lo onde quer que ele se encontre.

2. No entanto, a realização desse objetivo evidencia um paradoxo: as pessoas negras são atualmente sub-representadas nos poderes eleitos, aos quais compete prioritariamente formular tais políticas públicas. Por isso, a representação política é uma das preocupações prioritárias da pauta antirracista. É certo que, à mingua de uma norma específica que institua ação afirmativa nessa seara, o Poder Judiciário não deve ser protagonista da sua formulação. Porém, o Poder Judiciário – e o Tribunal Superior Eleitoral, em particular – **pode e deve** exercer o relevante papel de impedir que as políticas e ações afirmativas já existentes (como as cotas de gênero na política) produzam como efeito secundário indesejável a perpetuação da desigualdade racial nos espaços públicos eletivos. É esse o pano de fundo da presente consulta.

I. CONHECIMENTO DA CONSULTA

3. O art. 23, XII, do Código Eleitoral[4] estabelece que compete privativamente ao TSE responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político. Diante disso, o conhecimento de consultas ao TSE pressupõe: do consulente (autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido **(i)** *legitimidade* político); **(ii)** *abstração* (não se relacionar a nenhum caso concreto); **(iii)** *pertinência temática* (tratar de direito eleitoral); e **(iv)** *objetividade* (a pergunta deve ser formulada de forma a não comportar múltiplas respostas).

4. No caso, a consulente, Deputada Federal Benedita Souza Silva Sampaio, é autoridade com jurisdição federal. Além disso, as indagações formuladas, relativas à repartição entre as candidatas mulheres dos recursos financeiros e do direito de antena oriundos da cota de gênero, bem como à reserva de 30% das candidaturas de cada partido e à distribuição proporcional dos recursos do Fundo Partidário, do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do tempo de rádio e TV às pessoas negras, versam sobre matéria afeta à legislação eleitoral e são dotadas de abstração e objetividade.

5. Relembro, ademais, que, na Consulta nº 0600252-18/DF, de Relatoria da Ministra Rosa Weber, j. em 22.05.2018, esta Corte fixou que cabe à Justiça Eleitoral apreciar, no exercício de sua função consultiva, temáticas que digam respeito à garantia de igualdade material entre as candidaturas, naquela hipótese, as femininas e masculinas. Isso porque essa "estruturação de novos paradigmas políticos, jurídicos e culturais intrapartidários" tem reflexo direto no processo eleitoral, não se tratando, portanto, de "típica matéria *interna corporis* dos partidos". Assim, deve ser **conhecida** a consulta.

6. Antes de passar à análise do mérito, registro que a consulta eleitoral não comporta, em princípio, intervenção de *amici curiae*, tendo em vista que não possui índole jurisdicional e por haver previsão expressa nesse sentido na Res.-TSE nº 23.478/2016[5]. Por esse motivo, deixo de admitir como *amicus curiae* o Movimento Negro Unificado. Registro, contudo, que considerei todas as manifestações apresentadas, em homenagem ao princípio democrático e dada a relevância da matéria submetida a esta Corte.

II. RACISMO, DESIGUALDADE RACIAL E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

7. A consulente, apoiada pela organização Educafro, evidencia a desigualdade racial persistente no país: seja no acesso à educação, no mercado de trabalho, na segurança pública ou na política. Essa análise é corroborada por dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE referentes ao ano de 2018, que apontam que a taxa de analfabetismo de pretos e pardos (9,1%) é maior que o dobro da de brancos (3,9%)[6]; enquanto que o rendimento médio domiciliar *per capita* dos negros (R$ 934,00) corresponde a cerca da metade daquele dos brancos (R$ 1.846,00). Na perspectiva da segurança pública, o Atlas da Violência de 2019, organizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, demonstra que 75,5% de todas as pessoas assassinadas no Brasil eram negras e que 61% das vítimas de feminicídio eram mulheres negras[7]. Esses dados são cruelmente ilustrados

4 Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: (...) XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político;

5 "Art. 5º Não se aplica aos feitos eleitorais o instituto do Amicus Curiae de que trata o art. 138 da Lei nº 13.105, de 2015".

6 Registra-se que, sem desconhecer as controvérsias a respeito do tema, optou-se aqui por utilizar os critérios do IBGE, considerando negros os pretos e os pardos. Nesse sentido: https://www.geledes.org.br/entenda-as-diferencas-entre-preto-pardo-e-negro/.

7 Os dados do IBGE e do Atlas da Violência aqui mencionados foram compilados por Nathália Afonso na reportagem "Dia da Consciência Negra: números expõem desigualdade racial no Brasil", da Agência Lupa, publicada em 20.11.2019 e disponível em https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/11/20/consciencia-negra-numeros-brasil/.

pelas mortes das crianças João Pedro Mattos, Ágatha Félix e Kauê Ribeiro dos Santos, e da vereadora Marielle Franco, entre tantos outros, que demonstram a importância do movimento social "Vidas negras importam" (*Black lives matter*), que ganhou ainda maior visibilidade no último mês após o assassinato de *George Floyd* nos Estados Unidos.

8. Percebe-se, a partir dessas estatísticas, que o racismo no Brasil é estrutural[8]. Conforme explica o Professor Silvio de Almeida, isso significa que, mais do que um problema individual ou um fator institucional, o racismo "é um elemento que integra a organização econômica e política da sociedade"[9]. Ligado ao colonialismo e à escravização em sua origem, o racismo criou raízes profundas na sociedade brasileira e continua evidente não só em situações de discriminação direta ou intencional[10], mas também na desigualdade de oportunidades da população negra e na permanência de estereótipos culturais, disfarçados pela noção de neutralidade racial[11].

9. Portanto, trata-se aqui do racismo que é incorporado nas estruturas políticas, sociais e econômicas e no funcionamento das instituições. Essa forma de racismo se reflete na institucionalização, naturalização e legitimação de um sistema e modo de funcionamento social que reproduz as desigualdades raciais e afeta, em múltiplos setores, as condições de vida, as oportunidades, a percepção de mundo e a percepção de si que pessoas, negras e brancas, adquirirão ao longo de suas vidas.

10. Como fenômeno intrinsecamente relacionado às relações de poder e dominação, ese racismo não deixa de se manifestar no âmbito político-eleitoral. Nesse ponto, observa-se que, nas eleições gerais de 2018, 52,4% dos candidatos que concorreram eram brancos e 47,6% eram negros (35,7% pardos e 10,86% pretos). No entanto, a despeito do número de candidaturas, entre os eleitos, 71,92% eram brancos

e somente 27,86% eram negros (pretos ou pardos)[12]. Do total de cerca de 13 mil candidatos negros, a maioria concorria por uma vaga nas Assembleias Legislativas e "apenas cerca de 3% decidiram disputar cargos majoritários de presidente (0,07%), governador (1,1%) e senador (1,9%)"[13].

11. Nas eleições municipais de 2016, o cenário das candidaturas não era muito diverso: 51,45% dos candidatos eram brancos, 39,12% eram pardos e 8,64% pretos. Embora distante de corresponder à proporção da população brasileira, em que 55,8% se autodeclaram pretos ou pardos, nessas eleições, 40,40% de todos os candidatos eleitos eram negros. Quando consideradas especificamente as candidaturas à chefia do executivo municipal, constata-se, porém, que 45% dos 5.568 municípios brasileiros tinham apenas candidatos brancos e que, entre os prefeitos eleitos, apenas 29% eram negros[14].

