

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA INTERNACIONAL EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ELECTORAL:
LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL
Y LA JUSTICIA ELECTORAL EN EL ECUADOR**

Ab. Santiago Esteban Machuca Lozano

2011

Al presentar esta tesis como requisito previo a la obtención del grado de magíster en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando su reproducción no suponga una ganancia económica.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Ab. Santiago Esteban Machuca Lozano

Octubre 2011

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA
JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ELECTORAL:
LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL
Y LA JUSTICIA ELECTORAL EN EL ECUADOR**

Ab. Santiago Esteban Machuca Lozano

2011

Tutor: Dr. Agustín Grijalva Jiménez

RESUMEN

El propósito de la investigación que contiene esta tesis es aportar al conocimiento de la nueva jurisdicción especializada en materia electoral, que la Constitución del año 2008 creó como parte de la Función Electoral, y analizar la posibilidad, real o no, de realizar un control de constitucionalidad sobre sus resoluciones, como una de las garantías para la protección y el ejercicio de los derechos políticos.

Hacia ese objetivo, el trabajo parte de un contexto general al explicar los distintos sistemas contenciosos electorales que se aplican en la Región Andina y en dos sistemas prestigiosos de Derecho Electoral. De igual manera sobre estos mismos casos se explicará la forma en la que se realiza el control de constitucionalidad sobre las resoluciones de la jurisdicción contenciosa electoral.

Luego pasaremos a tratar el caso ecuatoriano, explicando la naturaleza jurídica del recién creado Tribunal Contencioso Electoral y la nueva legislación ecuatoriana en materia electoral.

Finalmente se analizará la posibilidad, real o no, de realizar un control de constitucionalidad sobre las resoluciones de la jurisdicción contenciosa electoral. Para lo cual se analizará dos fallos del Tribunal Contencioso Electoral y una sentencia emblemática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta manera partiremos de un contexto general descendiendo al estudio de un caso específico (la jurisdicción contenciosa electoral y el control de constitucionalidad sobre dicha jurisdicción especializada).

A mis padres Gonzalo y Piedad;

ejemplos de honestidad, responsabilidad, humildad y solidaridad

A mi esposa María Belén y a mi hijo Emilio Santiago

a quienes encontré en la búsqueda de mis sueños y se han convertido en mi razón de ser

A mis hermanos Marcos y Lourdes y a mis sobrinos.

Pero en especial a ARIEL NICOLÁS

quien todas las noches me mira desde una estrella

y quien se ha convertido en el cómplice de mi corazón.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
Capítulo 1. Justicia y Derecho Electoral: Análisis Comparado	15
1.1. Sistemas Contenciosos Electorales	15
Colombia	18
Perú	20
Venezuela	22
Bolivia	24
México	25
España	27
1.2. Sistemas de Control de Constitucionalidad de los actos contenciosos electorales	28
Colombia	30
Venezuela	31
Perú	32
Bolivia	33
México	33
España	35
Capítulo 2. El Tribunal Contencioso Electoral en el Ecuador	37
2.1. Naturaleza Jurídica del Tribunal Contencioso Electoral	38
2.1.1 Evolución del órgano electoral en el Ecuador	38
2.1.2 Finalidad de una jurisdicción especializada en materia electoral	40
1) Autonomía Funcional y Técnica de los Órganos Electorales	41
2) Imparcialidad e independencia de los órganos electorales	42
3) Establecimiento de garantías para la realización de la justicia electoral	43
2.1.3. Principio de unidad jurisdiccional	44

2.1.4. Órgano jurisdiccional	48
1) Carácter del órgano jurisdiccional	48
2) Jueces del Tribunal Contencioso Electoral	51
3) Sentencias (resoluciones jurisdiccionales) del Tribunal Contencioso Electoral	52
2.2. La nueva legislación electoral en el Ecuador: El Código de la Democracia y la Jurisdicción Especializada en Materia Electoral.	53
2.2.1 Competencias del Tribunal Contencioso Electoral	53
1) Competencias Constitucionales	53
2) Competencias Legales	55
2.2.2. Procedimiento Contencioso Electoral y Recursos Contenciosos Electorales para la Tutela de los Derechos Políticos	59
1. Recursos Contencioso Electorales	61
a) Recurso Ordinario de Apelación	62
b) Acción de Queja	64
c) Recurso Extraordinario de Nulidad	64
d) Recurso Extraordinario de Revisión	64
2. Infracciones Electorales	65
a) Las realizadas por los sujetos políticos	66
b) Las realizadas por los medios de comunicación	66
c) Las realizadas por autoridades y servidores públicos	66
d) Las realizadas por la ciudadanía en general	67
Capítulo 3. Justicia Electoral y el Control de Constitucionalidad en el Ecuador.	68
a. Acción de Inconstitucionalidad	70
b. Acción de Protección	71
c. Acción Extraordinaria de Protección	71
3.1. Estado actual del Control de Constitucionalidad sobre los Actos de la	

Justicia Electoral en el Ecuador y la Tutela de los Derechos de Participación Política	72
3.1.1. Control Abstracto y Acción de Inconstitucionalidad	72
3.1.2. Control Concreto: Acción de Protección y Acción Extraordinaria de Protección	73
3.2. Análisis de Casos: Jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia electoral y derechos políticos y de participación.	79
3.2.1. Jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral	79
SENTENCIA 361-2009-TCE	80
a) Introducción	80
b) Argumentación del Tribunal Contencioso Electoral	80
c) Decisión del Tribunal Contencioso Electoral	83
d) Análisis del Caso: Conclusiones	83
AUTO DE INADMISION. CAUSA 054-2010-TCE	84
a) Introducción	84
b) Argumentación del Tribunal Contencioso Electoral	85
c) Decisión del Tribunal Contencioso Electoral	87
d) Análisis del Caso: Conclusiones	87
3.2.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	88
CASO CASTAÑEDA GUTMAN VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	89
a) Introducción	89
b) Argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	93
c) Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	102
d) Análisis del Caso: Conclusiones	103
CONCLUSIONES	108

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca realizar un análisis sobre la nueva jurisdicción especializada en materia electoral y sobre la posibilidad real de realizar un control de constitucionalidad sobre las resoluciones de la misma en época electoral. Dicho análisis es importante debido a cuatro razones fundamentales:

– La primera razón es que la Constitución de la República del Ecuador aprobada en el año 2008 crea un nuevo órgano que es parte de la Función Electoral. La Función Electoral deja de estar integrada por un solo órgano –el Tribunal Supremo Electoral, TSE–, y se divide en dos órganos: 1) el Consejo Nacional Electoral –CNE–, y 2) el Tribunal Contencioso Electoral –TCE–. El TCE tiene el carácter de órgano jurisdiccional especializado en materia electoral y sus resoluciones ya no tienen el carácter de actos administrativos sino de sentencias.

– La segunda razón de importancia de este análisis es que la creación de este nuevo órgano se da en un contexto de cambios en el paradigma constitucional. La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 se caracteriza por ser eminentemente garantista al reconocer que los derechos son de inmediata y directa aplicación, ya que no necesitan de un desarrollo normativo para poderse aplicar¹. Los derechos humanos son plenamente justiciables en juzgados y tribunales de la República estableciéndose la obligación a todo servidor público (incluido el judicial) de aplicar los derechos y garantías en la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos.²

¹ Art. 11 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador

² Art. 11 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador.

De otro lado se establece que será inconstitucional toda norma o acto que restrinja el contenido y el desarrollo de los derechos humanos³. No solo de los derechos reconocidos en la Constitución sino también de los reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos así como también de los demás derechos que se deriven de la dignidad de las personas.⁴

– La tercera, y tal vez la más importante razón para realizar este análisis, es que la Constitución a más de reconocer una gama de derechos antes no reconocidos, establece la necesidad de dotarles a los mismos de garantías efectivas para su tutela y protección. En este sentido, al reconocer los derechos políticos (denominados en el texto constitucional como derechos de participación), en la Constitución se cumple con dotarles de garantías primarias o normativas. Pero, al establecer la posibilidad de plantear recursos efectivos ante un órgano jurisdiccional especializado en materia electoral como el TCE se cumple con dotarles de garantías secundarias o jurisdiccionales. En esto se traduce la finalidad de la jurisdicción especializada en materia electoral, no solo el control de legalidad de los actos político electorales superando el principio de oportunidad o negociación política; sino también en buscar el acceso, ejercicio y protección de los derechos políticos.

– La cuarta razón se deriva de la tercera y es la de reconocer la importancia y trascendencia de los derechos políticos que llevan a la creación de una jurisdicción especializada en materia electoral. Por consiguiente podemos decir que los derechos políticos son aquellos atributos que hacen efectiva la participación del ser humano

³ Art. 11 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁴ Art. 11 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador.

dentro del Estado⁵. Los derechos políticos no solo son reconocidos para los ciudadanos y ciudadanas nacionales, porque bajo ciertas condiciones específicas se los reconoce también a extranjeros o extranjeras, tal como lo señala el último inciso del Art. 61 de la Constitución de la República del Ecuador.

Para Juan Carlos Silva los derechos políticos no se agotan en el simple derecho al voto y a ser elegido. Son manifestaciones que posibilitan y permiten desarrollar ciertas características del sistema democrático como por ejemplo la participación directa o indirecta de los individuos y colectivos en la formación de la voluntad estatal. El derecho a elecciones libres, auténticas y periódicas; el derecho al voto universal, secreto, directo, intransferible y personal; el derecho a ocupar cargos públicos en condiciones de igualdad; la libre expresión ideológica y política; la libre reunión y asociación; la defensa de la institucionalidad democrática y la protección de los asilados por razones ideológico-políticas⁶.

Los derechos políticos son reconocidos como derechos humanos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en lo que se conoce como la universalización de los derechos políticos⁷. En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos dichos derechos se han desarrollado a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos. La Convención incluye una serie de derechos específicos como el derecho al voto secreto, el derecho a elecciones auténticas y

⁵ Sonia Picado, "Derechos Políticos como Derechos Humanos", en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 48

⁶ Juan Carlos Silva Adaya, "Defensa Integral de los Derechos Políticos propios de la Democracia Participativa" en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p 1226.

⁷ Sonia Picado, "Derechos Políticos como Derechos Humanos", en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 49.

periódicas, el derecho a participar en el gobierno, el derecho al sufragio universal, y el derecho al desarrollo de éstos en igualdad de condiciones.⁸

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han constituido en una fuente de derechos que nos muestran el reconocimiento que hacen a los Derechos Políticos como derechos humanos, superando criterios erróneos como el separar a los derechos civiles como fundamentales y a los derechos políticos como accesorios.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado una amplia interpretación del contenido, alcances y restricciones de los derechos políticos. Así, ha sostenido que el ejercicio de los derechos políticos debe darse de acuerdo a las normas del debido proceso. En este sentido la Corte señala que la importancia de los derechos políticos están debidamente señalados en el art. 27 en donde se prohíbe su suspensión y se ordenan las debidas garantías jurisdiccionales para éstos. Además dicho artículo señala que estos derechos políticos propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político.⁹

De igual forma la Corte es del criterio de que la reglamentación de los derechos políticos se debe dar de acuerdo con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral. En cuanto al principio de necesidad este exige que los requisitos no deben ser discriminatorios y deben basarse en criterios razonables, atendiendo a un propósito útil y oportuno que los torne necesarios

⁸ *Ibidem*, p. 54.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Yatama vs Nicaragua, párrafos 178 b, 191, 192, 199, 205, 206, 207.

para satisfacer un interés público imperativo. Por último, en lo referente a la proporcionalidad esta impone que cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor relación con el propósito que se persigue¹⁰.

También existen otros instrumentos y convenciones internacionales que establecen mecanismos de protección de los derechos políticos como es el caso del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos. Este Pacto consagra, por ejemplo, ciertos derechos básicos como la libertad de expresión, reunión, asociación; así como el derecho al sufragio, a la participación y al acceso a cargos públicos¹¹. De la misma manera, la Carta de la Organización de Estados Americanos (entre otros instrumentos internacionales), señalan a la democracia representativa como una forma básica para el ejercicio de los derechos; pues, los gobiernos elegidos popular y democráticamente son los que garantizan el cumplimiento de los derechos humanos.¹²

De esta manera podemos sostener que los derechos humanos no se los crea ni son el fruto de una concesión hecha por la autoridad, son, simplemente, el reconocimiento de los atributos y condiciones básicas de la dignidad de las personas. En este sentido, el ideal de protección y reparación de los derechos políticos y de participación democrática ante lesiones o violaciones introduce la necesidad de crear una jurisdicción especializada en materia electoral que sea la encargada de proteger, desarrollar y hacer efectivo los Derechos Políticos como derechos humanos.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sonia Picado, "Derechos Políticos como Derechos Humanos", en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 53 y 54

¹² Juan Carlos Silva Adaya, "Defensa Integral de los Derechos Políticos propios de la Democracia Participativa" en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 1227.

Por todo lo antes expuesto, el presente trabajo partirá de un contexto general acudiendo al estudio del derecho comparado analizando en un primer momento los sistemas contencioso electorales existentes haciendo especial énfasis en los que se aplican en la región andina (Perú, Bolivia, Colombia, Venezuela y Ecuador) y en jurisdicciones prestigiosas (México y España). De igual forma, dicho análisis explicará en cada caso el sistema de control de constitucionalidad que se aplica, dependiendo de la forma en que se realiza el control concreto de constitucionalidad.

Luego de esto, en un segundo momento, nos centraremos en la nueva jurisdicción contenciosa electoral analizando la naturaleza jurídica del recién creado Tribunal Contencioso Electoral. De igual forma, se analizará la nueva legislación en materia electoral específicamente la Ley Orgánica de Electoral y de Organizaciones Políticas, denominada Código de la Democracia.

Finalmente se analizará la posibilidad real, o no, de realizar un control de constitucionalidad sobre las resoluciones de la jurisdicción contenciosa electoral que permitan una tutela efectiva de los derechos políticos en el Ecuador. Para este fin se realizará un análisis de casos remitiéndose al estudio de dos fallos del Tribunal Contencioso Electoral y de una sentencia emblemática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta manera partiremos de un contexto general descendiendo al estudio de un caso específico (la jurisdicción contenciosa electoral y el control de constitucionalidad sobre dicha jurisdicción especializada).

CAPITULO 1. JUSTICIA Y DERECHO ELECTORAL: ANALISIS COMPARADO

1.1. Sistemas Contenciosos Electorales

Los sistemas contenciosos electorales son los diversos medios administrativos y jurídico–procesales de impugnación, control de legalidad y control de constitucionalidad de los actos electorales. Estos medios jurídicos pueden ser los procesos judiciales, los recursos contenciosos y demás reclamos de actos y procedimientos electorales. Estos son utilizados para garantizar las elecciones, proteger los derechos políticos y repararlos ante posibles violaciones y juzgar y sancionar las infracciones electorales.

Podríamos sostener que los sistemas contenciosos electorales se clasifican de acuerdo a dos criterios: 1) Por la estructura del poder electoral y las competencias de sus órganos, y 2) Por el órgano ante quien se pueden presentar impugnaciones a las resoluciones electorales.

En lo que se refiere a la estructura del poder electoral, en América Latina, por lo general, está integrada por dos órganos: 1) El encargado de organizar las elecciones y todo lo que ello implica, y del control y regulación de las organizaciones políticas (órgano administrativo); y 2) El encargado de conocer los reclamos e impugnaciones a los actos del órgano encargado de administrar el proceso de elecciones (órgano jurisdiccional).

Atendiendo al criterio del órgano, existe una multiplicidad de posibilidades al momento de presentar impugnaciones o apelaciones a las resoluciones electorales. En unos países se presentan únicamente ante el órgano administrativo de las elecciones, en otros solo se presentan ante el órganos jurisdiccional y en otros se pueden presentar en

dos instancias, primero ante el órgano administrativo y luego ante el órgano jurisdiccional.

Los sistemas contenciosos electorales, de acuerdo con Jesús Orozco se dividen, por la forma de integración, en: 1) Los integrados por recursos administrativos, 2) los integrados por recursos procesales o jurisdiccionales, y 3) los sistemas que están integrados por un recurso político cuyos recursos se presentan ante un órgano político como el legislativo¹³. De esta manera existen cuatro sistemas contenciosos electorales: 1) El sistema contencioso electoral administrativo, 2) El sistema contencioso electoral jurisdiccional, 3) El sistema contencioso electoral mixto, que está integrado por recursos administrativos y jurisdiccionales, y 4) El sistema contencioso electoral político.

En el contencioso electoral administrativo todos los recursos contenciosos electorales son planteados ante el órgano encargado del control, organización, dirección y vigilancia de los procesos electorales. El recurso es propuesto ante el mismo órgano del cual emanó el acto que se impugna, es decir, las controversias solo se ventilan en sede administrativa. En este caso, el órgano electoral administrativo tiene una instancia superior y varios órganos desconcentrados, y esta instancia superior puede conocer recursos contra los actos de los órganos desconcentrados. Este sistema lo teníamos en nuestro país con el Tribunal Supremo Electoral y los Tribunales Electorales Provinciales, además, este sistema se aplica en Nicaragua, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay y la República Dominicana.¹⁴

¹³ Jesús Orozco, "El Contencioso Electoral La calificación electoral", en Dieter Nohlen, et al., comp., en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 1155 y 1156.

¹⁴ *Ibíd*em, p. 1175 y 1176.

En el Contencioso Electoral Jurisdiccional, los recursos contra resoluciones u actos del poder electoral se desarrollan en instancias netamente judiciales como juzgados y tribunales. Estos recursos pueden ser presentados en la misma jurisdicción ordinaria, o en salas o instancias especializadas en materia electoral dentro de la Función Judicial (como es el caso del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México) o fuera de ella (como es el caso del Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador).

En el contencioso electoral mixto la impugnación de los actos electorales se realizan en dos vías, una en sede administrativa y otra en sede jurisdiccional. Por ejemplo, este es el caso de Colombia, en donde las impugnaciones a los actos electorales se realizan ante el Consejo Nacional Electoral en sede administrativa, pudiendo dichas resoluciones, a su vez, ser apeladas ante la jurisdicción contenciosa administrativa.¹⁵

El sistema contencioso electoral administrativo, el sistema contencioso electoral jurisdiccional y el sistema contencioso electoral mixto son sistemas contemporáneos, mientras que los únicos países que mantienen un sistema contencioso electoral político son Suiza e Italia¹⁶.

Ahora bien, partiendo de estas consideraciones conceptuales, es necesario empezar con el análisis comparado de los distintos sistemas contenciosos electorales de algunos de los países de la región. En especial es necesario considerar los casos de los países de la región andina (Colombia, Venezuela, Perú y Bolivia) ya que nuestro país es parte de este proceso de integración, el cual ha tenido una incidencia directa en nuestro

¹⁵ *Ibidem*, p. 1176, 1177 y 1180

¹⁶ *Ibidem*. p. 1157.

ordenamiento jurídico. Además analizaremos el caso de México por su papel relevante en el desarrollo del derecho electoral y de la jurisprudencia en esa materia. Por otro lado, es importante considerar el caso español el cual, junto con el colombiano, se han convertido en sistemas jurídicos prestigiosos de desarrollo constitucional.

En el análisis comparado se deberá tomar en cuenta los siguientes elementos: El tipo de sistema contencioso electoral, los órganos que conforman la función electoral y el carácter del órgano jurisdiccional (es decir si es parte o no de la Función Judicial).

Colombia

En Colombia el sistema contencioso electoral es mixto¹⁷, con un órgano jurisdiccional no especializado que es parte de la justicia ordinaria. El poder electoral lo conforma el Consejo Nacional Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil y varios órganos temporales que actúan solo en época electoral, como los jurados de votación, las comisiones escrutadoras zonales y municipales y los delegados del Consejo Nacional Electoral¹⁸.

El Consejo Nacional Electoral tiene como competencias inspeccionar y vigilar el desarrollo de las elecciones, realizar el escrutinio nacional, consolidar los resultados y hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales. La Registraduría Nacional del Estado Civil, por su parte es la encargada de elaborar el padrón de electores en base a la identificación de las personas¹⁹. El Jurado Nacional de Votación es el encargado del cómputo, contabilización y calificación de los votos; las comisiones escrutadoras zonales y municipales son los encargados de la contabilización y cómputo

¹⁷ Antonio José Lizardo Ocampo, "El contencioso y la jurisprudencia electoral en Colombia", en El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 83

¹⁸ *Ibíd.*, p. 87

¹⁹ *Ibíd.*, p. 89

de los votos en dichas zonas. En materia de reclamaciones estos órganos temporales solo pueden atender lo referente al recuento de votos en su respectiva zona de desempeño. Por su parte los delegados del Consejo Nacional Electoral tienen como función integrar las actas de escrutinio de las comisiones zonales, municipales y distritales para realizar el escrutinio parcial de la votación nacional.²⁰

Los reclamos, impugnaciones y apelaciones de los actos del Consejo Nacional Electoral se los realiza ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta jurisdicción está conformada por el Consejo de Estado, los Tribunales y los Juzgados Administrativos. Solo el Consejo de Estado es el encargado de conocer los procesos de nulidad de los actos del Consejo Nacional Electoral. El Consejo de Estado está conformado por 27 magistrados y está dividido en tres salas: la Plena, la de lo Contencioso Administrativo y la de la Consulta y Servicio Civil.²¹

La vía administrativa se da en dos casos: 1) Cuando se realizan reclamaciones ante los delegados del Consejo Nacional Electoral, por las reclamaciones no resueltas que se hayan hecho ante las comisiones escrutadoras y las que se hagan por primera vez ante esta instancia. 2) Cuando se realizan reclamaciones ante el Consejo Nacional Electoral, por las reclamaciones no resueltas por sus delegados, por desacuerdos en las decisiones de su competencia y por reclamaciones que se hagan por primera vez ante esta instancia²²

La vía jurisdiccional o acción electoral se la realiza ante el Consejo de Estado que tramita las solicitudes de nulidad de los actos del Consejo Nacional Electoral, esta es una especie de acción pública de nulidad que por su naturaleza busca el

²⁰ Ibídem, p. 87, 88.

²¹ Ibídem, p. 90

²² Ibídem, p. 98,99.

mantenimiento del orden jurídico general, y sirve tanto como control de constitucionalidad como de legalidad de dichos actos.²³

Ni la acción electoral ni la vía administrativa ante el Consejo Nacional Electoral tiene como objeto el control de constitucionalidad de las leyes, ni el juzgamiento de los delitos electorales, ni el control de legalidad de los actos administrativos de carácter general en materia electoral.²⁴ Los delitos electorales son competencia de la jurisdicción penal ordinaria. El control de legalidad de los actos administrativos de carácter general tiene su propio procedimiento que es la acción pública de nulidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa.²⁵ Y el control de constitucionalidad lo desarrollaremos más adelante dentro del análisis comparado de los sistemas de control de constitucionalidad.

Perú.

El tipo de contencioso electoral en el Perú es discutible, si bien varios autores sostienen que es eminentemente jurisdiccional²⁶, podríamos sostener que es un sistema contencioso mixto, ya que el órgano jurisdiccional especializado en materia electoral también realiza actividades administrativas como la elaboración de padrones y la emisión de credenciales, etc.²⁷ El órgano jurisdiccional electoral no forma parte de la

²³ *Ibíd*em, p. 101.

²⁴ *Ibíd*em, p. 84

²⁵ *Ibíd*em, p. 84

²⁶ “La justicia que imparte el JNE, debido a sus peculiares características de especialización y de imposibilidad de revisión por otra instancia, se enmarca dentro de un sistema meramente jurisdiccional. Teniendo en consideración que el JNE no es un organismo vinculado funcional ni administrativamente al Poder Judicial, no podemos calificar la justicia que imparte como ordinaria, aun cuando sus efectos sean los mismos, pues sus resoluciones, que atienden conflictos de naturaleza preclusiva, tienen rango de cosa juzgada y no pueden ser materia de acción de ninguna naturaleza.” Véase: José Luis Echavarría Escibens, “Estudio sobre lo contencioso y la jurisprudencia electoral en el Perú”, en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 451 y 452.

²⁷ José Luis Echavarría Escibens, “Estudio sobre lo contencioso y la jurisprudencia electoral en el Perú”, en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 448.

Función Judicial si no que es parte de la propia función electoral (o del sistema electoral como se conoce a la función electoral en el Perú).²⁸

La función electoral del Perú está formada por el Jurado Nacional de Elecciones que es el órgano jurisdiccional especializado en materia electoral, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Estos tres órganos son autónomos y mantienen permanente coordinación.²⁹

El Jurado Nacional de Elecciones tiene entre sus competencias ser el único responsables del contencioso electoral, además debe fiscalizar: la legalidad del ejercicio del sufragio, de la realización de los procesos electorales, de la elaboración de los padrones electorales, ser custodio del registro de organizaciones políticas, expedir credenciales, proclamar los resultados y resolver en última y definitiva instancia las tachas formuladas contra la inscripción de candidatos.³⁰

El pleno del Jurado Nacional de Elecciones debe, además, resolver las impugnaciones que se presenten durante el proceso electoral. Sus resoluciones son de última y definitiva instancia y no procede contra estas recurso alguno. El Jurado Nacional de Elecciones cuenta con órganos descentralizados temporales que se establecen en cada circunscripción electoral, estos administran justicia en primera instancia en los casos señalados en la ley, estos órganos descentralizados se llaman Jurados Electorales Especiales.³¹

La Oficina Nacional de Procesos Electorales es la encargada de organizar todos los procesos electorales como referéndums, elecciones y consultas populares. Además,

²⁸ *Ibidem*, p. 452

²⁹ *Ibidem*, p. 447

³⁰ *Ibidem*, p. 448

³¹ *Ibidem*, 448,449

es el que se encarga del diseño de la cédula del sufragio, escrutinio y difusión de resultados. De la misma, manera dicho órgano también cuenta con órganos descentralizados temporales establecidos en cada circunscripción territorial llamados Oficinas Descentralizadas de Procesos Electorales.³²

Por último el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es el único de los tres organismos electorales que mantiene una estructura permanente descentralizada en el país, sus competencias no solo son en el campo electoral si no en otros varios como la identificación, registro de nacimientos, matrimonios, defunciones, etc. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es el encargado de la creación y depuración del padrón electoral.³³

La única vía de reclamos, impugnaciones o apelaciones es jurisdiccional así los recursos de tacha realizados contra la inscripción de candidatos y designación de miembros de las juntas receptoras del voto, se las realiza ante el jurado especial electoral de la circunscripción electoral respectiva. El Jurado Nacional de Elecciones conoce los recursos de impugnación contra el diseño de cédulas del sufragio, el recurso de nulidad de elecciones y la tacha contra inscripción de candidatos nacionales.³⁴

Venezuela

En Venezuela se establece un sistema contencioso electoral mixto, el órgano jurisdiccional es especializado en materia electoral y forma parte de la función judicial. Los órganos que forman parte de la función electoral son el Consejo Nacional Electoral

³² *Ibíd*em, 450

³³ *Ibíd*em, 450

³⁴ *Ibíd*em, 454.

como ente rector del poder electoral, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento³⁵.

El Consejo Nacional Electoral es el órgano rector de la función electoral, siendo el encargado de organizar y coordinar todo lo relativo a los procesos electorales, además dirige toda la actividad de los demás órganos subordinados dentro de dicho poder. Este órgano colegiado está conformado por cinco miembros, que son elegidos por la Asamblea Nacional de las lista de candidatos que prepara el Comité de Postulaciones Electorales.³⁶

Además el Art. 292 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que a más del Consejo Nacional Electoral coexistirán otros órganos, que si bien no forman parte de su estructura le son subordinados. Estos órganos son:

1. La Junta Nacional Electoral que dirige y coordina todos los actos relativos a los procesos electorales y referendos, tiene a su vez otros órganos subordinados como las juntas regionales, las juntas municipales, las mesas electorales, las juntas metropolitanas y las juntas parroquiales.
2. La Comisión de Registro Civil y Electoral que es la encargada de recabar y mantener toda la información sobre el estado civil de las personas está conformada por la Oficina Nacional de Registro Civil del Poder Electoral y la Oficina Nacional de Registro Civil e Identificación y,

³⁵ Michael Nuñez Torres, "Las instituciones electorales en el ordenamiento jurídico constitucional venezolano" en El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 609

³⁶ Ibídem, p. 611

3. La Comisión de Participación Política y Financiamiento, la cual promueve la participación ciudadana en las decisiones públicas.³⁷

La jurisdicción contenciosa electoral de acuerdo con el Art. 297 de la Constitución venezolana recae en la Sala de lo Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (función judicial). Esta sala según el Art. 5 ordinales 45 y 46 tiene la competencia de conocer los recursos que se ejerzan contra actos, actuaciones y omisiones relacionados con la constitución, denominación, financiamiento y cancelación de las organizaciones política; designación de miembros de organismos electorales, del registro electoral permanente y la elección de candidatos. Además esta sala es competente para conocer los fallos emanados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que tiene competencia en materia electoral en primera instancia dependiendo del órgano electoral del cual emane el acto que se recurra.³⁸

Bolivia

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia establece un sistema contencioso electoral puramente administrativo. El máximo órgano electoral es el Tribunal Supremo Electoral que tiene jurisdicción nacional y concentra las funciones de: 1) Administrar las elecciones, 2) conocer y resolver los actos contenciosos jurisdiccionales en materia electoral y 3) elaborar el padrón electoral.³⁹

³⁷ *Ibíd*em, p. 613

³⁸ *Ibíd*em, p. 614,615,616.

³⁹ José Luis Exeni Rodríguez, "Un órgano electoral para la demo diversidad", en la Nueva Constitución de Bolivia, Varios Autores, La Paz, Instituto para la Democracia y Asistencia Electoral-Vicepresidencia de la República de Bolivia-Universidad Mayor de San Andrés, 2010, p. 439.

El Tribunal Supremo Electoral cuenta con órganos descentralizados llamados Tribunales Electorales Departamentales, que a su vez cuentan con organismos auxiliares ocasionales llamados juzgados, jurados de las mesas de sufragio y notarios electorales.⁴⁰

Al Tribunal Supremo Electoral de Bolivia se lo denomina órgano plurinacional electoral y está conformado por siete miembros, estableciéndose la obligación de que el máximo órgano electoral esté integrado por un mínimo de dos miembros que sean representantes de las comunidades indígenas y campesinas. De la misma manera para el caso de los Tribunales Electorales Departamentales el imperativo es que, por lo menos, esté integrado por un miembro de ese sector de la población.⁴¹

La función legislativa (llamada Asamblea Nacional Plurinacional de Bolivia) es la encargada de elegir a los seis miembros de las ternas que envíen las organizaciones indígenas y campesinas, los movimientos sociales y los partidos políticos, luego de un concurso de oposición y merecimiento. El Presidente de la República designará a su delegado en el Tribunal.⁴²

México

Como sostuvimos anteriormente México es un caso emblemático ya que es el país de más desarrollo en materia de derecho electoral. México tiene un sistema contencioso electoral mixto. Los órganos que forman la función electoral son: el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que es el máximo órgano jurisdiccional en materia electoral; y el Instituto Federal de Elecciones –IFE– que es el

⁴⁰ Art. 205 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.

⁴¹ José Luis Exeni Rodríguez, “Un órgano electoral para la demo diversidad”, en la Nueva Constitución de Bolivia, Varios Autores, La Paz, Instituto para la Democracia y Asistencia Electoral-Vicepresidencia de la República de Bolivia-Universidad Mayor de San Andrés, 2010, 438 y 439.

⁴² Art. 206,207,208 y 209 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia

órgano administrativo ante quien se puede presentar un recurso en vía administrativa llamado recurso de revisión.⁴³

El IFE es un organismo público autónomo encargado de administrar las elecciones federales (para Presidente, senadores y diputados del Congreso de la Unión Mexicana). El IFE está formado por un Consejo General como órgano superior de dirección, órganos delegacionales para las 32 entidades federativas y órganos distritales para los 300 distritos electorales uninominales.⁴⁴

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es un órgano especializado en materia electoral pero que pertenece al Poder Judicial. Este tribunal es el máximo órgano jurisdiccional en lo electoral, no solo controla la legalidad de los actos electorales sino también su constitucionalidad, salvo la constitucionalidad de las leyes o normas electorales que es competencia de la Suprema Corte de la Nación.⁴⁵

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Mexicana está conformado por una sala superior y cinco salas regionales. La sala superior está conformada por siete miembros y es permanente, en cambio las cinco salas regionales son ocasionales (solo época electoral) y están formadas por 3 magistrados cada una. Por lo general la mayoría de recursos se los resuelve en única instancia, pero existen otros recursos que se los evacúa en doble instancia.⁴⁶

Existe además una Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales que depende de la Procuraduría General del República (Fiscalía General del Estado) que

⁴³ Jesús Orozco Henríquez y Armando Maitret Hernández, "El sistema contencioso electoral y criterios jurisprudenciales relevantes" en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 308

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 309

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 316.

es la encargada de perseguir los delitos electorales en el ámbito electoral establecidos en el Código Penal Federal. En este caso los tribunales penales federales son los encargados de juzgar y establecer la pena respectiva.