12. A consulente correlaciona a diferença entre a representatividade de negros em eleições gerais (2018) e municipais (2016), bem como o reduzido número de candidatos negros que concorrem e são eleitos a cargos majoritários, a um fator de grande relevância: **os custos das candidaturas**. Esses custos são, em regra, superiores nas eleições

8 Stokely Carmichael e Charles Hamilton, Black Power: the politics of liberation, 1967; Michel Wieviorka, O racismo, uma introducao, 2007.

9 Silvio Luiz de Almeida. Racismo estrutural. Coleção feminismos plurais. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. Posição 125 de 2930.

10 Adilson José Moreira. O que é discriminação? Belo Horizonte: Letramento, 2017.

11 Adilson José Moreira. Miscigenando o círculo do poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática. In Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 2, maio/ago. 2016, p. 117 – 148

12 Dados extraídos de: http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais

13 Baixa representação de negros na política deve ser mantida nas eleições deste ano. Notícia. Câmara dos deputados. 02.10.2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/545514-baixa-representacao-de-negros-na-politica-deve-ser-mantida-nas-eleicoes-deste-ano/.

14 Maioria na população, negros somam apenas 29% dos prefeitos eleitos. UOL. 07.10.2016. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2016/noticias/2016/10/07/maioria-na-populacao-negros-somam-apenas-29-dos-prefeitos-eleitos.htm

gerais e para cargos de chefia do Poder Executivo e discrepam da renda média da população negra. Nesse sentido, destaca o pesquisador Osmar Teixeira que, nos pleitos estaduais, os candidatos negros têm patrimônio equivalente a um quarto daquele dos candidatos brancos de mesma escolaridade[15]. Ainda segundo o estudioso, as discrepâncias de patrimônio se agravam de maneira relevante quando se trata de mulheres negras[16].

13. Nesse contexto, **o financiamento das campanhas** assume papel central na viabilidade das candidaturas. Importante estudo da FGV Direito São Paulo em parceria com a CEPESP analisou as campanhas eleitorais, o financiamento e a diversidade de gênero nas eleições de 2018[17]. O estudo identificou que a distribuição proporcional de 30% dos recursos do FEFC e do Fundo Partidário às candidaturas femininas promoveu um efetivo incremento nos valores absolutos e relativos das receitas das candidatas mulheres comparativamente às eleições de 2014, nas quais estas eram o grupo mais subfinanciado. Por exemplo, enquanto em 2014 a receita média de campanha das mulheres representava cerca de 27,8% da dos homens, em 2018 tal receita representou 62,4%[18]. Ademais, verificou que a taxa de sucesso na eleição aumenta na medida em que aumentam os recursos investidos nas campanhas: "*o acesso a recursos financeiros continuou bastante correlacionado com a quantidade de votos e, consequentemente, com a possibilidade de eleição, em 2018*".

14. Referido estudo explorou, ainda, a questão da intersecção entre gênero e raça no financiamento eleitoral dos candidatos a deputado federal. Nessa análise, identificou que houve uma mudança significativa no financiamento de candidaturas femininas a partir das eleições de 2018. Enquanto em 2014 as candidatas mulheres, tanto brancas como negras, eram o grupo mais subfinanciado, tal realidade mudou em 2018, quando as mulheres passaram a receber recursos oriundos dos partidos de forma proporcional às candidaturas em razão das decisões do STF e do TSE, e foi proibido o financiamento empresarial.

15. Nesse novo contexto, o relatório da FGV Direito SP demonstrou que as mulheres brancas candidatas a deputada federal passaram a receber percentual de recursos advindos dos partidos (18,1%) proporcional ao percentual de candidaturas (também 18,1%). No entanto, as candidaturas das mulheres negras continuaram a ser subfinanciadas pelos partidos: embora representassem 12,9% das candidaturas, receberam apenas 6,7% dos recursos. Também os homens negros receberam dos partidos recursos (16,6%) desproporcionais em relação às candidaturas (26%). Apenas os homens brancos foram sobrefinanciados (58,5%) comparativamente ao percentual de candidatos (43,1%).

16. Adicionalmente, o estudo verificou que, nas eleições de 2018, as doações de pessoas físicas para candidatos a deputado federal foram majoritariamente destinadas às candidaturas de homens brancos (72,5%), com uma pequena parcela destinada a homens negros (15,7%) e mulheres brancas (9,6%) e ínfima parcela para as mulheres negras (2,1%)[19]. Como resultado, o estudo da FGV Direito SP concluiu que, para as eleições de 2018, a raça dos candidatos passou a ser aspecto preponderante em relação ao gênero na

15 Frase extraída da reportagem "A sub-representação dos negros na política brasileira" publicada na Deutsche Welle em 29.09.2017. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/a-sub-representa%C3%A7%C3%A3o-dos-negros-na-pol%C3%ADtica-brasileira/a-40747414.
Osmar Teixeira e Kabengele Munanga (Orientador). Direitos políticos e representatividade da população negra na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e Câmara Municipal de São Paulo 2017. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

16 Rayanderson Guerra. País elegeu apenas 4% de parlamentares negros. O Globo. 20.11.2018. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/pais-elegeu-apenas-4-de-parlamentares-negros-23246278.

17 Catarina Helena Cortada Barbieri, Luciana de Oliveira Ramos (coords.), Democracia e Representação nas Eleições de 2018: campanhas eleitorais, financiamento e diversidade de gênero: Relatório Final (2018-2019). São Paulo: FGV Direito SP, em parceria com o Centro de Economia e Política do Setor Público (FGV CEPESP), 2019.

18 Id. p. 67-69.

19 Id. p. 76.

determinação do acesso ao financiamento oriundo dos partidos, tendo em vista que a receita média dos homens negros (16,6%) foi menor do que a das mulheres brancas (18,1%).

17. No mesmo sentido, levantamento do jornal *O Globo* demonstrou que, nas Eleições 2018, "*as candidaturas de pessoas negras ao Congresso foram minoria entre as que receberam mais recursos dos principais partidos políticos do Brasil*". Isso independentemente da posição das agremiações no espectro ideológico. Assim, "*dos 586 candidatos que obtiveram os maiores repasses designados por diretórios nacionais das 11 maiores siglas, apenas 24% haviam se autodeclarado negros (pretos e pardos), enquanto 74,9% disseram ser brancos*"[20]. Na ocasião, o Congresso contava com exatamente 23,9% de parlamentares que se autodeclararam negros. Na mesma linha, nas eleições de 2016, em análise realizada em 18 de setembro do ano eleitoral, o Estadão verificou que a campanha de candidatos brancos à prefeitura arrecadou 65% a mais do que a de um pardo ou negro[21].