España.

En España se desarrolla un sistema contencioso electoral mixto. La función electoral está compuesta por las Juntas Electorales: central, zonal y autonómica y las mesas electorales.⁴⁷ También hay la Oficina del Censo Electoral que tiene sus delegaciones provinciales y es adscrita al Instituto Nacional de Estadística, pero que coordina con la Junta Central Electoral en lo relativo a la elaboración del censo o padrón electoral.⁴⁸ El órgano jurisdiccional ante el cual se pueden impugnar las resoluciones de la administración electoral no es especializado en materia electoral, sino que es parte de la justicia ordinaria (función judicial).

Ante la vía administrativa se resuelven quejas, reclamaciones y recursos, los cuales se plantean ante la Junta Electoral Central por las resoluciones de las mesas electorales y de las juntas territoriales electorales.⁴⁹

En lo que se refiere a las garantías jurisdiccionales, estas se ventilan ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ante los juzgados penales en el caso de delitos y faltas electorales, ante la jurisdicción de lo civil y ante el Tribunal Constitucional en el caso del recurso de amparo contra las decisiones electorales.

⁴⁷ Art. 8 numeral 2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de España

⁴⁸ Art. 29 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de España

⁴⁹ Lorenzo Cotino, "Procedimiento Electoral", en Universidad de Valencia, Diploma en Asistencia electoral y Observación Electoral Internacional Modulo II Procesos Electorales Características Generales y Experiencias Comparadas, Valencia, Universidad de Valencia, 2010, p. 23.

Se pueden impugnar o reclamar por vía jurisdiccional las resoluciones de la oficina del censo electoral, los actos y las resoluciones de la administración electoral, la proclamación de candidatos y candidatas, la proclamación de candidatos y candidatas electos, la admisión o nulidad de elecciones, delitos e infracciones electorales.⁵⁰

1.2. Sistemas de Control de Constitucionalidad de los actos contenciosos electorales.

Dentro de este tema hay que hacer una diferenciación entre dos tipos de control de constitucionalidad: el control abstracto y el control concreto. El control abstracto es el que se realizan observando a un acto normativo (como la ley) o a un acto con efectos generales sin considerar sus efectos en un caso particular, si no que se considera su generalidad para determinar si está conforme con la Constitución.

El control de constitucionalidad abstracto es una garantía que permite que todos los actos de los poderes públicos y de los particulares guarden concordancia con lo que dispone la Constitución formal y material. Es decir no solo busca establecer que los actos y las resoluciones sean dictados por la autoridad competente encargada de hacerlo y de acuerdo al procedimiento establecido, sino que también busca que no se restrinjan el acceso, goce, ejercicio y desarrollo de los derechos de las personas y colectivos.⁵¹ De esta manera, al garantizar la supremacía de la Constitución, se garantiza también la supremacía de los derechos humanos por sobre toda norma o acto de poder.

El control de constitucionalidad abstracto implica reconocer que el trabajo del legislador, y también de otras autoridades públicas, no siempre es el correcto y que puede ser perfectible al ajustar el contenido de la ley y de los demás actos del poder

⁵⁰ *Ibíd*em, p. 25,26,27

⁵¹ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 31 y 32

público a la pluralidad de valores e intereses reconocidos en la Constitución⁵² (y desde luego en los instrumentos internacionales que reconozcan derechos más favorables que los que reconoce la Constitución). Carlos Bernal Pulido sostiene que el control de constitucionalidad es:

[...] una garantía de la Constitución, pero sobre todo de los derechos fundamentales. Es un mecanismo contra mayoritario que pretende impedir que las libertades de los individuos, y sobre todo de las minorías, queden al albur de la política de turno⁵³.

Ahora bien, en el control de constitucionalidad concreto, se valora los efectos de un acto normativo o acto con efectos generales sobre un caso particular, permitiendo de esta manera la tutela y reparación de los derechos fundamentales en un caso determinado. La acción de amparo (la acción de protección o de tutela) es una forma de control concreto⁵⁴, aunque esta también se la pueda plantear contra un acto con efectos particulares.

En el caso del control de constitucionalidad sobre las sentencias o fallos de los contenciosos electorales (control concreto), se ha diseñado una serie de sistemas o métodos y su clasificación depende del órgano que realiza el control de constitucionalidad.

Así por ejemplo, un sistema de control de constitucionalidad sobre los fallos de los contenciosos electorales, es el que somete los actos de dicha jurisdicción al control

⁵² Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 211, 212 y 213.

⁵³ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 29.

⁵⁴ Edgar Corzo Sosa, "El control de constitucionalidad en materia electoral", en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 955

de los tribunales o cortes constitucionales⁵⁵. En algunas legislaciones se les ha otorgado a los Tribunales Constitucionales la capacidad de ser instancias procesales sobre las cuales operan los mecanismos de impugnación en contra de los actos de los contenciosos electorales por cuestiones de constitucionalidad. Tal es el caso de El Salvador en donde las resoluciones del contencioso electoral pueden impugnarse en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. También se establecen recursos especiales, como es el caso de Guatemala, en donde se establece el recurso extraordinario de amparo ante la Corte Suprema de Justicia, pudiendo esta ser recurrida en apelación ante la Corte de Constitucionalidad.⁵⁶

De otro lado, están los sistemas que establecen que el control de constitucionalidad y la tutela de los derechos políticos los realizará el mismo órgano jurisdiccional en materia electoral, es decir, el mismo contencioso electoral jurisdiccional.

Ahora bien, continuando con el análisis comparado, expondremos qué sistemas de control de constitucionalidad sobre la jurisdicción electoral se aplican en los países antes señalados, poniendo especial énfasis en el caso de México y España por las consideraciones antes expuestas:

Colombia.

En Colombia el control de constitucionalidad de las leyes electorales es competencia exclusiva de la jurisdicción constitucional; la Corte Constitucional es la encargada de conocer la acción pública de inconstitucionalidad. De la misma manera,

⁵⁵ Jesús Orozco, "La relación entre justicia constitucional y justicia electoral", conferencia dictada en el *Seminario Internacional de Derecho y Justicia Electoral*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 23-24.11.09

⁵⁶ Jesús Orozco, "El Contencioso Electoral La calificación electoral", en Dieter Nohlen, et al., comp., en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 1179 y 1180.

los ciudadanos y ciudadanas pueden acudir ante cualquier juez y plantear la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales, entre ellos de los derechos políticos.⁵⁷ Sin embargo, la acción electoral (recurso contencioso electoral para el control de legalidad) también puede plantearse por cuestiones de inconstitucionalidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa (Consejo de Estado).⁵⁸ De igual forma hay que recordar que en Colombia procede la acción de inconstitucionalidad contra actos administrativos de carácter general y la acción de tutela contra decisiones judiciales que bien podrían aplicarse en asuntos de materia electoral.

Venezuela

En Venezuela el Control de Constitucionalidad se lo puede realizar ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando los actos de los que se recurre son de ejecución directa de la Constitución.⁵⁹ La Sala Electoral del Tribunal Supremo de

⁵⁷ Antonio José Lizardo Ocampo, "El contencioso y la jurisprudencia electoral en Colombia", en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 84

⁵⁸ *Ibídem*, p. 101

⁵⁹ Esto significa que la Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela solo tendrá competencias para: 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución. 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella. 3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución. 4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta. 5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación. 6. Revisar en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República. 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. 8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer. 9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualquiera de los órganos del Poder Público. 10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva. 11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley. Ver: Art. 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Justicia conoce sobre cuestiones de inconstitucionalidad en tres casos: 1) En los actos del Poder Electoral, tanto los relativos a los comicios como lo relativos a su organización y funcionamiento. 2) En los actos electorales que emanen de los gremios, sindicatos, colegios profesionales y sociedad civil. 3) En los actos relacionados con los medios de participación y protagonismo del pueblo en el ejercicio de su soberanía.⁶⁰

La Sala Electoral también es competente para conocer acciones de amparo, cuando se traten de actos sustancialmente electorales y que hayan sido dictados por órganos administrativos que se encuentren contemplados en el Art. 8 de la Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales.⁶¹

Perú.

En Perú hasta el 2007 las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones eran inapelables aún en la jurisdicción constitucional debido a las disposiciones señaladas en los Art. 142 y 181 de la Constitución.⁶² En el 2007 el Tribunal Constitucional mediante sentencia al expediente 007-2007-PI/TC referido a una demanda de inconstitucionalidad del artículo único de la ley 28624 que reforma el artículo 5.8 de la Constitución sostuvo que todas las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son revisables en sede constitucional a través de los procesos constitucionales.⁶³

Entre los argumentos del juez constitucional tenemos la vinculación del derecho interno con el derecho internacional en especial con las normas y jurisprudencias internacionales en materia de derechos humanos. Dicha jurisprudencia sostiene que la

⁶⁰ Michael Nuñez Torres, "Las instituciones electorales en el ordenamiento jurídico constitucional venezolano" en El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 615.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 617.

⁶² Luis Castillo Córdova, El Tribunal Constitucional Peruano y su dinámica jurisprudencial, Lima, Palestra Editores, 2008, p. 295.

⁶³ *Ibíd.*, p. 296, 297.

actuación de los poderes del Estado –en este caso del poder electoral– no puede desenvolverse al margen de la vigencia de los derechos humanos, el respeto de los derechos humanos para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un límite para la actuación estatal.⁶⁴

El juez constitucional peruano señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha castigado a los estados que no permiten que los órganos jurisdiccionales electorales cuenten con un control jurisdiccional sobre sus resoluciones cuando contravengan los derechos humanos, porque de esta manera se estaría negando por completo el derecho de acceso a la justicia.⁶⁵

Bolivia

En Bolivia al estar concentrados las funciones de administración de los comicios y de administrar justicia en materia electoral en el Tribunal Supremo Electoral, todos sus actos están sujetos al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia.⁶⁶

México

El control de constitucionalidad sobre las resoluciones de la Jurisdicción Electoral lo realiza en México la sala superior del propio Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. El control de constitucionalidad en México está formado por: 1) el juicio de protección de los derechos políticos electorales del ciudadano, 2) la revisión constitucional de actos y resoluciones definitivas de la autoridad electoral, y 3)

⁶⁴ *Ibidem*, p. 299,300

⁶⁵ *Ibidem*, p. 301

⁶⁶ Jesús Orozco, “La relación entre justicia constitucional y justicia electoral”, conferencia dictada en el *Seminario Internacional de Derecho y Justicia Electoral*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 23-24.11.09

la acción de inconstitucionalidad⁶⁷; esta última únicamente procede en el caso de contravenciones de las leyes electorales federales o locales, pero se la plantea por mandato constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y no ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.⁶⁸

El juicio para protección de los derechos políticos electorales del ciudadano tiene dos finalidades: Por un lado busca garantizar el respeto y el libre ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución que trasciendan directamente el ámbito electoral, y por otro, busca restituir el goce de los derechos políticos violados o lesionados por acto o resolución de autoridad electoral.⁶⁹

Hay que señalar en este aspecto que en la legislación mexicana no existe la posibilidad de la acción de amparo, Edgar Corzo Sosa señala que la acción de amparo es improcedente en materia electoral. La jurisprudencia mexicana viene desarrollando desde hace décadas una interpretación que sostiene que los derechos políticos no son derechos fundamentales.⁷⁰

Tanto el juicio de protección de los derechos políticos electorales como la revisión constitucional de actos y resoluciones definitivas de la autoridad electoral están sometidas a estrictos parámetros de admisibilidad; se exige, por ejemplo, que se hayan agotado todos los recursos jurisdiccionales, lo que en la doctrina mexicana se conoce como el “principio de definidad electoral” (principio de subsidiaridad en materia

⁶⁷ Edgar Corzo Sosa, “El control de constitucionalidad en materia electoral”, en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 961

⁶⁸ Flavio Galván Rivera, “El control de constitucionalidad de los actos de las autoridades electorales”, en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 1087.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 1092.

⁷⁰ Edgar Corzo Sosa, “El control de constitucionalidad en materia electoral”, en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 960.

electoral); se exige también la factibilidad de reparación, tanto jurídica, física y cronológica, para la protección de los plazos electorales y la posesión de las autoridades elegidas por votación popular; y, además, se exige que el requisito de que la vulneración del acto o resolución sea determinante para el proceso electoral.⁷¹

España.

En España existe la acción de amparo electoral como mecanismo de control de constitucionalidad de los actos de la administración electoral y solo en excepcionalmente contra decisiones judiciales. Dicha acción de amparo se la puede plantear contra la proclamación de candidaturas y contra la proclamación de candidatos electos, y se la tramita ante el Tribunal Constitucional. Este amparo electoral se caracteriza por ser un tipo de amparo distinto de los establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con una regulación especial.⁷²

La acción de amparo es un recurso extraordinario y una acción autónoma con un objeto concreto y determinado. Además es un recurso subsidiario que no constituye garantía principal de los derechos fundamentales, ya que esto corresponde a los jueces ordinarios y solo se acude ante el Tribunal Constitucional cuando estos no hayan tutelado los derechos. La acción de amparo por lo tanto sirve para reparar los derechos vulnerados y establecer su alcance.⁷³

⁷¹ Flavio Galván Rivera, "El control de constitucionalidad de los actos de las autoridades electorales", en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 1093 y 1097.

⁷² Pablo Pérez Tremps, "El recurso de amparo electoral en España", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Tomo VI Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral*, México, UNAM, 2008, p. 864,865,866

⁷³ Emilio Pajares Montolio, "El amparo constitucional: justicia constitucional y proceso electoral en la práctica del Tribunal Electoral Español", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Tomo VI Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral*, México, UNAM, 2008, p. 843, 844, 845.

Una de las características básicas de este tipo de amparo son los tiempos cortos y perentorios debido a que tienen que ir a la par de los tiempos y plazos establecidos en el calendario electoral, siendo un recurso bastante rápido.⁷⁴

De otro lado el amparo electoral en España, para ser admitido a trámite, debe cumplir con los siguientes requisitos: 1) Ser un acto que tenga un mecanismo específico de impugnación como la impugnación a la proclamación de candidaturas y de candidatos electos. 2) Ser un acto que sin tener un mecanismo expreso de impugnación influyen de manera determinante en el proceso electoral. 3) Ser un acto que si bien no influye de manera determinante en el proceso electoral lesione derechos fundamentales.⁷⁵

⁷⁴ *Ibíd*em, p. 845.

⁷⁵ Pablo Pérez Tremps, "El recurso de amparo electoral en España", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Tomo VI Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral*, México, UNAM, 2008, p. 864,865,866

CAPITULO 2. EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL EN EL ECUADOR

Luego de realizar en el primer capítulo un análisis comparado de los distintos sistemas contenciosos electorales y de control de constitucionalidad sobre la jurisdicción electoral, es necesario analizar el caso de la jurisdicción electoral y de la nueva legislación electoral en nuestro país.

En Ecuador el sistema contencioso electoral es mixto, el órgano jurisdiccional especializado en materia electoral está fuera de la Función Judicial y es parte de la propia Función Electoral. La Función Electoral como lo establece el Art. 217 de la Constitución de la República está conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.

El Consejo Nacional Electoral conforme a lo que dispone el Art. 219 de la Constitución de la República asume las competencias de dirección, organización, vigilancia y garantía de los procesos electorales. De la misma manera, este órgano se encarga del control del gasto y financiamiento electoral; además de la organización y registro de las organizaciones políticas (movimientos, partidos y alianzas políticas).

Para el cumplimiento de dichas competencias el Consejo Nacional Electoral cuenta con organismos desconcentrados en cada una de las provincias del país. Hay dos tipos de organismos: 1) Las Delegaciones Provinciales Electorales, las cuales son permanentes, y 2) las Juntas Electorales Provinciales, que son ocasionales y se integran únicamente en período electoral. Así mismo existen órganos propios de la época de elecciones como las juntas receptoras del voto y las juntas intermedias encargadas de la recepción y contabilización de los votos, respectivamente.

Respecto al Tribunal Contencioso Electoral es necesario determinar los elementos que permiten considerar a las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral como sentencias jurisdiccionales. Por lo mismo, expondremos la evolución del órgano electoral y la finalidad de establecer una jurisdicción especializada en materia electoral analizando el ámbito de acción del Tribunal. Luego analizaremos el principio de unidad jurisdiccional al ser dicho Tribunal una jurisdicción por fuera de la Función Judicial, para luego estudiar el carácter del órgano jurisdiccional a través del análisis del papel de los jueces y la estructura de sus resoluciones. Por último, en lo relativo a la nueva legislación en materia electoral, estudiaremos de manera especial el Código de la Democracia refiriéndonos a la justicia electoral. Aquí se analizarán las competencias del Tribunal Contencioso Electoral y el procedimiento, principios procesales y recursos contenciosos electorales como mecanismos de tutela de los derechos políticos.