18. Nota-se, portanto, que as candidaturas negras contam, em regra, com **menor apoio das estruturas partidárias**. Tanto é assim que, mesmo vencido o desafio das eleições, estruturas partidárias o cenário de desigualdade se repete na organização do Parlamento: no final de 2019, verificou-se que, entre 30 postos de líderes na Câmara, somente quatro, todos homens, autodeclararam-se pardos[22]. No Senado, de 22 posições de liderança, apenas seis líderes se autodeclararam negros. Também na relatoria da Câmara é possível verificar desigualdade: "*brancos, que são 75% dos deputados, foram responsáveis por 87% dos relatórios de 2019*". Ademais, "*dos 4.125 pareceres apresentados, apenas 65 foram assinados por congressistas que se declaram pretos, enquanto 423 são de deputados pardos*"[23].

19. Do mesmo modo, para as autoras do estudo "Mulheres e Negros na Política", que avaliou o desempenho eleitoral desses grupos em 2010, a conclusão é de que o problema da sub-representação política perpassa a distribuição desigual de recursos, além da dificuldade de acesso e participação nas instâncias partidárias de deliberação[24]. Nesse sentido, ainda, a Missão de Observação Eleitoral da Organização dos Estados Americanos, referente às Eleições 2018 no Brasil, identificou que "*a inclusão de candidatos negros e indígenas dentro dos partidos ainda é baixa e que, mesmo quando estão presentes nas organizações políticas, têm menos acesso a recursos e mais dificuldades para aceder aos cargos eletivos*".

III. IGUALDADE, DIVERSIDADE E REPRESENTATIVIDADE

20. A realidade delineada é inaceitável diante de um contexto constitucional em que a igualdade constitui um direito fundamental e integra o núcleo essencial da ideia de democracia. Da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração[25]. A igualdade

20 Camila Zarur e João Paulo Saconi. Candidatos negros têm menos verbas dos partidos nas eleições. Jornal "O Globo" de 1.12.2019. Disponível em https://oglobo.globo.com/brasil/candidatos-negros-tem-menos-verbas-dos-partidos-nas-eleicoes-24111170.

21 Daniel Bramatti, Rodrigo Burgarelli, Leonardo Augusto. Apenas brancos disputam em 45% das cidades do País. O Estado de S.Paulo. 18.09.2016. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,apenas-brancos-disputam-em-45-das-cidades-do pais, 10000076642.

22 Ângela Boldrini. Bancada negra no Congresso é sub-representada em postos de comando. Publicado na Folha de São Paulo de 16. 11. 2019.
Disponível em:
https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/bancada-negra-no-congresso-e-sub-representada-em-postos-de-comando.shtml?origin=folha.

23 Ângela Boldrini. Bancada negra no Congresso é sub-representada em postos de comando. Publicado na Folha de São Paulo de 16. 11. 2019.
Disponível em:
https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/bancada-negra-no-congresso-e-sub-representada-em-postos-de-comando.shtml?origin=folha.

24 Rachel Meneguello, Bruno Wilhelm Speck, Teresa Sacchet, Maíra Kubik Mano, Fernando Henrique dos Santos e Caroline Gorski. 24 Mulheres e Negros na Política: estudo exploratório sobre o desempenho eleitoral em quatro estados brasileiros. Campinas, SP: UNICAMP/CESOP, 2012.

25 Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 181. A primeira edição é de 1977.

veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. Como já tive a oportunidade de destacar em inúmeras ocasiões, no mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a *igualdade formal*, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a *igualdade material*, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social; e a *igualdade como reconhecimento*, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras. A igualdade efetiva requer igualdade perante a lei, redistribuição e reconhecimento.

21. A Constituição de 1988 contempla essas três dimensões da igualdade. A igualdade formal vem prevista no art. 5º, *caput*: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Já a igualdade como redistribuição decorre de objetivos da República, como "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º, I) e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III). Por fim, a igualdade como reconhecimento tem lastro nos objetivos fundamentais do país de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV), bem como no repúdio ao racismo (art. 5º, XLII)[26]. Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a ordem constitucional não apenas rejeita todas as formas de preconceito e discriminação, mas também impõe ao Estado o dever de atuar positivamente no combate a esse tipo de desvio e na redução das desigualdades de fato[27].

22. Desse modo, uma perspectiva de "neutralidade racial", ou *colorblindness*, que desconsidera as diferenças sociais entre negros e brancos, opera como uma forma de discriminação negativa indireta[28]. O princípio da isonomia impõe, nesse contexto, uma discriminação positiva, em que o fundamento da desequiparação, bem como os fins por ela visados sejam constitucionalmente legítimos. Tanto é assim que a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, dentre outros. Não por outro motivo, a própria Constituição admite o emprego de políticas de ações afirmativas, ao instituí-las diretamente em relação às pessoas portadoras de deficiência, determinando que a lei deverá reservar a elas percentual dos cargos e empregos públicos (CF/1988, art. 37, VIII).

23. Nota-se, portanto, que há, sob o prisma da efetivação de uma justiça corretiva e redistributiva, um dever de integração dos negros em espaços de poder, noção que é reforçada pela perspectiva integrativa da diversidade. Esta é conceituada pelo professor Adilson Moreira como "*a ideia de que instituições públicas e privadas devem espelhar o pluralismo que existe no corpo social*". Nesse sentido, ao reconhecer que "*experiências culturais distintas produzem percepções sociais diferentes*", compreende-se que a composição de um corpo deliberativo plural contempla interesses mais diversos do que uma composição homogênea e garante um funcionamento mais democrático, por exemplo, do Parlamento[29]. Nesse ponto, Maíra Kubick aponta que a pluralidade pode impactar positivamente a própria credibilidade das instituições políticas, reconhecidamente desgastadas perante a população[30].

26 CF/1988, art. 5º, XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

27 Joaquim Barbosa Gomes, Ações afirmativas e o princípio constitucional da igualdade, 2001, p. 41.

28 Adilson Moreira, Miscigenando o círculo de poder [...]; e Silvio Almeida, Racismo estrutural.

29 Adilson José Moreira. Miscigenando o círculo do poder [...]. p. 120 e 129.

30 Maíra Kubick Taveira Mano. Legislar sobre "mulheres": relações de poder na Câmara Federal. Tese de Doutorado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas para obtenção do Título de Doutora em Ciências Sociais. Campinas: UNICAMP, 2015..

O Professor Adilson Moreira destaca, no entanto, que não se trata de garantir *mera* representação, mas sim uma participação efetiva, como verdadeira "condição para realização de uma democracia participativa"[31].

24. Esse dever de inclusão de mulheres e homens negros em espaços de poder é potencializado no caso dos parlamentos. É que a representação de todos os diferentes grupos sociais no parlamento é essencial para o adequado funcionamento da democracia e para o aumento da legitimidade democrática das decisões tomadas. A democracia é autogoverno e, como tal, pressupõe que as pessoas sejam autoras das decisões capazes de afetar suas próprias vidas. No entanto, quando a representação política é excludente, afeta-se a capacidade de as decisões e políticas públicas refletirem as vontades e necessidades das minorias sub-representadas. Por isso, para impulsionar a aprovação de políticas públicas antirracistas é preciso combater a sub-representação política da população negra.

25. Há, ainda, diversas outras consequências positivas do aumento da representatividade política negra: para além da abertura de espaços de reivindicação política, do impacto na agenda pública e da aprovação de ações e projetos de lei que correspondam aos interesses do grupo representado (*representação substantiva*), tem-se a desconstrução do papel de subalternidade atribuído ao negro no imaginário social e a naturalização da negritude em espaços de poder (*representação simbólica*)[32]. Nesse sentido, especialistas como Osmar Teixeira e Carmela Zigoni apontam que a solução para a sub-representação negra na política – especificamente em cargos legislativos eleitos pelo sistema proporcional – passa pelo estabelecimento de ações afirmativas.

26. De fato, o imperativo constitucional da igualdade e a própria noção de uma democracia participativa plural justificam a criação de ações afirmativas voltadas à população negra, ou mais precisamente às minorias não brancas, que sejam aptas a garantir a efetiva participação político-eleitoral destas. No entanto, o campo de atuação para a efetivação do princípio da igualdade – formal, material e como reconhecimento – e para o combate ao racismo não se limita à instituição de ações afirmativas. Se reconhecemos que o racismo no Brasil é estrutural, é possível e necessário atuar sobre o funcionamento das normas e instituições sociais, de modo a impedir que elas reproduzam e aprofundem a desigualdade racial[33].

27. Um desses campos de atuação é justamente a identificação de casos de discriminação indireta, relacionados à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*)[34]. Muitas vezes, normas pretensamente neutras (*i.e.*, compatíveis com a igualdade formal) produzem efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a grupos marginalizados, de modo a violar o princípio da igualdade em sua vertente material. A teoria já foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em algumas ocasiões, como no julgamento da ADI nº 1.946 (Rel. Min. Sydney Sanches), em que se conferiu interpretação conforme ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998, que instituiu um valor máximo para o pagamento de benefícios pelo INSS, para excluir de seu âmbito de incidência o salário-maternidade. Isso porque, caso o empregador fosse obrigado a arcar com a diferença entre o teto previdenciário e o salário da trabalhadora gestante,

31 Adilson José Moreira. Miscigenando o círculo do poder: [...]. p. 22..

32 Silvio Luiz de Almeida. Racismo estrutural. Coleção feminismos plurais. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. Posição 1059 de 2930.

33 Ver: Wallace Corbo, Eduardo Adami, O supremo problema racial, Jota, 29.06.2020, Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-supremo-problema-racial-29062020.

34 Sobre o tema, cf. NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. Constitutional law. 5 ed. Saint Paul: West Publishing Co, 1995; SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminacao "de facto", teoria do impacto proporcional e ação afirmativa. In. Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

haveria um desestímulo à contratação de mulheres, produzindo um impacto desproporcional e discriminatório sobre elas.

28. A implementação de ações destinadas a combater o racismo é uma responsabilidade social que abarca inclusive e principalmente aqueles que se privilegiam do sistema[35]. Tal perspectiva é densificada pela Lei nº 12.288/2010, que Institui o Estatuto da Igualdade Racial e prevê expressamente que "*é dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas* [...]" (art. 2º). Essa participação, "*em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de*", entre outros, "adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa" e "*ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais*" (art. 4º, II e IV).

IV. APRECIAÇÃO DAS INDAGAÇÕES FORMULADAS NA CONSULTA

29. Como relatado, a consulente formulou quatro indagações, nos seguintes termos: a) "As formas de distribuição dos recursos financeiros e tempo em rádio e TV, já concedido às mulheres na Consulta 0600252-18.2018.6.00.0000, deverão ser na ordem de 50% para as mulheres brancas e outros 50% para as mulheres negras, conforme a distribuição demográfica brasileira?"; b) "É possível haver reserva de vagas nos partidos políticos para candidatos negros, nos mesmos termos do que ocorreu com as mulheres?"; c) "É possível aplicar o entendimento dos precedentes supra para determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros, destinando 30% como percentual mínimo, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, conforme esta Corte entendeu para a promoção da participação feminina?"; e d) "É possível aplicar o precedente, também quanto à distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão para os NEGROS, prevista nos artigos 47 e seguintes, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, conforme esta Corte entendeu para a promoção da participação feminina?".

30. Tais indagações podem ser agregadas em dois pontos principais. *Primeiro*, saber se os recursos financeiros e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres, em razão da cota de gênero, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas, de acordo com o percentual de 50% para cada grupo, dada a distribuição demográfica brasileira. *Segundo*, saber se deve haver reserva de 30% das candidaturas de cada partido a pessoas negras, nos mesmos termos da cota de gênero prevista no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, com a consequente destinação proporcional do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do tempo de propaganda eleitoral gratuita na rádio e na televisão para candidaturas de pessoas negras, respeitando-se o mínimo de 30%. Passo a analisar tais questionamentos.

a) Repartição entre as mulheres dos recursos financeiros e tempo de rádio e TV

31. A consulente questiona a forma de distribuição, entre as candidatas mulheres, dos recursos financeiros e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres. O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 5.617, sob a relatoria do Min. Edson Fachin, j. em 15.03.2018, e o Tribunal Superior Eleitoral, na Consulta nº 0600252-18/DF, sob a relatoria da Min. Rosa Weber, j. em 22.05.2018, deram um

35 Djamila Ribeiro. Pequeno Manual Antirracista. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

passo decisivo no sentido do incremento da efetividade das cotas de gênero ao equiparar o percentual de candidaturas femininas ao mínimo de recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha a lhes serem destinados, bem como do tempo de rádio e TV, respeitando-se, em todo caso, o mínimo legal de 30%. Dentre os fundamentos utilizados, destaca-se que "*a igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultado" e que "a participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado, uma vez que a ampliação da participação pública feminina permite equacionar as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres*".

32. Tais decisões do STF e do TSE consolidaram a diretriz de que a previsão legal de reserva de vagas de candidatura somente pode reduzir a desigualdade de gênero na política se associada a medidas que possibilitem às candidaturas femininas serem *competitivas*. Na prática, verificou-se que referidas decisões representaram significativo avanço na representação feminina no parlamento, já nas Eleições 2018. Conforme referido pela Ministra Rosa Weber, em seu voto na Consulta nº 0603816-39/DF, a partir dos reflexos daqueles julgamentos, "o Brasil passou da 151ª para a 134ª posição no *ranking* mundial de representação feminina no parlamento". Notou, ainda, que, embora as mulheres tenham representado apenas 16,2% do total de eleitos em 2018, o número de candidatas eleitas para a Câmara dos Deputados cresceu 51% em relação à eleição de 2014, enquanto, nas assembleias legislativas, o crescimento foi de 41,2%.

33. A despeito dessas importantes vitórias, percebe-se a partir dos dados citados anteriormente, em especial do estudo da FGV Direito SP, que a concretização da cota de gênero e da distribuição proporcional de recursos às candidatas mulheres produziu como efeito secundário indesejável a manutenção do subfinanciamento das candidaturas das mulheres negras e, consequentemente, da sua sub-representação. É que, a despeito de se tratar de norma geral e abstrata destinada a beneficiar todas as mulheres na disputa política, diante do racismo estrutural presente (também) nas estruturas partidárias, seu efeito prático foi o de excluir as mulheres negras da fruição dos benefícios da política. Em outras palavras, foram as mulheres brancas as que se beneficiaram prioritariamente do aumento da *competitividade* das suas campanhas. Por isso, a menos que se considere as mulheres negras como categoria que demanda atenção específica, a tendência é a repetição dos padrões que privilegiam candidaturas de mulheres brancas, de modo que as ações destinadas a garantir o direito "das mulheres" atingiriam somente algumas mulheres.