2.1. Naturaleza Jurídica del Tribunal Contencioso Electoral.

2.1.1 Evolución del órgano electoral en el Ecuador

De acuerdo con Jesús Orozco, en la mayoría de los países de la región el contencioso electoral se desarrolla en tres etapas que van desde la adopción de un contencioso electoral político, pasando por la adopción de un contencioso electoral administrativo, a la adopción de un contencioso electoral jurisdiccional (o mixto). De esta manera se suprime la participación de la función ejecutiva y legislativa para decidir la validez de las elecciones.⁷⁶

⁷⁶ Jesús Orozco, "La relación entre justicia constitucional y justicia electoral", conferencia dictada en el *Seminario Internacional de Derecho y Justicia Electoral*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 23-24.11.09

En nuestro país, antes de 1945 las competencias en el desarrollo de los procesos electorales estaban en poderes locales como los municipios (Ley de 1852). En 1936 se les hacía partícipes a los consejos provinciales. En 1937 el decreto supremo del 4 de mayo crea un Consejo Nacional Electoral integrado por el Ministro Fiscal de la Corte Suprema y 4 representantes designados por el Ministro de Gobierno y los consejos municipales de Quito, Guayaquil y Cuenca respectivamente. En 1938 un nuevo decreto supremo cambia la composición de este órgano y posteriormente las competencias de este consejo pasan al Consejo de Estado.⁷⁷

La Constitución de 1945 crea el Tribunal Superior Electoral (como órgano electoral independiente de la función ejecutiva) y la Constitución de 1946 crea el Tribunal Supremo Electoral. Desde la Constitución de 1945 hasta la Constitución de 1978 dicho Tribunal Supremo Electoral estaba conformado por miembros elegidos por las demás funciones del Estado (ejecutivo, legislativo, judicial) y del Tribunal Constitucional. En 1978 se da la prerrogativa a la función legislativa de escoger a los integrantes del órgano electoral entre las ternas enviadas por las funciones del Estado. La Constitución de 1998 mantiene la prerrogativa de la función legislativa de escoger a los miembros del órgano electoral pero de entre las ternas que envíen los partidos, movimientos y alianzas políticas más votadas en la última elección.

Desde 1946 hasta 1998 se mantiene un contencioso electoral administrativo ya que el órgano electoral se encargaba de organizar y dirigir los procesos electorales pero también resolvía las quejas y los reclamos que se presentaban por infracciones e incorrecciones en el proceso electoral.

⁷⁷ Agustín Grijalva, *Elecciones y Representación Política*, Quito, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, 1998, p. 117.

La Constitución del 2008 cambia completamente el esquema mantenido por más de medio siglo, creando un contencioso electoral mixto, con un órgano administrativo –CNE– y un órgano jurisdiccional especializado que forma parte de la propia función electoral –TCE–.

En esta Constitución se establece que los integrantes de los dos órganos electorales (en el caso del CNE consejeros y en el caso del TCE jueces) serán designados por un concurso de oposición y merecimientos organizado por una comisión ciudadana. Esta comisión estará integrada por representantes de las funciones del Estado y por cinco representantes de la ciudadanía (a título individual o en representación de colectivos), los mismos serán escogidos en un proceso de selección organizado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (órgano de reciente creación que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social).

Tal como lo sostenía Orozco, en nuestro país se pasó de un contencioso electoral político a un contencioso electoral administrativo, terminando con un contencioso electoral mixto con la creación de un órgano jurisdiccional. La creación de un órgano jurisdiccional especializado en materia electoral es uno de los mecanismos que permiten fortalecer a los organismos electorales dándoles autonomía funcional y técnica al ampliar sus atribuciones.⁷⁸

2.1.2. Finalidad de una jurisdicción especializada en materia electoral

La importancia del contencioso jurisdiccional especializado en materia electoral gira en torno a tres ejes: 1) Autonomía funcional y técnica. 2) Imparcialidad e

⁷⁸ Jesús Orozco, “La relación entre justicia constitucional y justicia electoral”, conferencia dictada en el *Seminario Internacional de Derecho y Justicia Electoral*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 23-24.11.09

independencia de los órganos electorales. 3) Establecimiento de garantías jurisdiccionales para la realización de la justicia electoral.

1) Autonomía funcional y técnica de los órganos electorales.

La creación de un órgano jurisdiccional especializado en materia electoral, como el TCE, busca que las competencias administrativas y jurisdiccionales queden claramente delimitadas, definidas y asignadas a órganos distintos. Esto en la práctica significa que los procesos electorales y la participación política se desarrollen de manera transparente y eficaz por un lado, y por otro que los ciudadanos cuenten con garantías para la tutela de los derechos políticos.

Si bien el órgano administrativo aun posee facultades de control, sus funciones son netamente de administración, vigilancia y dirección.⁷⁹ En cambio, que las funciones del órgano jurisdiccional son la resolución de conflictos y la impartición de la justicia electoral.⁸⁰

La separación de funciones se basa en el principio tradicional de separación de poderes, que aplicado en materia electoral se conoce como el principio de división funcional.⁸¹ Esto no significa que dichos órganos permanezcan aislados, y que la

⁷⁹ Art. 219 numeral 3 de la Constitución de la República: "El Consejo Nacional Electoral tendrá además de las funciones que determine la ley, las siguientes: ... 3. Controlar la propaganda y el gasto electoral, conocer y resolver sobre las cuentas que presentan las organizaciones políticas y los candidatos."

⁸⁰ Carlo Magno Salcedo Cuadros, "El modelo de administración electoral según la Constitución de 1993: la reforma deformada", en Carlo Magno Salcedo Cuadros, *La administración electoral en el Perú. Funciones competencias y organismos electorales*, Lima, ONPE, 2004, p. 17.

⁸¹ Carolina Garcés Peralta, "La competencia fiscalizadora de la legalidad del JNE: hacia la necesaria definición de su contenido y su regulación normativa", en Carlo Magno Salcedo Cuadros, *La administración electoral en el Perú. Funciones competencias y organismos electorales*, Lima, ONPE, 2004, p. 59.

autonomía suprima la necesaria conexión y coordinación que deba existir entre ellos, tampoco significa que la coordinación se traduzca en subordinación.⁸²

Jesús Orozco sostiene que los países que han establecido una dualidad de organismos electorales han requerido desarrollar un respeto recíproco y absoluto en las competencias de uno y otro órgano; el órgano administrativo debe estar consciente que el órgano jurisdiccional realiza el control interorgánico. Es decir saber que el órgano jurisdiccional es la instancia final y suprema de decisión. Pero, de la misma manera, el órgano jurisdiccional debe estar consciente que el diseño institucional obliga a una autocontención, teniendo una política jurisdiccional de deferencia hacia el órgano administrativo.⁸³

2) *Imparcialidad e independencia de los órganos electorales.*

La independencia se puede traducir en que las resoluciones del órgano jurisdiccional no se resuelvan conforme al principio de oportunidad política (es decir de acuerdo con los intereses del grupo o de la organización política que conformaban el órgano electoral y ante quienes se ejercía presiones políticas para obtener una resolución favorable), sino que se resuelvan de acuerdo a principios de constitucionalidad y legalidad, satisfaciendo, de esta manera, los requisitos jurídicos y procesales. La tramitación de las causas se convierten en verdaderos procesos jurisdiccionales en donde se formulan los agravios, se evacúan las pruebas y se ejerce el derecho a la defensa.⁸⁴

⁸² Rodrigo Borja Cevallos, Enciclopedia de la Política, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 321.

⁸³ Jesús Orozco, "La relación entre justicia constitucional y justicia electoral", conferencia dictada en el *Seminario Internacional de Derecho y Justicia Electoral*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 23-24.11.09

⁸⁴ *Ibíd.*

En lo que se refiere a la imparcialidad, al existir un órgano jurisdiccional que resuelve las quejas y reclamaciones de los actos del órgano administrativo, se evita que este sea juez y parte, dándose un conflicto de intereses. A esto se debe que sea un contrasentido jurídico que las competencias administrativas y jurisdiccionales en materia electoral se concentren en un mismo órgano. En este sentido hay que diferenciar que el órgano jurisdiccional genera una cosa juzgada, mientras que el órgano administrativo genera una cosa decidida que puede ser sujeta a control judicial.⁸⁵

3) Establecimiento de garantías para la realización de la justicia electoral.

Las garantías son técnicas y mecanismos sin los cuales los derechos humanos no tendrían un cumplimiento efectivo o sin los cuales no habría como reclamar su reparación cuando estos fueren lesionados. Las garantías son técnicas de protección de los derechos humanos con las cuales contamos tanto las personas como el Estado, en la medida que este también se haya obligado a velar por la protección de los derechos humanos y en la medida de que estas garantías constituyen mecanismos de autolimitación o controles del poder⁸⁶.

El establecimiento de un órgano jurisdiccional especializado en materia electoral ha permitido dotar de garantías no solo normativas y administrativas sino también jurisdiccionales para el acceso, goce, ejercicio, desarrollo y protección de los derechos políticos. De la misma manera los integrantes del órgano electoral jurisdiccional cuentan con garantías para el cumplimiento de sus competencias, dichas garantías son similares a las que poseen los órganos pertenecientes a la función judicial (estabilidad

⁸⁵ Carlo Magno Salcedo Cuadros, "El modelo de administración electoral según la Constitución de 1993: la reforma deformada", en Carlo Magno Salcedo Cuadros, La administración electoral en el Perú. Funciones competencias y organismos electorales, Lima, ONPE, 2004, p. 28, 27.

⁸⁶ Carolina Silva Portero, "La Garantía de los Derechos Invencción o reconstrucción", en Ramiro Ávila Santamaría Editor, Neo constitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pág. 64

en el cargo, carácter permanente del órgano, dedicación exclusiva a la función, régimen efectivo de responsabilidades y una remuneración decorosa).⁸⁷

Por consiguiente la creación del órgano jurisdiccional especializado en materia electoral permite ajustar las reclamaciones y la resolución de los conflictos que se derivan de los procesos electorales a los principios del debido proceso como la imparcialidad, la independencia, la publicidad y la doble instancia⁸⁸.

De esta manera la reforma electoral en América Latina (con la depuración en el sistema de designación de los integrantes del órgano electoral, la eliminación de la presencia de las organizaciones políticas, la renovación escalonada de los órganos electorales y la creación de órganos jurisdiccionales especializados en materia electoral separando las competencias administrativas de las jurisdiccionales) ha permitido la consolidación del sistema democrático y de la seguridad jurídica e institucional. Pero sobre todo la actuación del órgano electoral jurisdiccional, al emitir fallos apegados a la Constitución, la ley y a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, permite la consolidación y el respeto de los derechos políticos y de participación, siendo este el objetivo primordial de la justicia electoral.

2.1.3. Principio de unidad jurisdiccional.

La división del poder del Estado, crea varias funciones con competencias definidas en la Constitución. La clásica división de poderes se la hacía entre la Función

⁸⁷ Jesús Orozco, "La relación entre justicia constitucional y justicia electoral", conferencia dictada en el Seminario Internacional de Derecho y Justicia Electoral, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 23-24.11.09

⁸⁸ De esta manera los conflictos derivados de los procesos electorales y de la participación política se resuelven en dos instancias, la primera en sede administrativa y la segunda en sede jurisdiccional. De esta manera se cumplen con principios procesales como los de contradicción e impugnación, al ser conocido el proceso en dos instancias ante funcionarios de distinta jerarquía. Ver: Davis Echandía, Teoría General del Proceso, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, p. 74

Ejecutiva, Función Legislativa y la Función Judicial. Actualmente nuestra Constitución crea dos nuevas funciones del Estado: La Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social.

La Función Judicial en uso de la potestad jurisdiccional es la encargada de administrar justicia y de hacer ejecutar lo juzgado. Dicha actividad jurisdiccional se la ejerce a través de jueces y tribunales establecidos de acuerdo a su competencia que es establecida según el territorio, la materia, el grado y las personas. Nuestra Constitución señala que dicho sistema jurisdiccional será un medio para la realización de la justicia y no podrá sacrificarse la justicia por la sola omisión de formalidades, teniéndose que cumplir con todos los principios y garantías del debido proceso.

Dentro de la doctrina del Derecho Procesal, uno de estos principios es la unidad jurisdiccional. El principio de unidad jurisdiccional se traduce en el monopolio de la administración de justicia por parte del Estado, siendo los jueces y tribunales constitucionalmente establecidos los únicos que pueden ejercerlo en su nombre. Por lo mismo el principio de unidad jurisdiccional se divide en tres puntos: 1) exclusividad por parte del estado para administrar justicia, 2) la atribución de la potestad jurisdiccional es exclusivamente de los órganos jurisdiccionales, 3) la función jurisdiccional solo puede ser ejercida por los jueces y tribunales.⁸⁹

En este caso podríamos entender que la Función Judicial es la única encargada de administrar justicia, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero en el actual ordenamiento jurídico no es posible hacer esta afirmación.

⁸⁹ Ana María Chocrón Giráldez, La Exclusividad y la Unida Jurisdiccional como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, 653 y 654

La Constitución del Ecuador de 1998 establecía en su Art. 191 que la potestad judicial corresponde solo a los órganos de la Función Judicial y en su Art. 199 señalaba que los jueces y tribunales ejercen potestad jurisdiccional. Por lo mismo se refiere a una sola potestad que es propia del Estado y que es ejercida por los órganos de la Función Judicial.⁹⁰ Ahora bien; Jorge Zabala Egas señala que:

[...] no es tal que solo la función jurisdiccional administra justicia, tanto la potestad administrativa como la potestad jurisdiccional sirven para determinar el derecho, claro está que las resoluciones de la función administrativa no tienen el carácter de cosa juzgada y pueden ser recurribles en la Función Judicial de la forma que determine la Ley. Por lo mismo los órganos que conforman la Función Judicial deben encontrar su unidad, ya que los órganos que conforman la potestad administrativa se unifican en virtud del principio de jerarquía.⁹¹

La Constitución vigente en su Art. 167 dentro del capítulo referente a la Función Judicial y Justicia Indígena establece lo siguiente: “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. Más adelante el Art. 168 numeral 3 señala:

La administración de justicia en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones aplicará los siguientes principios: 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

⁹⁰ Jorge Zavala Egas, “La unidad jurisdiccional”, Revista Judicial Online de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 10-11.12.10 en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=213&Itemid=29

⁹¹ Ibídem.

Por lo mismo, la Constitución del 2008, reconoce que a más de los órganos de la Función Judicial, existen otros órganos o funciones que también ejercen potestad jurisdiccional; a diferencia de lo que establecía la anterior Constitución de 1998 que establecía que la administración de justicia era competencia privativa de la Función Judicial.

La Constitución del 2008 si bien establece que la función de administrar justicia es privativa del Estado ya no es exclusiva de la Función Judicial, ya que esta únicamente se encarga de la administración de la justicia ordinaria. Habiendo otras jurisdicciones especializadas por fuera de la Función Judicial, como es el caso de la jurisdicción especializada en materia electoral la cual es competencia del Tribunal del Contencioso Electoral.

En este sentido, a pesar de que el Tribunal Contencioso Electoral es parte de la Función Electoral (gozando de esta manera de absoluta separación, independencia y autonomía de la Función Judicial) el principio de unidad jurisdiccional se aplica, ya que la jurisdicción electoral es reconocida por la Constitución, esta administra justicia en estricto sentido y sus fallos tienen el carácter de cosa juzgada siendo de última instancia y de inmediato cumplimiento. De igual forma aplica los mismos principios de la administración de justicia ordinaria: celeridad, inmediatez, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal; siendo su papel netamente garantista, por lo que estrictamente debe aplicar todas las garantías del debido proceso.⁹²

⁹² Tania Arias Manzano, "Principios, Estructuras y Funciones del Tribunal Contencioso Electoral", en Richard Ortiz Ortiz, ed., Estudios de Justicia Electoral, Quito, Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, 2009, p. 42.

2.1.4. Órgano Jurisdiccional

Uno de los principales elementos para poder determinar que el Tribunal Contencioso Electoral es un órgano jurisdiccional en estricto sentido, es el estudio y análisis del carácter del órgano, de las funciones de los jueces que integran el órgano y de las sentencias emitidas por dicho órgano.

1) Carácter del Órgano Jurisdiccional

El acto jurisdiccional está formado por tres elementos que son: la forma, el contenido y la función. La forma se refiere a la presencia de las partes procesales, del juez y de procedimientos establecidos en la Ley; el contenido se refiere a la existencia de un conflicto y, por función se entiende la finalidad que persigue, como la justicia, la paz social y los demás valores jurídicos.⁹³

En el caso del acto jurisdiccional electoral, los tres elementos se muestran claramente:

– En cuanto a la forma, existe la presencia de las partes procesales (como por ejemplo el órgano administrativo electoral, los sujetos políticos, el juez en materia electoral) y de un procedimiento contencioso electoral establecido en el Código de la Democracia.

– En el contenido existen los conflictos derivados de los procesos electorales y de la organización política, como por ejemplo: los actos litigiosos de las organizaciones políticas, los recursos que se planteen contra las resoluciones del órgano administrativo

⁹³ Benigno Carrera Acosta, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 84, 85.

electoral y las infracciones por violaciones a la normativa electoral de financiamiento y gasto electoral.

– En lo que se refiere a la función, esta es la realización de la justicia electoral y la tutela de los derechos políticos.

De la jurisdicción emanan los poderes de conocimiento, decisión, documentación, coerción y ejecución.

– Por conocimiento y decisión se entiende que el juez puede conocer y resolver con fuerza obligatoria y de manera definitiva los conflictos, declarando que existe o no la voluntad de la ley favorable a la pretensión del demandante. Tal resolución pone fin al conflicto, impide nuevamente llevarlo al conocimiento de los jueces y hace nulo el proceso anterior.⁹⁴

– El poder de documentación se refiere a que el juez, cuando se haya facultado para hacerlo, puede pedir la práctica de pruebas encaminadas para probar los hechos, su decisión se fundamenta en todas las pruebas practicadas en el proceso. Dentro del proceso el juez puede pedir la realización de pruebas testimoniales, periciales y documentales para la mejor resolución del conflicto.

– El poder de coerción permite al juez tomar todas las medidas de aseguramiento (medidas cautelares) para que el proceso pueda cumplir con su finalidad. El poder de coerción está plenamente evidenciado con la facultad que tiene el juez electoral de imponer sanciones en el caso de no colaboración de autoridades electorales y no electorales, en el cometimiento de infracciones y cuando no se acatan sus resoluciones.

⁹⁴ *Ibíd*em, p. 87, 88.

– El poder de ejecución se refiere a la facultad que tiene el juez de hacer cumplir lo resuelto incluso a través del monopolio de la fuerza legítima ejercida por el Estado.⁹⁵ El juez de lo contencioso electoral, en este caso, está constitucionalmente dotado de la competencia de administrar justicia de los actos que emanan del Consejo Nacional Electoral resolviendo los recursos contenciosos electorales.

Por otro lado, como se sostuvo anteriormente, el órgano jurisdiccional especializado en materia electoral aplica a todos los procesos los principios básicos del Derecho Procesal como son: la inmediación, la celeridad, la oralidad, la simplicidad y la economía procesal, tal como lo señala el Art. 72 del Código de la Democracia. De la misma manera el procedimiento electoral se fundamenta en principios básicos como la imparcialidad e independencia, la imparcialidad se traduce, por lo mismo, en la sumisión al derecho y en la no sumisión a ningún otro tribunal, entidad alguna o interés particular.

De esta manera aunque el Tribunal Contencioso Electoral es parte de la Función Electoral, tiene competencias que están claramente delimitadas, goza de autonomía administrativa, financiera y organizativa y cuenta con personalidad jurídica propia, lo que sirve como instrumento de determinación y diferenciación entre los demás órganos y funciones del Estado. Es un tribunal con jurisdicción nacional que se constituye en un garante de los derechos políticos y de participación.⁹⁶

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ Richard Ortiz Ortiz, “El contencioso electoral jurisdiccional en el Ecuador en el marco del régimen de transición”, en Richard Ortiz Ortiz, ed., *Estudios de Justicia Electoral*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, 2009, p. 84, 85.

2) Jueces del Tribunal Contencioso Electoral

El Tribunal Contencioso Electoral está conformado por cinco jueces principales y cinco jueces suplentes. Estos jueces tienen las mismas características que tienen los jueces de la jurisdicción ordinaria en lo que se refiere a requisitos, inhabilidades, deberes y facultades.

En lo que se refiere a los requisitos, los jueces del TCE deben tener una alta experiencia en Derecho y deben gozar de reconocida probidad, siendo sometidos a un riguroso proceso de selección a través de un concurso de oposición y merecimientos. Deben demostrar independencia e imparcialidad que en este caso, por sobre todo, se traduce en la desvinculación de cualquier organización política.

Los jueces electorales tienen las mismas garantías y deberes. Dentro de las garantías tenemos la estabilidad laboral, la remuneración, la posibilidad de excusarse en una causa que tenga conflicto de intereses o en la que haya intervenido en algún momento, el fuero y toda la colaboración de otras autoridades y servidores públicos.

Así mismo, los deberes de los jueces electorales se dividen en tres: legales, funcionales y procesales. Los legales son determinados por la propia Ley; los funcionales se derivan de la imparcialidad, independencia, lealtad, conocimiento, diligencia y honestidad; y los procesales se resumen en conocer, resolver, dirigir, ejecutar y sancionar.⁹⁷

Las responsabilidades a las cuales se sujetan los jueces electorales son similares a aquellas a las cuales se sujetan los jueces ordinarios. De esta manera, son responsables por error judicial teniendo responsabilidades civiles, penales y administrativas por sus

⁹⁷ *Ibíd*em, p. 30-57.

actos. De la misma manera los jueces electorales al ser parte de la Función Electoral podrán ser sometidos a juicio político por parte de la Asamblea Nacional.

3) *Sentencias (resoluciones jurisdiccionales) del Tribunal Contencioso Electoral*

El objeto de la actividad jurisdiccional es la declaración o la realización coactiva y concreta de los intereses y los derechos tutelados por las normas.⁹⁸ Las sentencias emitidas por el Tribunal Contencioso Electoral ponen fin al conflicto y con ello a la tramitación de los recursos contenciosos electorales. Dichas sentencias son de última instancia, de inmediato y obligatorio cumplimiento, por lo mismo, en ellas se configura la autoridad de cosa juzgada y no son recurribles por ninguna vía (salvo excepciones que podría conocer la Corte Constitucional).⁹⁹

Otro aspecto que constituye una característica de la sentencias de los altos tribunales de la jurisdicción ordinaria en algunos sistemas jurídicos, es que los fallos se constituyen en jurisprudencia obligatoria, afianzando el papel de creador del Derecho que tiene el juez.

Al respecto, Jesús Orozco sostiene que en el caso de los tribunales contenciosos electorales, su legitimidad no reposa en la representación política ni en el consenso, sino en la aceptabilidad racional de la motivación jurídica de los fallos. Justificando sus resoluciones en base a razones jurídicas. La motivación constituye uno de los rasgos característicos de toda jurisdicción, permitiendo que los jueces demuestren su poder de discernimiento con fallos razonables, **racionales**, justificables y jurídicamente

⁹⁸ Benigno Carrera Acosta, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 84, 85.

⁹⁹ Jorge Moreno Yáñez, "La Función Electoral en la nueva constitución de la República del Ecuador", en Richard Ortiz Ortiz, ed., *Estudios de Justicia Electoral*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, 2009, p. 71, 72.

motivados. El que los jueces hagan públicas las razones de sus fallos –continúa Orozco– permite que las decisiones jurisdiccionales sean transparentes, desarrollándose el control y escrutinio público, de esta manera un fallo motivado no podrá jamás ser tachado de arbitrario.¹⁰⁰

2.2. La nueva legislación electoral en el Ecuador: El Código de la Democracia y la Jurisdicción Especializada en Materia Electoral.

2.2.1 Competencias del Tribunal Contencioso Electoral.

Las competencias del Tribunal Contencioso Electoral las encontramos desarrolladas en dos cuerpos normativos: 1) En la Constitución de la República del Ecuador, y 2) en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas llamada Código de la Democracia.

1) Competencias Constitucionales

Las competencias constitucionales se encuentran desarrolladas en el Art. 221 de la Constitución y se refieren a tres puntos específicos: 1) Conocer los recursos contenciosos electorales sobre los actos del Consejo Nacional Electoral. 2) Conocer los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas. 3) Conocer, juzgar y sancionar las vulneraciones a las normas sobre propaganda, financiamiento y gasto electoral así como otras vulneraciones.

La Constitución establece que los actos contenciosos electorales que emanen del Consejo Nacional Electoral son susceptibles de ser conocidos por el Tribunal

¹⁰⁰ Jesús Orozco, “La relación entre justicia constitucional y justicia electoral”, conferencia dictada en el *Seminario Internacional de Derecho y Justicia Electoral*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 23-24.11.09

Contencioso Electoral así como los actos que se deriven de la organización interna de las organizaciones políticas. De esta manera se limita la competencia del Tribunal Contencioso Electoral a la materia electoral, ya que, por ejemplo, un problema en la administración de personal del órgano administrativo electoral, así sea un acto que emane del CNE, será de competencia o de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o de la jurisdicción laboral pertenecientes a la justicia ordinaria.

En lo que se refiere al conocimiento de asuntos litigiosos de organizaciones políticas como los partidos, movimientos y alianzas políticas por parte del TCE, la Constitución del 2008 reconoce a las organizaciones políticas como articuladoras entre el Estado y la sociedad civil. Dichas organizaciones políticas deben garantizar la democracia, la pluralidad, la alternabilidad de género y la rendición de cuentas. Estas organizaciones deben sustentarse en principios ideológicos y filosóficos y deben contar con una organización según el nivel de gobierno en el que se desenvuelvan (nacionales, regionales, provinciales, cantonales, parroquiales, en el exterior). De la misma manera deben financiarse con fondos de sus afiliados y simpatizantes y con fondos que el Estado les proporcione.¹⁰¹

Por todo esto, es necesario que exista un órgano que regule a las organizaciones políticas (CNE, en el sentido que se regule el proceso para la admisibilidad y la inscripción de organizaciones políticas) y un órgano ante quien se pueda reclamar el cumplimiento de dichos mandatos constitucionales básicos (TCE ante el cual se presentan los recursos por asuntos litigiosos de las organizaciones políticas), que son imperativos y necesarios para la existencia de una democracia directa y participativa.

¹⁰¹ Art. 108, 109, 110 y 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por último, la Constitución establece para el TCE la competencia de conocer, juzgar y sancionar el incumplimiento de normas electorales aunque haciendo énfasis en el control del gasto y del financiamiento electoral. La regulación del financiamiento de organizaciones y proselitismo antes del 2008 fue deficiente y creó serias dificultades en los procesos electorales. Por ejemplo el financiamiento de la publicidad y la promoción electoral no tenían límite produciendo disparidad entre las organizaciones pequeñas y los grandes partidos políticos que se convertían en verdaderas maquinarias publicitarias. De igual forma no había un control en las contribuciones económicas a las campañas electorales lo que permitía aportes ilícitos a las mismas.

El incumplimiento de normas electorales se conoce como infracciones electorales, que pueden ser cometidas por autoridades¹⁰², por los sujetos políticos¹⁰³ y por la ciudadanía en general¹⁰⁴.

2) *Competencias Legales*

La elaboración del Código de la Democracia fue un mandato constituyente establecido en el primer inciso de la transitoria primera de la Constitución de la República del año 2008. En dicha transitoria se establecía que la Asamblea Nacional en un máximo de 125 días, contados desde la entrada en vigencia de la Constitución, debería dictar una nueva legislación electoral que posibilite el desarrollo del nuevo marco jurídico institucional en materia electoral. En el Código de la Democracia confluyen anteriores cuerpos normativos como por ejemplo la Ley Orgánica de Elecciones, la Ley de Partidos y Movimientos Políticos, la Ley de Financiamiento y

¹⁰² Se refieren a los miembros de la Función Electoral, de otras funciones e instituciones del Estado y todo servidor público.

¹⁰³ Nos referimos a los partidos políticos, movimientos, alianzas a través de sus representantes legales y candidatos. Ver Art. 244 del Código de la Democracia.

¹⁰⁴ Nos referimos a las personas con capacidad de elegir en goce de los derechos políticos y de participación. Ver Art. 244 del Código de la Democracia.

Gasto Electoral, etc. Este código no solo presenta una parte sustantiva si no también una parte adjetiva, ya que también regula el procedimiento mediante el cual se tramitarán las causas en el Tribunal Contencioso Electoral.

El Código de la Democracia desarrolla de manera más detallada las competencias constitucionales que establece el Art. 221 de la Constitución de la República del Ecuador, no solo en el Art.70 del Código de la Democracia sino en varias de sus disposiciones. Dichas competencias las podemos enumerar de la siguiente manera:

1. Máxima instancia de administración de la justicia electoral, dictando fallos de última instancia e inmediato cumplimiento, los mismos que constituyen jurisprudencia electoral. El pleno del TCE también tiene la facultad de establecer líneas jurisprudenciales que se convierten en norma imperativa, cuando existen fallos contradictorios al interior del TCE.¹⁰⁵
2. Ejercer jurisdicción sobre los actos que emanen del CNE en todo lo relativo a recursos contencioso electorales, resoluciones administrativas sobre la vida de las organizaciones políticas, quejas contra consejeros y juntas electorales provinciales.¹⁰⁶
3. Conocer, juzgar y sancionar las violaciones a la normativa electoral en lo que se refiere al gasto y financiamiento electoral, así como las demás infracciones cometidas por personas, autoridades, servidores públicos y sujetos políticos.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Art. 70 numerales 1, 8 y último inciso del Código de la Democracia en concordancia con el Art. 221 de la Constitución de la República.

¹⁰⁶ Art. 70 numerales 2, 3 y 7 del Código de la Democracia

¹⁰⁷ Art. 70 numeral 5 y 13 del Código de la Democracia

4. Conocer y resolver a petición de parte los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas (partidos, movimientos y alianzas políticas).¹⁰⁸
5. Conocer y resolver asuntos relativos a la calificación de candidaturas.¹⁰⁹
6. Declarar la nulidad total o parcial del proceso electoral en los casos que señala la ley.¹¹⁰
7. Intervenir cuando se pretende accionar los mecanismos de democracia directa como solicitud de consulta popular, iniciativa popular normativa, enmienda constitucional y revocatoria del mandato, el TCE puede pedir al CNE que recuente las firmas en las que se respalda la solicitud.¹¹¹
8. Todo lo demás relativo a su organización interna en lo que se refiere a trámites, procesos y capacidad reglamentaria en asuntos relativos a su competencia.¹¹²

La diferencia sustancial de estas competencias con las que otorgaba la Constitución de 1998 para el órgano electoral es, en definitiva, que estas competencias se encontraban concentradas en un solo órgano que era el Tribunal Supremo Electoral. Antes del 2008 teníamos un sistema contencioso electoral administrativo, ya que el órgano administrativo tenía también funciones jurisdiccionales. La Constitución de 1998 en este sentido en su artículo 209 señalaba lo siguiente:

El Tribunal Supremo Electoral[...] Gozará de autonomía administrativa y económica, para su organización y el cumplimiento de sus funciones de organizar, dirigir, vigilar y garantizar los procesos electorales, y *juzgar* las cuentas que rindan los

¹⁰⁸ Art. 70 numeral 3 del Código de la Democracia

¹⁰⁹ Art. 70 numeral 6 del Código de la Democracia

¹¹⁰ Art. 70 numeral 9 del Código de la Democracia

¹¹¹ Art. 189 del Código de la Democracia

¹¹² Art. 70 numeral 10 del Código de la Democracia.

partidos, movimientos políticos, organizaciones y candidatos, sobre el monto, origen y destino de los recursos que utilicen en las campañas electorales.

De igual forma el Art. 20 de la antigua Ley Orgánica de Elecciones vigente hasta antes de la terminación del Régimen de Transición de la Constitución del 2008, en sus literales j, m, n y p señala lo siguiente:

Art 20. - Al Tribunal Supremo Electoral como máximo organismo de la Función Electoral le compete: [...] j) Imponer las sanciones que sean de su competencia, conforme a lo previsto en esta ley; [...] m) Resolver en única instancia, las quejas que se presentaren contra las autoridades civiles, en materia electoral; n) Velar por el cumplimiento de todas las disposiciones de la presente ley, de la de partidos políticos y de la Ley Orgánica del Control del Gasto Electoral y de la Propaganda Electoral, y de sus reglamentos; [...] p) Dictar las disposiciones necesarias para establecer el régimen de sanciones y multas a los ciudadanos, en caso de infracciones a esta ley.