34. Com efeito, desde o final do século XX, tem-se atentado para a desconstrução da ideia de "mulher" como sujeito universal[36], a partir do reconhecimento de que diferença de gênero é "particularizada por outros fatores sociais da diferença, como orientação sexual, raça, identidade, origem, região de nascimento e moradia, classe, dentre outros"[37]. Nesse ponto, cabe lembrar o poderoso discurso, proferido em 1851, de Sojourner Truth, mulher negra nascida escravizada que se tornou mundialmente reconhecida por sua defesa da abolição e do direito das mulheres[38]. Nele, quando confrontada com referências

36 Betina Fontana Piovesan. Mulheres no poder legislativo: possibilidades de ressignificação através da teoria político-feminista do cuidado. In: Resenha eleitoral. Vol. 23. Nº 1. 2019. Florianópolis: TRE/SC.

37 Olivia Vilas Boas da Paixão; Leonardo Custódio da Silva Júnior; Vanessa Lemgruber. Quem são elas para dizer o que se passou no corpo delas? In: Mulheres na sociedade: desafios para a visibilidade feminina.(Orgs: Daniela Tiffany Prado de Carvalho; Elisa Maria Taborda da Silva; Polianna Pereira dos Santos). Belo Horizonte. D'Plácido, 2018. p. 136.

38 Soujouner Truth. E não sou uma mulher? Tradução de Osmundo Pinho, disponível no Portal Geledés. Disponível em: https://www.geledes.org.br/e-nao-sou-uma-mulher-sojourner-truth/.

à fragilidade da mulher que se baseavam apenas na vivência das mulheres brancas, Truth questionou repetidamente "E não sou eu uma mulher?":

> "Aqueles homens ali dizem que as mulheres precisam de ajuda para subir em carruagens, e devem ser carregadas para atravessar valas, e que merecem o melhor lugar onde quer que estejam. Ninguém jamais me ajudou a subir em carruagens, ou a saltar sobre poças de lama, e nunca me ofereceram melhor lugar algum! E não sou uma mulher? Olhem para mim? Olhem para meus braços! Eu arei e plantei, e juntei a colheita nos celeiros, e homem algum poderia estar à minha frente. E não sou uma mulher? Eu poderia trabalhar tanto e comer tanto quanto qualquer homem – desde que eu tivesse oportunidade para isso – e suportar o açoite também! E não sou uma mulher? Eu pari treze filhos e vi a maioria deles ser vendida para a escravidão, e quando eu clamei com a minha dor de mãe, ninguém a não ser Jesus me ouviu! E não sou uma mulher?".

35. Esse discurso pode ser considerado uma formulação embrionária do conceito de interseccionalidade, desenvolvido pela Professora Kimberlé Crenshaw para descrever a necessidade de absorver por uma lente diversa a intersecção entre formas diversas de desigualdade e discriminação, que operam de forma conjunta e frequentemente potencializam umas às outras[39]. O termo pode ser usado, por exemplo, para refletir sobre a situação da mulher negra, que vivencia tanto a discriminação de raça quanto a discriminação de gênero. Daí a necessidade de inserir um recorte racial nas políticas e questões voltadas a combater a desigualdade de gênero. Sueli Carneiro sintetiza a questão ao pontuar que "esse novo olhar feminista e antirracista, ao integrar em si tanto as tradições de luta do movimento negro como a tradição de luta do movimento de mulheres, afirma essa nova identidade política decorrente da condição específica do ser mulher negra"[40].

36. Como bem evidenciaram os dados trazidos na Consulta, "a experiência de ser uma mulher negra é diferente da de ser uma mulher branca"[41]. Na política em particular, as dificuldades de obter recursos e apoio do partido, que se verifica tanto em relação às mulheres, quanto em relação aos negros, agravam-se quando a candidatura é de uma mulher negra. Acrescente-se a esse cenário, ainda, a violencia política contra a mulher negra, representada, em sua faceta mais extrema, pelo assassinato da Vereadora Marielle Franco, no exercício do cargo de vereadora do Rio de Janeiro, para o qual foi eleita com a 5ª maior votação do município. Segundo a vereadora, a presença de mais mulheres negras eleitas é um imperativo, decorrente do modo peculiar com que estas vivenciam as cidades, o qual lhes garante maior atenção a políticas públicas específicas para a população mais vulnerável[42]. Seu legado foi, dentre outros, o fenómeno conhecido como "Sementes de Marielle", que inspira mulheres negras a se engajarem politicamente.

37. É possível dizer, portanto, que as cotas de gênero instituídas pelo art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, tal como interpretadas pelo STF, na ADI nº 5.617, e pelo TSE, na Consulta nº 0600252-18/DF, produziram um impacto desproporcional sobre as candidaturas das mulheres negras, caracterizando hipótese de discriminação indireta. De acordo com Wallace Corbo, a discriminação indireta consiste na "existência de um ato público ou privado que emprega critérios de classificação aparentemente neutros", mas "produz determinados efeitos adversos negativos contra uma pessoa

39 Kimberlé Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. In: University of Chicago Legal Forum, 1989.

40 Sueli Careneio. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na américa latina a partir de uma perspectiva de gênero.

41 Olivia Vilas Boas da Paixão; Leonardo Custódio da Silva Júnior; Vanessa Lemgruber. Quem são elas para dizer o que se passou no corpo delas? In: Mulheres na sociedade: desafios para a visibilidade feminina.(Orgs: Daniela Tiffany Prado de Carvalho; Elisa Maria Taborda da Silva; Polianna Pereira dos Santos). Belo Horizonte. D'Plácido, 2018. p. 136

42 Agora é que São Elas. "Um ano sem Marielle" – Entrevista Exclusiva. Disponível no canal de Youtube "Agora é que São Elas".

ou grupo constitucionalmente protegido, notadamente com relação à aquisição ou gozo de direitos ou benefícios"[43].

38. Na situação em análise, veja-se que o critério de distribuição de recursos de candidatura é, à primeira vista, neutro, já que destinado a ser repartido, indistintamente, a todas as mulheres. Na prática, porém, a concretização dessa política produziu discriminação indireta das mulheres negras, que tiveram reduzida possibilidade efetiva de gozar do benefício em razão da ausência de garantias institucionais na estruturação dos partidos políticos para que mulheres negras concorram ao pleito em igualdade de condições.

39. Tal efeito adverso pode ser demonstrado pela própria análise estatística. Conforme já explicitado, estudos demonstraram que, a partir da implementação da distribuição proporcional dos recursos às candidaturas femininas em 2018, as mulheres brancas candidatas a deputada federal receberam percentual de recursos advindos dos partidos (18,1%) exatamente proporcional ao percentual de candidaturas (também de 18,1%). Porém – e aqui se evidencia o impacto desproporcional da medida: as mulheres negras candidatas a deputado federal receberam percentual de recursos de campanha (6,7%) equivalente a quase metade do percentual de candidaturas (de 12,9%).