En este sentido cabe señalar que antes de la Constitución del 2008 se tenía un sistema contencioso electoral administrativo a través del Tribunal Supremo Electoral. Aunque varios autores sostienen que ya se podría hablar de un sistema contencioso mixto ya que algunas decisiones eran recurribles ante la justicia ordinaria como es el caso de contencioso partidario por disposición del Art. 68 de la Ley de Partidos Políticos vigente antes de la Constitución del 2008.¹¹³

¹¹³ Carlos Aguinaga, "El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho electoral ecuatoriano", en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 174.

2.2.2. Procedimiento Contencioso Electoral y Recursos Contencioso Electorales para la Tutela de los Derechos Políticos.

Antes de desarrollar el procedimiento que se utiliza al interior del Tribunal Contencioso Electoral es necesario analizar las características de dicho procedimiento que se resumen en los principios a los cuales se somete la jurisdicción en materia electoral.

El Art. 72 del Código de la Democracia señala que las causas contenciosas electorales se someten a los principios de celeridad, transparencia, eficacia, publicidad, inmediación, simplificación, oralidad y economía procesal, además de observarse todas las garantías del debido proceso.

Por celeridad se entiende que se deben respetar los plazos establecidos para la tramitación de las causas con lo que se busca una mayor agilidad en el desarrollo del proceso.¹¹⁴ En materia electoral el principio de celeridad es uno de los más importantes, ya que con el cumplimiento de plazos cortos en la tramitación de las causas contencioso electorales se pueden cumplir a su vez los plazos establecidos en el calendario electoral.¹¹⁵

En lo que refiere al principio de transparencia, lo vincularemos con el principio de publicidad (también señalado en el Art. 72 del Código de la Democracia) estos dos principios se vinculan con el principio de independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional para obtener fallos apegados a derecho.¹¹⁶ La publicidad permite que no

¹¹⁴ Davis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, p. 67

¹¹⁵ Richard Ortiz Ortiz, "El contencioso electoral jurisdiccional en el Ecuador en el marco del régimen de transición", en Richard Ortiz Ortiz, ed., *Estudios de Justicia Electoral*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, 2009, p. 86.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 87.

haya una tramitación secreta de la causa, permitiendo la intervención de las partes en todo momento del proceso así como una adecuada motivación del fallo.¹¹⁷

La intermediación se refiere a la relación directa que debe haber entre el juez y las partes, así como con los hechos y los medios de prueba que se utilicen.¹¹⁸ La oralidad busca la evacuación de los actos procesales a través de audiencias en donde desarrolle el debate en la evacuación de las pruebas y presentación de alegatos de las partes procesales.¹¹⁹ La economía procesal, la simplificación y la eficacia buscan tener un proceso sencillo y práctico pero que permita un resultado adecuado con la mínima actividad procesal.¹²⁰

Para analizar el procedimiento en el que se tramitan los procesos contencioso electorales hay que hacer dos precisiones. Por un lado que los legitimados activos¹²¹ que pueden proponer acciones en el TCE se dividen en tres grupos: 1) Los sujetos políticos, que son los partidos, movimientos y alianzas políticas a través de sus representantes y los candidatos de elección popular. 2) Las personas en goce de los derechos políticos y de participación con capacidad de elegir y las personas jurídicas, cuando sus derechos subjetivos hayan sido vulnerados (por ejemplo en los mecanismos de democracia directa, como la consulta popular, pondrán presentar recursos los proponentes de dicha consulta o en el caso de los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas sus

¹¹⁷ Davis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, p. 57 y 58.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 68

¹¹⁹ Richard Ortiz Ortiz, "El contencioso electoral jurisdiccional en el Ecuador en el marco del régimen de transición", en Richard Ortiz Ortiz, ed., *Estudios de Justicia Electoral*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, 2009, p.88

¹²⁰ Davis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, p. 66

¹²¹ Es decir se refiere a aquellos que tengan la facultad o el derecho de poner en actividad a la jurisdicción y recibir una sentencia que resuelva en el fondo sus pretensiones. Es decir aquellos que tengan la titularidad del derecho o una relación jurídica sustancial con el objeto del proceso. Ver: Davis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, p. 253, 254.

afiliados o adherentes). 3) Cualquier elector o electora para el caso de infracciones electorales, en lo que se conoce como acción popular.¹²²

Por otro lado hay que señalar que el Tribunal Contencioso Electoral es un órgano colegiado formado por cinco jueces principales y cinco jueces suplentes, cada juez principal forma una sala o despacho con sus respectivos secretarios relatores, asesores y personal administrativo y de servicio. El Art. 72 del Código de la Democracia señala que los recursos contenciosos electorales se conocen en una única y definitiva instancia ante el pleno del TCE, en cambio las infracciones electorales, los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas y la acción de queja es conocida en dos instancias, la primera ante el juez que avoca conocimiento de la causa mediante sorteo y la segunda ante el pleno del TCE.

En el caso de los recursos contenciosos electorales si bien la tramitación de las causas en una sola y definitiva instancia puede ser considerada inconstitucional al atentarse contra el principio de la doble instancia. Hay que recordar que dichos recursos se plantean contra resoluciones administrativas del Consejo Nacional Electoral, es decir ya existe una primera instancia en sede administrativa. La segunda y definitiva instancia es en sede jurisdiccional, ante el Tribunal Contencioso Electoral, garantizándose de esta manera la doble instancia.

1. Recursos Contenciosos Electorales

Cada juez dentro de su sala conoce las causas que les son asignadas mediante sorteo, la sala elabora la ponencia que es debatida en el pleno del Tribunal Contencioso Electoral, el cual dicta la respectiva sentencia. En la acción de queja y en los asuntos

¹²² Art. 244 y 280 del Código de la Democracia.

litigiosos de las organizaciones políticas sometidos a conocimiento del TCE, el juez que avoque conocimiento emite su fallo, el mismo que podrá ser apelado ante el pleno del órgano jurisdiccional.¹²³

Ahora bien, los recursos contencioso electorales que pueden presentarse ante el TCE son cuatro: a) El Recurso Ordinario de Apelación, b) la Acción de Queja, c) el Recurso Extraordinario de Nulidad y d) el Recurso Excepcional de Revisión.¹²⁴ Como se sostuvo anteriormente, los plazos calendario a los que se someten los procesos electorales obliga a que los plazos dentro de los cuales debe resolver el juez electoral sean sumamente cortos. Así, el recurso ordinario de apelación se resuelve en 7 días desde que el juez avoca conocimiento, la acción de queja en 5 días desde que se tuvo conocimiento de lo que motivó a presentarla, el recurso extraordinario de nulidad en 30 días, y el recurso excepcional de revisión en 15 días.¹²⁵

a) Recurso ordinario de apelación

El recurso ordinario de apelación tiene como objeto proteger el derecho de elegir y ser elegido, es decir lo que se conoce en el Derecho Electoral como el sufragio activo y pasivo. El sufragio activo o voto permite a una persona participar en la determinación de la orientación política general, de esta manera, cuando el sufragio tiene un fin electoral se convierte en un derecho político.¹²⁶ El sufragio para que se convierta en un mecanismo que garantice la democracia debe ser universal, ser emitido en condiciones de igualdad, ser directo y secreto. Pero por sobre todo debe tener todas las garantías de

¹²³ Art. 269 último inciso y 270 último inciso del Código de la Democracia

¹²⁴ Art. 268 del Código de la Democracia.

¹²⁵ Art. 269, 270, 271 y 272 del Código de la Democracia.

¹²⁶ Eduardo de Jesús Castellanos Hernández, et al., Temas de Derecho Procesal Electoral, México, 2010, p. 18,24, 25 y 26.

no falseamiento de los resultados¹²⁷ El sufragio pasivo por su parte permite a una persona participar en las elecciones como candidato a elección popular y de esta manera participar en los asuntos públicos a través de un mandato o cargo público.¹²⁸ De esta manera, el sufragio permite la representación, la producción de un gobierno, la limitación del poder y la legitimación del Estado.¹²⁹

Así, el recurso ordinario de apelación se puede plantear contras las resoluciones del Consejo Nacional Electoral sobre aceptación o negativa de inscripción de candidaturas; validez o nulidad de escrutinios, votaciones o elecciones, negativa en la modificación del lugar de votación; adjudicación de cargos y resultados numéricos.¹³⁰

También este recurso protege el derecho a la libre asociación política, al plantearse contra asuntos litigiosos de organizaciones políticas que deriven de su organización o democracia interna, ya que al ejercer un control sobre las organizaciones políticas permite que las mismas se constituyan en entidades representativas orientadas a las demandas y necesidades ciudadanas.¹³¹

En fin, este recurso se lo puede plantear ante cualquier resolución del CNE que genere perjuicio en contra de los sujetos políticos o legitimados activos y que no tengan un procedimiento establecidos en la ley.¹³²

¹²⁷ Manuel Aragón, "Derecho de Sufragio principios y función", en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 162, 163, 164.

¹²⁸ Eduardo de Jesús Castellanos Hernández, et al., *Temas de Derecho Procesal Electoral*, México, 2010, p. 23, 27.

¹²⁹ Manuel Aragón, "Derecho de Sufragio principios y función", en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 174,175.

¹³⁰ Art. 269 del Código de la Democracia

¹³¹ Flavia Feidenberg, "Democracia Interna de los Partidos Políticos", en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 661.

¹³² *Ibidem*.

b) Acción de queja

La acción de queja se la puede plantear en el ejercicio de la competencia constitucional que tiene el TCE de conocer los actos que emanan del CNE, pero sobre todo como un mecanismo fiscalizador de las actuaciones de los consejeros, jueces y servidores públicos de la función electoral. Esta acción procede cuando se incumple la ley, los reglamentos y las resoluciones; por falta de respuesta motivada a una petición y por las infracciones a la leyes, reglamentos y resoluciones realizadas por dichos servidores de la función electoral.¹³³

c) Recurso Extraordinario de Nulidad

El recurso extraordinario de nulidad tutela el derecho a elecciones libres y transparentes que garanticen el principio democrático. Las elecciones libres y auténticas se las puede entender como la suma de una serie de características que debe tener el proceso electoral, entre las cuales tenemos: las garantías al sufragio activo y pasivo, las garantías al no falseamiento de los resultados, una administración electoral independiente y la dotación de recursos jurisdiccionales para el control de infracciones y errores que se pudieren cometer.¹³⁴ El recurso extraordinario de nulidad se lo puede plantear contra todo o parte del proceso electoral, o únicamente contra los escrutinios.¹³⁵ Las causales de dicha nulidad deben estar establecidas en la Ley.

d) Recurso Extraordinario de Revisión

El recurso excepcional de revisión, puede ser presentado únicamente por las organizaciones políticas hasta, máximo, cinco años después, contra las resoluciones

¹³³ Art. 270 del Código de la Democracia.

¹³⁴ Manuel Aragón, "Derecho de Sufragio principios y función", en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 164.

¹³⁵ Art. 271 del Código de la Democracia.

sobre gasto y financiamiento electoral cuando hubo error o dolo en las resoluciones del CNE o sentencias del TCE. Dicho recurso se constituye en una garantía para las organizaciones políticas ya que repara sus derechos lesionados por un proceso arbitrario y por la imposición de penas sin fundamento legal alguno.¹³⁶

2. *Infracciones Electorales*

En lo que se refiere a las infracciones electorales, a estas se las puede definir como una serie de acciones y omisiones que atentan contra los principios que rigen un sistema electoral en un Estado Democrático, ya que por su propio carácter son definidas y castigadas por el Código Electoral y no por el Código Penal.¹³⁷

El juez de lo contencioso electoral, cuando avoque conocimiento de la causa, determinará el día y la hora en la que se llevará a cabo la Audiencia de Juzgamiento; a esta asistirá el presunto infractor con su abogado. En esta audiencia podrá requerirse de la presencia de peritos, intérpretes y testigos, y en ella se evacuará toda la prueba de cargo y de descargo. De la resolución que emita el juez podrá apelarse ante el Pleno del TCE.¹³⁸

Las infracciones electorales se dividen en razón de quien las realiza, así: a) Las realizadas por los sujetos políticos. b) Las realizadas por los medios de comunicación. c) Las realizadas por autoridades y servidores públicos. d) Las realizadas por la ciudadanía en general.¹³⁹ Todas estas infracciones son sancionadas por el TCE con la

¹³⁶ Art. 272 del Código de la Democracia.

¹³⁷ Francisco Fernández Segado y J. Fernando Ojesto Martínez Porcayo, "Delitos y Faltas Electorales", en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p.

¹³⁸ Art. 249 al 257 del Código de la Democracia.

¹³⁹ Art. 275, 276, 277, 285 y 291 del Código de la Democracia.

destitución del cargo, con multa pecuniaria y con la suspensión de los derechos políticos y de participación.¹⁴⁰

a) Las realizadas por los sujetos políticos

Constituyen infracciones de los sujetos políticos el incumplimiento de obligaciones señaladas en la ley, la inobservancia de las resoluciones del CNE y del TCE, el incumplimiento de las normas relativas a gasto y financiamiento electoral, la realización anticipada de campaña y proselitismo electoral, el no atender los requerimientos del CNE y del TCE y la contratación directa o por intermedias personas de publicidad en radio y televisión.¹⁴¹

b) Las realizadas por los medios de comunicación.

En lo que se refiere a los medios de comunicación, se constituyen en infracciones: el transmitir propaganda electoral, pagada o gratuita, aparte de la contratada por el CNE; incumplir disposiciones referentes a la propaganda electoral; incumplir las transmisiones ordenadas por el CNE; manipular la programación o superposición de la propaganda electoral para denigrar a las personas.¹⁴²

c) Las realizadas por autoridades y servidores públicos

Son infracciones de autoridades y servidores públicos: no prestar la colaboración requerida por los organismos electorales, usar bienes públicos con fines electorales, no

¹⁴⁰ Art. 281 del Código de la Democracia.

¹⁴¹ Art. 275 del Código de la Democracia

¹⁴² Art. 277 del Código de la Democracia.

proporcionar información solicitada por los organismos electorales e interferir en el proceso electoral.¹⁴³

d) Las realizadas por la ciudadanía en general.

Constituyen infracciones cometidas por los electores y electoras, el no sufragar, el consumir o expender bebidas alcohólicas el día de las elecciones, el presentarse el día de las elecciones en estado etílico o portando armas y el hacer propaganda electoral en los días de prohibición.¹⁴⁴

¹⁴³ Art. 276 del Código de la Democracia.

¹⁴⁴ Art. 291 del Código de la Democracia.

CAPITULO 3. JUSTICIA ELECTORAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR

Uno de los principios básicos del Derecho Constitucional es el de la supremacía de la Constitución. Este principio significa que las normas constitucionales (al igual que los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que reconocen derechos más favorables de los que reconoce la Constitución) tienen el más alto nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico. Esto obliga a que todos los actos de las funciones y órganos del Estado estén conformes y guarden armonía con lo que dispone la Constitución.¹⁴⁵

La supremacía constitucional impone la obligación a autoridades, funcionarios públicos, ciudadanos y ciudadanas de acatar la Constitución. Entre estos funcionarios están los jueces que tienen el imperativo de aplicar directamente la Constitución y las disposiciones de los instrumentos internacionales que más favorezcan para el desarrollo y cumplimiento de los derechos humanos. Los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por lo que no hay la necesidad que exista una norma jurídica que garantice su aplicación.¹⁴⁶

La validez de las normas, actos normativos, actos administrativos con efectos generales y demás actos emanados por los órganos y funciones del Estado ya no únicamente se limitan a la validez formal¹⁴⁷. La validez también se refiere a la validez sustancial o material, es decir determinar si su contenido es coherente con los

¹⁴⁵ Art. 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador

¹⁴⁶ Art. 427 y 428 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁴⁷ Es decir a determinar si cumplieron o no con el procedimiento de creación establecido o si fueron elaborados por la autoridad competente

principios, derechos fundamentales y demás consideraciones axiológicas establecidas en la Constitución.¹⁴⁸

De igual forma, la Constitución señala que el contenido de los derechos se desarrolla de manera progresiva siendo inconstitucional toda norma u acto que limite o restrinja el contenido de los derechos. Hay que recordar que al hablar de derechos no solo se refiere a los derechos reconocidos en la Constitución sino también a los derechos reconocidos en los tratados y convenios internacionales y aquellos que se derivan de la naturaleza humana. Los derechos humanos por lo tanto son plenamente justiciables y gozarán de garantías que permitan a las personas un adecuado acceso, goce, ejercicio y desarrollo de los mismos.