40. Outros dados reforçam esse cenário. Verifica-se que, embora o número de candidatas que se autodeclararam pretas ou pardas tenha crescido 70% nas eleições de 2018 em relação à 2014[44], e o número de eleitas tenha aumentado 38% no mesmo período, as mulheres negras ocuparam apenas 4% das vagas em disputa. Em uma análise guiada pela intersecção de raça e gênero, o índice de êxito eleitoral de mulheres negras no parlamento foi o mais baixo de todos: apenas 1,7% das candidatas foram eleitas[45]. Também o estudo da FGV Direito SP demonstrou que, embora em 2018 se tenha atingido o ápice da representação política feminina quando as mulheres conquistaram 15% das cadeiras da Câmara dos Deputados (totalizando 77 vagas), permaneceu a desigualdade de raça. Desse total de vagas obtidas, 94% foram conquistadas por mulheres brancas (63 vagas). Nas vagas restantes, 13 mulheres negras foram eleitas deputadas, representando 2,5% da Câmara, e Joênia Wapichana foi a primeira mulher indígena eleita deputada federal.

41. Uma vez evidenciada a discriminação indireta às mulheres negras e estando as cotas de gênero devidamente justificadas pela exigência de empoderamento feminino, cabe analisar qual seria a solução para mitigar os efeitos adversos verificados. Nesse ponto, a consulente indaga se os recursos deveriam ser repartidos entre mulheres brancas e negras à razão de 50%, que corresponde à distribuição demográfica brasileira. Entendo, porém, que, na ausência de norma legal que estabeleça percentual mínimo de candidaturas para mulheres negras, a acomodação razoável para mitigar a realidade de discriminação deve ser extraída da própria lógica que ditou as decisões do TSE, na Consulta nº 0600252-18/DF, e do STF, na ADI nº 5.617.

42. Nesses casos, por força do princípio da igualdade, reconheceu-se "*como sendo a* ***única*** *interpretação constitucional admissível aquela que determina aos partidos políticos a distribuição dos recursos públicos destinados a campanha eleitoral* ***na exata proporção das candidaturas*** *de ambos os sexos*". Do mesmo modo, entendo que se deve destinar às candidatas negras recursos (financeiros e de acesso à tv e à rádio) na exata proporção do número de candidaturas efetivamente apresentadas pela agremiação. Trata-

43 Wallace Corbo, Discriminação indireta: Conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento a luz da Constituicao de 1988, 2017.

44 Baixa representação de negros na política deve ser mantida nas eleições deste ano. Notícia. Câmara dos deputados. 02.10.2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/545514-baixa-representacao-de-negros-na-politica-deve-ser-mantida-nas-eleicoes-deste-ano/.

45 Luigi Mazza. Mulher negra (não tão) presente. Revista Piauí. 12.12.2018. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/mulher-negra-nao-tao-presente/.

se de ajuste adequado e necessário para afastar a situação discriminatória e o ônus desproporcional que pesa sobre as candidatas negras, influenciando a viabilidade e competitividade de suas campanhas.

43. Portanto, respondo a primeira indagação da consulente de forma afirmativa, no sentido de estabelecer que os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres, em razão das cotas de gênero, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas. Estabeleço, porém, que tal repartição deve se dar na exata proporção das candidaturas de mulheres brancas e negras.

b) Criação de reserva de candidaturas para pessoas negras com destinação proporcional dos recursos públicos e direito de antena

44. Em relação ao segundo questionamento, verifico que envolveria a criação, por meio de Consulta, de reserva de candidaturas para pessoas negras, sugerido pela consulente no patamar de 30%. Tanto a Assessoria Consultiva (ASSEC) deste Tribunal quanto a Procuradoria-Geral Eleitoral manifestaram-se pela resposta negativa a essa indagação. A ASSEC concluiu que "o exercício do poder normativo pelo TSE na direção de criar novas cotas em razão da raça configuraria inovação na legislação eleitoral, de modo a transgredir o processo legislativo pátrio". No mesmo sentido, entendeu o Ministério Público Eleitoral que "a legislação impõe que o Poder Público, aí incluída a Justiça Eleitoral, adote medidas para superação da desigualdade, mas não chega ao ponto de impor aos Partidos Políticos a reserva de vagas e financiamento a integrantes da população negra". Assim, enquanto o dever de apresentação de candidaturas femininas é imposto em lei aos partidos políticos, não há semelhante "recorte da etnia ou da cor da pele", o que impossibilitaria o acolhimento da consulta.

45. Sobre a questão, considero que compete prioritariamente ao Congresso Nacional estabelecer uma política de ação afirmativa apta a ampliar a participação política de minorias não brancas, atendendo ao anseio popular e à demanda constitucional por igualdade. Como tenho afirmado, a política é gênero de primeira necessidade em uma sociedade democrática e o Legislativo é o *locus* por excelência da elaboração normativa. Na ausência de uma norma específica que institua ação afirmativa para pessoas negras no acesso a participação política, determinando, *e.g.*, o tamanho da cota e suas condições específicas, o Poder Judiciário não deve – em princípio – ser protagonista da sua formulação.

46. Ademais, deve-se registrar que levantamento estatístico realizado pela Secretaria de Modernização e Gestão Estratégica e Ambiental deste Tribunal indica que, à exceção do partido NOVO, todos os demais partidos registrados no TSE em 2016 lançaram mais de 30% de candidaturas negras, chegando o PCB a lançar 66,67%:

Quantitativo de candidaturas de candidatos pretos e pardos segundo partido- Eleicoes 2016			
Partido	Pretos e pardos		Total de Candidatos no partido
	Qtd.	%	
PCB	162	66,67%	**243**
PC do B	7.662	62,64%	**12.231**
PPL	2.340	62,60%	**3.738**
PTC	5.255	59,48%	**8.835**
PMN	4.408	59,05%	**7.465**
PRTB	3.834	57,73%	**6.641**
PSOL	3.173	57,61%	**5.508**
PSTU	185	57,10%	**324**
PMB	2.631	56,99%	**4.617**
PT do B	4.260	56,39%	**7.555**
PSDC	4.227	55,57%	**7.607**
PSL	5.849	55,56%	**10.528**
PROS	6.048	54,56%	**11.085**
PTN	5.320	54,34%	**9.791**
PRP	4.666	54,21%	**8.607**
PHS	6.437	53,63%	**12.003**
PRB	9.580	53,12%	**18.033**
PEN	5.350	51,92%	**10.304**
PSC	8.447	51,26%	**16.479**
SD	7.554	50,40%	**14.989**
PT	11.793	48,59%	**24.271**
PR	10.820	47,65%	**22.707**
PCO	40	47,06%	**85**
REDE	1.828	46,98%	**3.891**
PPS	7.835	46,55%	**16.832**
PSD	13.631	46,33%	**29.421**
PSB	12.476	46,21%	**26.999**
PDT	11.661	44,54%	**26.182**
PV	7.479	44,11%	**16.955**
DEM	9.608	43,77%	**21.953**
PTB	9.381	41,44%	**22.636**
PP	11.429	40,77%	**28.031**
PSDB	14.420	40,34%	**35.748**
PMDB	17.515	39,37%	**44.489**
NOVO	14	9,72%	**144**
Total	**237.318**	**47,76%**	**496.927**

Fonte: Página de estatísticas de candidaturas (http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatíticas/estatisticas-eleitorais)

47. Isso não quer dizer que não haja papel algum a desempenhar. É legítima a atuação do Poder Judiciário para assegurar direitos fundamentais de grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, contra discriminações, diretas ou indiretas[46]. Se, ao menos 46 no quadro geral das candidaturas de 2016, não se identifica ser baixo o percentual de candidaturas de pessoas negras, isso somente acentua a gravidade do problema do subfinanciamento destas. Assim, embora não caiba neste momento proceder à criação de uma política afirmativa voltada para as candidaturas de pretos e pardos, o TSE pode atuar no sentido de impedir que a ação afirmativa instituída pela Lei nº 9.504/1997 produza discriminações injustificadas em desfavor de grupos historicamente marginalizados e a perpetuação da desigualdade racial no acesso aos cargos públicos eletivos.