Por esta razón es necesario que el Estado ejerza un control que permita que todos los actos del poder público estén conforme a lo que dispone la Constitución, formal y material. Dicho control se lo denomina control de constitucionalidad y está conformado por una serie de instituciones jurídicas, sustantivas y procesales que permiten: 1) Conservar las normas constitucionales, 2) prevenir su violación, 3) reprimir su desconocimiento y 4) buscar un desarrollo y evolución de la normativa constitucional tanto en su sentido formal como material.¹⁴⁹

Una de las instituciones del control de constitucionalidad son las garantías jurisdiccionales. Las garantías jurisdiccionales son instituciones jurídicas netamente procesales que permiten la restitución, reparación y reintegración del orden

¹⁴⁸ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 31 y 32

¹⁴⁹ Flavio Galván Rivera, "El control de constitucionalidad de los actos de las autoridades electorales", en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 1083.

constitucional infringido y de los derechos de las personas vulnerados, a pesar de la existencia de instrumentos protectores que no siempre resultan suficientes.¹⁵⁰

Las garantías jurisdiccionales por lo tanto son instrumentos que permiten a una persona acceder a esos derechos y repararlos, cuando estos han sido lesionados o vulnerados por el poder estatal o por otros seres humanos, exigiendo del Estado una tutela efectiva y directa de los derechos al ser este el principal garante de los derechos.

La Constitución del Ecuador establece cinco acciones como garantías jurisdiccionales: 1) La Acción de Protección, 2) la Acción Extraordinaria de Protección, 3) la Acción Extraordinaria de Protección contra las resoluciones de la justicia indígena, 4) la Acción de Incumplimiento y 5) la Acción de Acceso a la Información Pública. También existen los recursos de Habeas Corpus y Habeas Data que son garantías tradicionales de la doctrina constitucional¹⁵¹.

Para el caso materia de este análisis será propicio únicamente referirnos a la Acción de Protección, a la Acción Extraordinaria de Protección (como control concreto de constitucionalidad) y a la Acción de Inconstitucionalidad (como control abstracto).

a. Acción de Inconstitucionalidad.

Hay que señalar que la Acción de Inconstitucionalidad no es una garantía jurisdiccional en estricto sentido ya que no tiene como finalidad única la protección y restitución de los derechos si no que busca precautelar el principio de supremacía constitucional en un sentido más amplio. La Acción de Inconstitucionalidad busca

¹⁵⁰ *Ibíd*em, p. 1084.

¹⁵¹ Título III capítulo tercero de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico eliminando incompatibilidades de fondo y forma con la Constitución, es decir busca determinar si existe concordancia entre un acto normativo o un acto administrativo con efectos generales y la Constitución. Esta acción la conoce y se la tramita ante Corte Constitucional.¹⁵²

b. Acción de Protección.

La Acción de Protección, en cambio, sí tiene por objeto la tutela de los derechos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales y aquellos que se deriven de la dignidad de la persona humana, cuando estos no estén amparados en las otras acciones antes mencionadas. Para poder plantearla deberá haber la violación de un derecho por una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular y no existir un mecanismo judicial adecuado para su reparación¹⁵³. Los jueces ordinarios de primera instancia son competentes para conocer estas acciones, cuyas decisiones son apelables ante la respectiva Corte Provincial de Justicia.¹⁵⁴

c. Acción Extraordinaria de Protección

Esta acción tiene como finalidad la tutela de los derechos que hayan sido violados en sentencias, resoluciones o autos definitivos jurisdiccionales. Es decir a más de los derechos humanos los derechos relativos al debido proceso¹⁵⁵. Esta acción se presenta ante la misma judicatura que dictó la resolución definitiva, quien ordena remitir la sentencia a la Corte Constitucional.¹⁵⁶

¹⁵² Art. 74 y 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

¹⁵³ Art. 39 y 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

¹⁵⁴ Art 7 y 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

¹⁵⁵ Art. 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

¹⁵⁶ Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

3.1. Estado actual del Control de Constitucionalidad sobre los Actos de la Justicia Electoral en el Ecuador y la Tutela de los Derechos de Participación Política.

Dentro de la materia electoral, y en este caso en particular en lo que se refiere a la jurisdicción contenciosa electoral es necesario hacer un análisis que nos permita determinar el alcance del control de constitucionalidad (tanto abstracto como concreto) sobre la jurisdicción electoral.

31.1. Control Abstracto y Acción de Inconstitucionalidad

El control de constitucionalidad abstracto es una garantía que permite que todos los actos de los poderes públicos y de los particulares guarden concordancia con lo que dispone la Constitución formal y material. Es decir no solo busca establecer que los actos y las resoluciones sean dictados por la autoridad competente encargada de hacerlo y de acuerdo al procedimiento establecido, sino que también busca que no se restrinjan el acceso, goce, ejercicio y desarrollo de los derechos de las personas y colectivos.¹⁵⁷ De esta manera, al garantizar la supremacía de la Constitución se garantiza también la supremacía de los derechos humanos por sobre toda norma o acto de poder.

El control de constitucionalidad abstracto implica reconocer que el trabajo del legislador, y también de otras autoridades públicas, no siempre es el correcto y que es perfectible al ajustar el contenido de la ley y de los demás actos del poder público a la pluralidad de valores e intereses reconocidos en la Constitución¹⁵⁸

En lo que se refiere al control abstracto en materia electoral, este se lo ejerce a través de la acción de inconstitucionalidad y es realizado por la Corte Constitucional

¹⁵⁷ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 31 y 32

¹⁵⁸ Antonio Peña Freire, *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 211, 212 y 213.

quien realiza un examen de la constitucionalidad de las normas electorales dictadas por el legislativo y de los actos administrativos con efectos generales de los dos órganos de la Función Electoral.

3.1.2. Control Concreto: Acción de Protección y Acción Extraordinaria de Protección.

En el control concreto de constitucionalidad se valoran los efectos de un acto normativo, de un acto con efectos generales o particulares o de un acto jurisdiccional sobre un caso particular, permitiendo de esta manera la tutela y reparación de los derechos fundamentales en un caso determinado. La acción de amparo (la acción de protección o de tutela) o la acción de tutela contra sentencias judiciales (acción extraordinaria de protección) son formas de control concreto¹⁵⁹.

El control concreto sobre las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral se puede realizar mediante la Acción Extraordinaria de Protección y de la Acción de Protección. En lo que se refiere a la acción extraordinaria de protección, la presentación de esta sobre las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral es improcedente. El Art. 62 numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala lo siguiente:

La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dicto la decisión definitiva; este ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de 5 días. La sala de admisión en término de 10 días verificará lo siguiente: 7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales.

¹⁵⁹ Edgar Corzo Sosa, "El control de constitucionalidad en materia electoral", en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 955

Aquí debemos analizar dos elementos: El primero se refiere a la improcedencia de la acción extraordinaria de protección sobre las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral durante los procesos electorales. El proceso electoral o época electoral es un período de tiempo que está comprendido entre el llamado a la elecciones que realiza el CNE hasta la proclamación de resultados oficiales que realiza el mismo organismo después de que se han evacuado todos los recursos contencioso electorales por parte del TCE.¹⁶⁰ En este período de tiempo, que dura mínimo cinco meses, las acciones extraordinarias de protección sobre estas resoluciones no serían admitidas a trámite.

El segundo elemento en cambio se refiere a la consecuencia de presentar estas acciones en época electoral. El solo planteamiento podría acarrear sanciones al proponente como la establecida en el Art. 64 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales que señala que cuando la acción extraordinaria de protección fuese interpuesta sin fundamento alguno la Corte Constitucional establecerá los correctivos respectivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sancione al abogado patrocinador, de acuerdo a lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial.

Por su parte, la Acción de Protección sobre las resoluciones del contencioso electoral igualmente serían improcedentes, ya que al tener las resoluciones del TCE el carácter de resoluciones judiciales, no cabría esta posibilidad en virtud de lo que dispone Art. 41 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que sostiene que: “La acción de protección procede contra: 1. Todo acto

¹⁶⁰ La época o período electoral va desde la convocatoria a elecciones realizada por el CNE hasta la proclamación de resultados oficiales.

u omisión de autoridad pública *no judicial* que viole o haya violados los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.”

Los actos administrativos del CNE tampoco podrían ser objeto de una acción de protección ya que se tienen que agotar todas las vías judiciales, y en este caso particular el numeral 7 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala que no procede dicha acción cuando los actos del CNE puedan ser impugnados ante el Tribunal Contencioso Electoral.

En este tema ya existe un antecedente que es recogido por la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral¹⁶¹, ya que dentro de la causa Nro. 80-2009-TCE el juez del TCE procedió a sancionar a un juez ordinario que conoció una acción de protección sobre un acto administrativo de un órgano desconcentrado del CNE. Este juez declaró al TCE como máximo órgano de administración de justicia en materia electoral en época de elecciones. Según dicha sentencia el Tribunal es competente para conocer todo lo relacionado con la garantía de los derechos políticos y de participación democrática, asumiendo la competencia privativa de conocer sobre la legalidad y constitucionalidad en asuntos sobre materia electoral. Además el juez del TCE declaró incompetente a los jueces ordinarios de conocer acciones de protección contra los actos de la función electoral, ya que los consideraría como una intromisión en el proceso de elecciones

¹⁶¹ Recordemos que por mandato del Art. 221 de la Constitución de la República los fallos que emita el Tribunal Contencioso Electoral son de última instancia, inmediato cumplimiento y constituyen jurisprudencia electoral. De otro la misa jurisprudencia del órgano jurisdiccional en materia electoral sostiene que: “al Tribunal Contencioso Electoral, según el artículo 221, le corresponde crear un sistema de precedentes jurisprudenciales; esta facultad tiene por objeto unificar criterios en materia de derechos de participación que se expresan a través del sufragio por lo que no es posible ni conveniente que existan organismos ajenos a la Función Electoral que puedan establecer nuevos criterios en desmedro de la unidad y coherencia del sistema jurídico, así como, del derecho a la seguridad jurídica.”. Ver: Causa No. 361-2009 del Tribunal Contencioso Electoral.

sancionado por la Ley Orgánica de Elecciones (vigente en ese momento) con destitución del cargo y pérdida de los derechos políticos¹⁶².

El Tribunal Contencioso Electoral se declaró competente de conocer acciones de protección; mediante resolución Nro. 331-15-05-2009 publicada en Registro Oficial Nro. 607 de 8 de junio del 2009 dictó un reglamento especificando el procedimiento para su tramitación (debido a la facultad normativa que les otorgaba el Art. 15 Régimen de Transición de la Constitución y en virtud del principio de aplicación directa de la Constitución establecido en su Art. 426).

Dicho reglamento estaría derogado ya que con la terminación del régimen de transición de la Constitución, todas las normas que dictaban tanto el CNE como el TCE eran derogadas por el nuevo ordenamiento jurídico (en el presente caso por el Código de la Democracia y la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional). De esta manera los requisitos y el procedimiento para la tramitación de las acciones de protección estarían establecidos únicamente en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Por consiguiente, dentro de la jurisprudencia del TCE se habría producido un cambio trascendental, ya que durante el período electoral comprendido para el desarrollo de las elecciones generales del 2009, el juez del contencioso electoral en varias de sus resoluciones sostenía que:

[...] la Acción de Protección es una garantía fundamental, de naturaleza jurisdiccional y de aplicación residual. Es decir, procede únicamente cuando existe vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad

¹⁶² Causa Nro. 80-2009-TCE Junta Provincial Electoral de Los Ríos contra Carlos Yanzapanta Tizalema (Juez 13 de lo Civil de los Ríos con sede en el cantón Montalvo).

pública que no ejerciere potestades de tipo jurisdiccional, según lo expresa el artículo 88 de la carta fundamental. Asimismo, por su naturaleza residual, la Acción de Protección procede exclusivamente cuando el ordenamiento jurídico no previere una vía procesal específica, rápida y efectiva ante la justicia ordinaria, para canalizar la pretensión jurídica en concreto.¹⁶³

El juez contencioso electoral, por lo tanto, se declaraba competente para conocer acciones de protección. El juez del TCE se fundamentaba en tres criterios: 1) El TCE es el máximo organismo jurisdiccional en materia de derechos de participación que se ejercen a través del sufragio, 2) el TCE tiene competencia nacional, y 3) existe prohibición constitucional que se alegue falta de norma para inobservar los principios de supremacía constitucional y de aplicación directa de la Constitución.¹⁶⁴

El juez contencioso electoral luego de la promulgación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que no es competente para conocer las acciones de protección. Este criterio lo fundamenta en los siguientes criterios: 1) De acuerdo con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad, la jurisdicción constitucional está conformada por los jueces de primera instancia, las Cortes Provinciales de Justicia, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional. 2) Los jueces de primera instancias son los únicos competentes para conocer las acciones de protección, ya que no puede derivarse dicha competencias a los jueces del Tribunal Contencioso Electoral.¹⁶⁵ 3) La acción de protección es una acción residual que se la aplica cuando no hay una vía judicial para reclamarla. En este caso los reclamos de los actos que emanan del Consejo Nacional Electoral tienen

¹⁶³ Ver causas Nro. 587-2009; 588-2009; 589-2009; 597-2009; 599-2009; 600-2009; y, 605.2009 del Tribunal Contencioso Electoral.

¹⁶⁴ Ver causa Nro. 361-2009 del Tribunal Contencioso Electoral.

¹⁶⁵ Ver causa 54-2010 del Tribunal Contencioso Electoral.

recursos jurisdiccionales previstos en el Código de la Democracia, los cuales pueden ser planteados ante el Tribunal Contencioso Electoral.

Como vemos, en el criterio del Tribunal Contencioso Electoral hay un retroceso enorme. En un primer momento, durante el Régimen de Transición (que se dio después de la aprobación y de la entrada en vigencia de la nueva Constitución), existía confusión dentro del marco jurídico con la creación de la jurisdicción especializada en materia electoral y la aplicación de las garantías jurisdiccionales. El juez del contencioso electoral admite estas acciones como la única posibilidad de tutelar los derechos políticos cuando las decisiones de los órganos electorales presuntamente hubieren lesionado dichos derechos; pero en un segundo momento cierra esta posibilidad indicando que no es el competente, que su única función es tutelar los derechos en vía jurisdiccional, indicando que ya existe un marco normativo que permite regular las acciones jurisdiccionales para la protección de derechos. El juez del contencioso electoral analizó la validez formal de ese marco normativo y no su validez material, es decir no determinó si esa normativa permite un adecuado ejercicio y protección de los derechos.

El juez de lo contencioso electoral no analizó la validez material para justificar la necesidad de no admitir dichas acciones de protección. En este sentido es preocupante observar que la propia garantía normativa de protección de los derechos no permite el ejercicio de garantías jurisdiccionales lesionando aún más el derecho por ausencia de garantías.

Hay que recordar que las garantías son mecanismos para la protección de los intereses y las necesidades que constituyen el objeto del derecho, existen, por tanto, garantías políticas (garantías primarias) que son mecanismos de protección encomendados a la administración o al poder legislativo (ordinario o constitucional) y

garantías jurisdiccionales (garantías secundarias) que son mecanismos que se tramitan ante jueces y tribunales.¹⁶⁶

Para Ferrajoli la importancia en la distinción entre derechos y garantías se da para evitar que se crea que por ausencia de garantías los derechos no existen o no tiene ningún valor. La ausencia de garantías no es otra cosa que una violación más a los derechos, que provoca a su vez una laguna o un vacío dentro del ordenamiento jurídico que debe ser llenado por la legislación.¹⁶⁷ Las garantías normativas establecidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales restringen el ejercicio de las garantías jurisdiccionales en materia electoral ocasionando un consecuente detrimento en el ejercicio y goce de los derechos políticos.

3.2. Análisis de Casos: Jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia electoral y de derechos políticos y de participación.

3.2.1 Jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral

Este análisis de casos tiene como finalidad analizar la evolución del criterio del juez contencioso electoral en la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral. Es necesario identificar los elementos que en un primer momento le llevan al juez a reconocerse competente para conocer acciones de protección en materia de derechos políticos, para posteriormente en un segundo momento inhibirse, al declararse incompetente de conocer esas acciones. Dicho análisis se centrará en dos resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral, una sentencia en la que el juez electoral argumenta sus razones para

¹⁶⁶ Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello, "los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas", en *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Barcelona, Editorial Huygens, 2008, p. 151

¹⁶⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías La ley del más débil*, México, Editorial Trotta, 2001, p. 41

declararse competente, y un auto inhibitorio posterior en el que desvirtúa dicha competencia.