48. Nesse ponto, é importante considerar que o funcionamento da reserva de gênero (conforme explicitado acima) importou em uma forma adicional de discriminação indireta: aquela contra as candidaturas de homens negros. Veja-se que os recursos públicos para as campanhas são escassos e limitados. Isso significa que, ao destinar às candidaturas de mulheres recursos proporcionais aos patamares percentuais de suas candidaturas (inclusive em proporção superior à reserva legalmente estabelecida), esses recursos são naturalmente desviados das candidaturas dos homens. Ocorre, porém, que devido ao racismo estrutural e à marginalização histórica, são as candidaturas dos homens negros que tendem a ser desproporcionalmente afetadas com a diminuição dos recursos disponíveis.

49. Esse impacto desproporcional ilegítimo também é corroborado pelos dados estatísticos referentes às eleições de 2018 para a Câmara dos Deputados: os homens negros corresponderam a 26% das candidaturas, mas receberam apenas 16,6% dos recursos oriundos dos partidos. Por outro lado, candidaturas

46 Essa ideia é mais bem explorada no texto "Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas" publicado na revista Direito e Práxis e disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf.

de homens brancos foram 43,1%, mas receberam 58,5% de todos os recursos. Diante da constatação de uma realidade de discriminação indireta semelhante àquela verificada em relação às mulheres negras, deve ser aplicável a mesma diretriz hermenêutica. Havendo o mesmo fundamento, aplica-se o mesmo direito. E isso também por uma questão de isonomia.

50. Portanto, apesar de responder negativamente à indagação a respeito da possibilidade de reservar, desde logo, 30% das candidaturas de cada partido a pessoas negras, nos mesmos termos da cota de gênero prevista no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, entendo ser possível responder positivamente às demais indagações, ainda que sem estabelecer o patamar mínimo de 30%, em vista da ausência de previsão legal. Desse modo, para mitigar o impacto desproporcional identificado, penso que se deve determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros e assegurar tempo de propaganda eleitoral gratuita na rádio e na televisão proporcional às candidaturas de pessoas negras, na exata proporção do número de candidaturas.

51. Por fim, esclareço que a distribuição proporcional de recursos às candidaturas negras constitui o patamar de proteção a ser assegurado, desde já, às pessoas negras *mínimo* que concorram a cargos eletivos. Isso, é claro, não impede o diálogo com o Congresso na busca de soluções mais amplas e estruturais para solucionar o problema da sub-representação política das pessoas pretas e pardas no Brasil.

c) Exequibilidade imediata da decisão e parâmetros para cálculo e fiscalização da destinação de recursos a candidaturas de pessoas negras

52. É recomendável indicar, desde logo, a forma de execução da decisão, para que esteja clara para os partidos, candidatos e órgãos de fiscalização de contas da Justiça Eleitoral, caso prevaleça a resposta afirmativa à destinação proporcional de recursos públicos a candidaturas de pessoas negras.

53. *Em primeiro lugar*, entendo pela aplicabilidade imediata da resposta dada por esta Corte.Com efeito, esta Consulta deve seguir a mesma lógica da Consulta nº 0600252-18/DF, de Relatoria da Ministra Rosa Weber, j. em 22.05.2018, com a qual ela dialoga diretamente. Rememoro que, no precedente de relatoria da Ministra Rosa Weber, a resposta à consulta não apenas foi aplicada imediatamente às eleições de 2018, como também acarretou a alteração da regulamentação do financiamento por meio da Res.-TSE nº 23.575/2018 e da Res.-TSE nº 23.581/2018. Considerada, no entanto, a proximidade do início das campanhas, bem como a referida necessidade de clareza na execução do julgado, considero que a execução imediata do julgado deve ocorrer por meio de expedição de comunicação aos órgãos nacionais dos partidos, da qual conste os parâmetros de execução a seguir explicitados.

54. *Em segundo lugar*, os cálculos a serem efetuados devem considerar as premissas adotadas no presente voto: **a destinação de recursos a pessoas negras deve ocorrer dentro da destinação de recursos por gênero, e não de forma global.** Isso porque a evasão de investimento nas candidaturas de homens negros e o baixo investimento de recursos nas candidaturas de mulheres negras se verificou justamente a partir de desvios na aplicação prática da reserva de recursos para candidaturas femininas. Isso significa que, primeiramente, deve-se distribuir as candidaturas em dois grupos – homens e mulheres –, como já é feito atualmente para reserva de recursos para as candidaturas femininas. Na sequência, deve-se estabelecer o percentual de candidaturas de mulheres negras em relação ao total de candidaturas femininas, bem como o percentual de candidaturas de homens negros em relação ao total de

candidaturas masculinas. Assim, do total de recursos destinados a cada gênero é que se separará a fatia mínima às pessoas negras desse gênero.

55. *Em terceiro lugar*, tal como já acontece com as candidaturas femininas, devem ser observadas as particularidades dos cálculos e da forma de fiscalização própria ao FEFC e ao Fundo Partidário, em razão da própria natureza desses fundos[47]. A seguir, explica-se cada uma das hipóteses.

c.1) Cálculo e forma de fiscalização da destinação de recursos do FEFC

56. A aplicação de recursos do FEFC em candidaturas femininas é calculada e fiscalizada em âmbito nacional. O cálculo do montante mínimo do FEFC já era realizado mediante as seguintes etapas: **(i)** afere-se o percentual nacional de candidaturas de cada gênero em cada partido, com base nos registros requeridos nas Eleições 2020; **(ii)** afere-se o percentual de candidaturas femininas utilizado para definir o montante mínimo do FEFC a ser aplicado pelo partido, em todo o país, nessas candidaturas; e **(iii)** feito ese cálculo, o diretório nacional pode distribuir os recursos de forma estratégica, observados os criterios enviados à Justiça Eleitoral para publicação (art. 6º da Res.-TSE nº 23.605/2019). A fiscalização da aplicação do percentual mínimo será realizada pelo TSE apenas no exame das prestações de contas do diretório nacional,.

57. Como se observa, **o FEFC não está submetido a uma distribuição homogênea em todos os municípios brasileiros**. Os partidos políticos são autorizados a fixar regras estratégicas para a distribuição desse fundo, inclusive levando em conta a viabilidade das candidaturas. Ocorre que deverão conciliar sua autonomia com a obrigação de destinação mínima de recursos a mulheres – e, agora, a mulheres negras e homens negros.

58. Para efetivar a destinação de recursos a serem aplicados pelo partido, em todo o país, proporcionalmente às candidaturas de mulheres negras e de homens negros apresentadas nas Eleições 2020, respeitando-se primeiramente o recorte de gênero das candidaturas, basta realizar a complementação das etapas (i) e (ii), acima, conforme os trechos em itálico a seguir acrescidos: (i) afere-se o percentual nacional de cada gênero em cada partido, com base nos registros requeridos nas Eleições 2020, *seguindo-se à aferição de mulheres negras, dentro do total de candidaturas femininas, e de homens negros, dentro do total de candidaturas masculinas*; (ii) esses percentuais (mulheres, mulheres dentro do total de candidaturas masculinas negras e homens negros) serão utilizados para definir o montante mínimo do FEFC a ser aplicado pelo partido, em todo o país: *a) nas candidaturas femininas, observado, dentro deste grupo, o volume mínimo a ser aplicado a candidaturas de mulheres negras*; b) nas candidaturas de homens negros. As demais etapas seguem o já indicado.

c.2) Cálculo e forma de fiscalização da destinação de recursos do Fundo Partidário

59. A aplicação de recursos do Fundo Partidário em candidaturas femininas é calculada e fiscalizada em cada esfera partidária[48]. As etapas do cálculo são as seguintes: (i) os diversos órgãos partidários recebem recursos do Fundo Partidário para sua manutenção e atividades, sendo apenas facultativa a aplicação em campanhas eleitorais; e (ii) decidindo investir recursos em campanhas, o órgão partidário deve destinar recursos proporcionalmente

47 Vide documento "Procedimentos Técnicos de Exame - Justiça Eleitoral - Prestação de Contas - Eleições 2018". Item 7: Exame de Regularidade de Despesas Realizadas com Recursos do Fundo Partidário; Item 8: Exame de Regularidade de Despesas Realizadas com Recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha.

48 Res.-TSE nº 23.607/2019, art. 19, § 3º Os partidos políticos, em cada esfera, devem destinar ao financiamento de campanhas de suas candidatas no mínimo 30% dos gastos totais contratados nas campanhas eleitorais com recursos do Fundo Partidário, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096/1995 (Lei nº 13.165/2015, art. 9º).

ao efetivo percentual das candidaturas femininas[49]. Já a fiscalização da aplicação do percentual mínimo será realizada no exame das prestações de contas de campanha de cada órgão partidário que tenha feito a doação.

60. Para aplicação da proposta que apresentei, o único ajuste se dará na seguinte etapa, conforme acréscimo em itálico a seguir: (ii) decidindo investir recursos em campanhas, o órgão partidario deve destinar recursos proporcionalmente ao efetivo percentual de a) candidaturas femininas, observado, dentro deste grupo, o volume mínimo a ser aplicado a candidaturas de mulheres negras; e b) candidaturas de homens negros.

V. CONCLUSÃO

61. Diante do exposto, o primeiro quesito deve ser respondido afirmativamente nos seguintes termos: os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres, pela aplicação das decisões judiciais do STF na ADI nº 5.617/DF e do TSE na Consulta nº 0600252-18/DF, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.

62. O segundo quesito é respondido de forma negativa, não se mostrando adequado o estabelecimento, por este Tribunal Superior Eleitoral, de política de reserva de candidaturas para pessoas negras no patamar de 30%. O terceiro e o quarto quesitos, por sua vez, devem ser respondidos afirmativamente, nos seguintes termos: os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV devem ser destinados ao custeio das candidaturas de homens negros na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.

63. Por fim, manifesto-me pela aplicabilidade imediata da resposta dada por esta Corte no presente feito, conforme precedente (Consulta nº 0600252-18/DF, de Relatoria da Ministra Rosa Weber, j. em 22.05.2018), e, considerada a proximidade do início das campanhas, bem como a referida necessidade de clareza na execução do julgado, determino a expedição de comunicação aos órgãos nacionais dos partidos, da qual constem os parâmetros de execução fixados a seguir:

> i. O cálculo da aplicação de recursos do FEFC em candidaturas de mulheres negras e homens negros será realizado do seguinte modo: **(i)** afere-se o percentual nacional de candidaturas de cada gênero para cada partido, com base no total de pedidos de registro; **(ii)** afere-se o percentual de mulheres negras, dentro do total de candidaturas femininas, e de homens negros, dentro do total de candidaturas masculinas; **(iii)** esses percentuais (mulheres, mulheres negras e homens negros) serão utilizados para definir o montante mínimo do FEFC a ser aplicado pelo partido, em todo o país: a) nas candidaturas femininas, observado, dentro deste grupo, o montante mínimo a ser aplicado a candidaturas de mulheres negras; b) nas candidaturas de homens negros. A fiscalização da aplicação dos percentuais mínimos será realizada pelo TSE apenas no exame das prestações de contas do diretório nacional.
>
> ii. O cálculo e a fiscalização da aplicação de recursos do Fundo Partidário em candidaturas de mulheres negras e de homens negros será realizado do seguinte modo: (i) havendo aplicação de recursos do Fundo Partidário em campanhas, o órgão partidário doador, de qualquer esfera, deverá destinar os recursos proporcionalmente ao efetivo percentual de a) candidaturas femininas, observado, dentro deste grupo, o volume mínimo a ser aplicado a candidaturas de mulheres negras; e candidaturas de b) homens negros; (ii) e a proporcionalidade será aferida com base nas candidaturas apresentadas no âmbito territorial do órgão partidário doador. A fiscalização da aplicação do percentual mínimo será realizada no exame das prestações de contas de campanha de cada órgão partidário que tenha feito a doação.

49 § 4º Havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do Fundo Partidário destinados a campanhas debe ser aplicado no financiamento das campanhas de candidatas na mesma proporção.

iii. Em ambos os casos – FEFC e Fundo Partidário –, os percentuais de candidatas negras e de candidatos negros serão definidos, a cada eleição, com base na autodeclaração da cor preta e da cor parda, lançada no formulário do registro de candidatura.

iv. Os critérios para a distribuição do FEFC, enviados pelos partidos políticos à Justiça Eleitoral para publicação, deverão ser compatibilizados com a destinação mínima de recursos em candidaturas de pessoas negras, nos termos ora fixados, sendo desnecessária a edição de ato complementar.

64. É como voto. (…) **NOTA:** Debido a la extensión de la sentencia no se la ha incorporado totalmente en esta publicación. La sentencia íntegra se puede revisar en la página del Tribunal Superior Eleitoral de Brasil

(https://www.tse.jus.br/).

Tribunal Contencioso Electoral
Tribunal Contencioso Electoral
@TCE_Ecuador
www.tce.gob.ec

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL DEL ECUADOR

0º

Tribunal Contencioso Electoral

Tribunal Contencioso Electoral

@TCE_Ecuador

www.tce.gob.ec

Programa de Naciones Unidas para el desarrollo

Unión Europea en Ecuador

Embajada de Suiza en el Ecuador

Cooperación Española