SENTENCIA 361-2009-TCE

a) Introducción

Rafael Amado Navarrete Espinoza participó como candidato a Alcalde del cantón Guayaquil provincia del Guayas por el movimiento MANA, listas 14, en las elecciones generales del año 2009. Navarrete presentó una acción de protección ante el Tribunal Contencioso Electoral aduciendo que el Consejo Nacional Electoral (órgano administrativo electoral) a través de la Delegación Provincial Electoral del Guayas violó su derecho a la igualdad formal y material y a la no discriminación. El candidato sostiene que se le disminuyó de manera sustancial el valor asignado en el fondo de promoción electoral. Además alega que no recibió una respuesta oportuna a su reclamo en sede administrativa agravándose más la lesión de su derecho.

b) Argumentación del Tribunal Contencioso Electoral

El Tribunal Contencioso Electoral señaló que la Constitución de la República establece la existencia de garantías jurisdiccionales para alcanzar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. En este sentido el juez del TCE señala que la efectividad de dichas garantías debe estar de acuerdo con el Art. 11 numeral 9 de la Constitución que señala que el más alto deber del Estado es el respeto de los derechos humanos. El juez recalca que al hablar de derechos humanos no solo se refiere a los reconocidos por la Constitución de la República, sino también a los reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos y otros que se derivan de la naturaleza humana.

La acción de protección está establecida en el Art. 88 de la Constitución de la República y procede en contra de una vulneración de derechos ocasionada por una acción u omisión de una autoridad pública no judicial. Si bien el Art. 86 determina las reglas procedimentales para su tramitación, el juez señala que el Tribunal Contencioso Electoral ha adaptado dicho procedimiento a su estructura institucional. En providencia de 15 de mayo del 2009 el Tribunal señala el procedimiento provisional hasta la expedición de la disposición legal al respecto.

Cabe recalcar que el juez del contencioso electoral precisa que si bien la Constitución de 1998 señala que el órgano competente para conocer la acción de amparo (actual acción de protección) sería el órgano de la Función Judicial designado por la Ley. La nueva Constitución del 2008 no hace discriminación que un juez o jueza del Tribunal Contencioso Electoral se encuentre exento de garantizar la tutela efectiva de derechos fundamentales. El Tribunal señala que asumir la competencia del conocimiento de acciones de protección es una expresión de la relevancia jurídica, jurisdiccional y normativa que tienen los derechos humanos dentro del Estado Constitucional de Derechos y de Justicia.

El juez del contencioso electoral sostiene que si bien el Tribunal es competente para garantizar en sede jurisdiccional el ejercicio de los derechos relativos al sufragio, no tendría sentido que este mismo Tribunal dentro del ámbito que pretende tutelar se inhiba del conocimiento de la acción de protección alejándose de la norma específica lo cual está plenamente prohibido por el principio de plena judicialización de los derechos y de aplicación directa de la Constitución.

De la misma manera en cuanto a la competencia en razón del territorio, este juez señala que si bien la competencia es cantonal en razón del lugar en donde se dé el acto

que lesiona o restringe derechos, esta especificación no es aplicable para este caso ya que solo se la utiliza cuando el juez tiene competencia cantonal, provincial y regional. En este caso el Tribunal Contencioso Electoral tiene competencia nacional en virtud del Art. 217 de la Constitución.

De otro lado, en el trámite de dichas acciones se garantizan los principios básicos del debido proceso, como el principio de la doble instancia al señalar que las apelaciones de las resoluciones de dichas causas las conocerá un tribunal de alzada. Este estará integrado por tres jueces designados por sorteo en el que no participará el juez que intervino en calidad de juez a quo.¹⁶⁸

Para finalizar el Tribunal Contencioso Electoral señala que de acuerdo con el Art. 221 es competente para realizar un sistema de precedentes jurisprudenciales lo que le permite unificar criterios en materia de derechos de participación (derechos políticos) que se expresan a través del sufragio. Por lo mismo no es conveniente que existan órganos ajenos a la Función Electoral que puedan establecer criterios en desmedro de la unidad y coherencia del sistema jurídico atentando contra la seguridad jurídica.

En resumen el Tribunal Contencioso Electoral tal como se señala en la propia sentencia sigue la interpretación literal que más se ajusta a la integralidad de la Constitución y que mejor favorece a la vigencia de los derechos humanos en virtud de lo que dispone el Art. 427 de la Constitución. De esta manera dicho Tribunal se declara competente para conocer acciones de protección por los siguientes motivos: a) Por ser el organismo dotado de potestades jurisdiccionales en materia de derechos de participación que se expresan a través del sufragio; b) por que posee competencia a nivel nacional; y,

¹⁶⁸ Resolución Nro. 331-15-05-2009 del TCE publicada en el Registro Oficial Nro. 607 de 8 de junio del 2009

c) por que existe prohibición expresa de alegar falta de ley para inobservar la supremacía constitucional y el principio de aplicación directa de la Constitución.

c) Decisión del Tribunal Contencioso Electoral.

El Tribunal Contencioso Electoral admite a trámite la acción de protección presentada por el ex candidato a Alcalde del cantón Guayaquil provincia del Guayas por el movimiento MANA, pero luego del trámite de ley se la rechaza ya que no se encuentran lo suficientes elementos de fondo que configuren una lesión al derecho de igualdad formal y material. En este sentido se deja a salvo toda acción ante la justicia ordinaria que el accionante se creyere facultado en contra de las personas que pudieron causarle un perjuicio en sus legítimas aspiraciones electorales.

d) Análisis del Caso: Conclusiones

El juez del contencioso electoral en este caso privilegia la protección de los derechos políticos, evitando que la falta de una garantía ocasione un estado de indefensión durante un proceso electoral. El juez prioriza los principios de aplicación directa de la Constitución que consiste en la prohibición de alegar la falta de norma para la no aplicación de las disposiciones constitucionales, la necesidad de dotarles a los derechos de mecanismos de protección para su desarrollo pleno y efectivo, y la necesidad de garantizar la vigencia de la supremacía constitucional.

La intención del juez del contencioso electoral es positiva, aunque hay que tomar en cuenta que por la facultad normativa que les otorgaba el Art. 15 de la Constitución para viabilizar el ejercicio de su competencias se podrían haber cometido excesos como el atentar contra el principio de reserva de ley al regular procedimientos jurisdiccionales, el violar principios del debido proceso como la doble instancia y la imparcialidad

al no asegurar dos instancias reales independientes la una de la otra en la tramitación de la acción de protección; y el declararse jueces supremos en materia electoral excluyendo a otros órganos como los de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional en la tramitación de las garantías jurisdiccionales.

Lo correcto hubiese sido que en aplicación estricta de la Constitución, se hubiese permitido que los jueces de primera instancia conozcan las acciones de protección sobre derechos políticos al ser estos derechos parte de la gama de los derechos humanos y al guardar relación con otros derechos como la igualdad, la libertad de reunión y asociación, etc. En este sentido para evitar una alteración en el desarrollo del proceso electoral regido por plazos cortos denominados fatales bastaba regular la tramitación de dichas acciones en plazos igualmente cortos y ágiles.

AUTO DE INADMISIÓN. CAUSA 054-2010-TCE

a) Introducción

El señor Pujupat Jorge Chamik Tsenkush en su calidad del alcalde del cantón Twintza provincia de Morona Santiago presenta un acción de protección y solicita que en sentencia se declare que se le han vulnerado sus derechos constitucionales (no especifica cuáles) y se ordene la reparación integral, material e inmaterial del daño ocasionado. Solicita de esta manera que de forma inmediata e incondicional se suspenda el proceso de revocatoria del mandato y varios de los actos administrativos que dan inicio a este proceso como es el caso del informe del Director de Organizaciones Políticas del Consejo Nacional Electoral sobre la calificación de la pertinencia de la entrega del formulario.

El alcalde del cantón Twintza provincia de Morona Santiago interpone la presente acción de protección en virtud de lo dispuesto en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en concordancia con la resolución 331 publicada en el registro oficial número 607 del 8 de junio de 2009 la cual establece el procedimiento para que el Tribunal Contencioso Electoral conozca y tramite acciones de protección.

Además, el accionante señala en su petitorio que el Tribunal Contencioso Electoral es competente para conocer dichas acciones por que se encuentran en período electoral y dicho Tribunal ha señalado que en dicho período se constituye en el máximo organismo de justicia en esta materia, motivo por el cual, los jueces de primera instancia se inhiben de conocer las acciones de garantías constitucionales en esta materia.

b) Argumentación del Tribunal Contencioso Electoral

El juez electoral sostiene que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en este sentido tiene por objeto garantizar jurisdiccionalmente los derechos humanos reconocidos por la Constitución y por los instrumentos internacionales de derechos humanos, además de garantizar la supremacía constitucional. Por lo mismo, de acuerdo con el Art. 166 de dicho cuerpo normativo, son parte de la jurisdicción constitucional los juzgados de primer nivel, las Cortes Provinciales, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, y son competentes para conocer esta acción los jueces de primer nivel y las Cortes Provinciales en el caso de una apelación a las sentencias dictadas por los jueces de primer nivel.

El juez electoral señala que la resolución número 331 publicada en el registro oficial 607 de 8 de junio del 2009, que se refiere al trámite de las acciones de protec-

ción, se dictó en el marco del Art. 426 de la Constitución, del Art. 15 del Régimen de Transición de la Constitución y del segundo inciso del Art. 31 de las Normas Indispensables para viabilizar el ejercicio de las competencias del Tribunal Contencioso Electoral. Con la entrada en vigencia del Código de la Democracia y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se ha derogado la resolución 331 del 15 de mayo del 2009 y las Normas Indispensables para viabilizar el ejercicio de las competencias del Tribunal Contencioso Electoral conforme a la Constitución que otorgaba competencia a este Tribunal para conocer acciones de protección.

El juez electoral señala que desde el Art. 39 al 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se indica el procedimiento para la tramitación de las acciones de protección, el Art. 42 numeral 7 señala que no procede la acción de protección cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y este pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. El juez electoral señala que la acción de protección es una garantía fundamental de aplicación residual que procede exclusivamente cuando el ordenamiento jurídico no prevé una vía específica, rápida y efectiva ante la justicia ordinaria o contenciosa electoral.

Se señala además que ante el Tribunal Contencioso Electoral se pueden plantear: el recurso ordinario de apelación, la acción de queja, el recurso extraordinario de nulidad y el recurso excepcional de revisión. Estos se sujetan a los principios del debido proceso y a los principios de transparencia, publicidad, intermediación, eficacia, celeridad y economía procesal. El juez electoral señala que el accionante no ha hecho uso de ninguno de estos tipos de acciones y recursos en sede jurisdiccional electoral, por lo que no es válido el argumento, que el accionante se encuentra en absoluto estado de indefensión e inseguridad jurídica

Para finalizar, el juez electoral señala que no es válido el argumento del accionante, quien sostiene que la competencia para el conocimiento de dichas acciones se derive de los jueces de la Función Judicial a los jueces del contencioso electoral.

c) Decisión del Tribunal Contencioso Electoral.

El juez electoral manifiesta que es responsable de aplicar las garantías jurisdiccionales del debido proceso, la garantía de especialidad y competencia así como el principio de legalidad en las resoluciones que adopte en los recursos que se interpongan en sede contenciosa electoral; por estas consideraciones resuelve inadmitir la acción de protección propuesta dejando a salvo el derecho del alcalde del cantón Tiwintza de ejercer las acciones de que se crea asistido ante los órganos competentes.

d) Análisis del Caso: Conclusiones

La acción de protección tiene por objeto el amparo eficaz y directo de los derechos reconocidos por la Constitución. La acción de protección se puede interponer cuando exista omisión o vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial. También se puede interponer contra políticas públicas cuando supongan privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales contra particulares, si la violación del derecho provoca daños graves, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

En este sentido se produce un retroceso cuando el juez del TCE se contradice en su papel de garante de los derechos políticos. Por un lado es correcto que el juez se someta a las disposiciones constitucionales y devuelva dicha competencia a la jurisdicción ordinaria y que tome en cuenta el carácter residual de la acción de

protección como filtro para su admisión; pero por otro lado, no se toma en cuenta ni se valora si las acciones de garantías jurisdiccionales en manos de la jurisdicción ordinaria son eficaces y tutelan los derechos políticos. El juez del TCE se encontraba prácticamente en la misma situación por la cual decidió admitir dichas acciones a trámite. En esta situación el juez de lo contencioso electoral en el mejor de los casos debió suspender la causa y acudir en consulta ante la Corte Constitucional en virtud de lo que dispone el art. 428 de la Constitución de la República.¹⁶⁹

3.2.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El análisis de los dos casos del Tribunal Contencioso Electoral es necesario confrontarlo con el análisis de una sentencia emblemática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos. La importancia en esta confrontación radica en que existen elementos comunes tanto en el caso ecuatoriano como en el caso mexicano. Estos elementos comunes son: 1) la falta de un recurso sencillo y efectivo para el control de constitucionalidad y la tutela de los derechos políticos en el ordenamiento jurídico mexicano y ecuatoriano; 2) la imposibilidad del órgano jurisdiccional en materia electoral (en México el Tribunal del Poder Judicial de la Federación –TRIFE– y en Ecuador el Tribunal Contencioso Electoral) de declarar la inaplicación de normas legales por ser inconstitucionales, siendo la única vía para proclamar la inconstitucionalidad la acción de inconstitucionalidad; 3) la limitación a

¹⁶⁹ “Art. 428.- Cuando una juez o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si ha transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.”

determinadas materias a la acción de amparo al excluir su aplicación en materia electoral; y 4) la restricción del ejercicio de los derechos políticos.

Estos elementos comunes nos permitirán de mejor manera ver los alcances del problema en nuestro ordenamiento jurídico y sus posibles implicaciones en el derecho internacional.

CASO CASTAÑEDA GUTMAN VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

a) Introducción.

Jorge Castañeda Gutman presenta el 12 de octubre del 2005 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de demanda. En la demanda se solicita que se declare a México como responsable por la violación del derecho a la protección judicial, a la participación política y a la igualdad ante la ley consagrado en los artículos 23, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁷⁰. En relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos y

¹⁷⁰ "Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

de adoptar medidas legislativas o de otro carácter de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de dicha convención.¹⁷¹

La demanda se refiere a la inexistencia de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos, en este caso la negativa de inscripción de la candidatura a la presidencia de México del señor Jorge Castañeda Gutman.

El Instituto Federal Electoral –IFE– que es el órgano administrativo electoral en México, con fecha 11 de noviembre del 2004 responde a la solicitud de inscripción como candidato. En dicho pronunciamiento el IFE niega la solicitud de Castañeda argumentando que de acuerdo con la legislación electoral mexicana para candidaturas nacionales se tiene que ser auspiciado por alguna de las organizaciones políticas que constan en el registro. Y de otro lado señala que el plazo para registro de candidaturas a la presidencia de México va desde el 1 al 15 de enero del año de la elección.

Ante esta decisión se presentó un amparo ante el juez séptimo de distrito en materia administrativa, demandándose la inconstitucionalidad del Art. 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales –COFIPE– y del acto administrativo del IFE. Dicha acción de amparo se fundamenta en lo siguiente: a) violación de las garantías individuales de ejercicio de la libertad de trabajo y participación en el

¹⁷¹ "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

desarrollo del régimen democrático de la vida política nacional; b) violación de la garantía individual de la igualdad ante la ley; y c) violación del derecho de libertad de asociación.

El juez rechazó el amparo al considerar que no hubo violación de derechos sino que fue un acto que resultó de la aplicación directa de la ley; además señaló que la acción de inconstitucionalidad es la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución. Dicha disposición guarda relación con la improcedencia legal del amparo contenida en la Ley de Amparo de México.

Sobre la resolución del juzgado séptimo se planteó un recurso de revisión ante el 14 Tribunal Colegiado en Materia Electoral del Primer Circuito sobre cuestiones legales y constitucionales. Dicho Tribunal resolvió las cuestiones legales y por la facultad de abstracción que permite la Constitución Federal Mexicana se planteó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelva las cuestiones de constitucionalidad. En este sentido el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió confirmar la sentencia recurrida.

Hay que señalar que el señor Castañeda Gutman no acudió ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación –TRIFE– para presentar el juicio para la protección de derechos electorales del ciudadano, ya que dicho recurso es un proceso ineficaz e inaccesible por disposición expresa de la Ley y de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. En las mencionadas disposiciones normativas se señala que el TRIFE no tiene facultades para declarar la inaplicación de normas de carácter electoral por ser violatorias a la Constitución ni declarar su inconstitucionalidad, la única vía posible para este efecto es la acción de inconstitucionalidad.

El 26 de octubre del 2006 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el informe de admisibilidad y de fondo en los términos del Art. 50 de la Convención.¹⁷² Este informe contenía una serie de recomendaciones al estado de México entre las cuales se encontraba una serie de reformas en el orden legislativo interno y la exigencia al IFE que inscriba como candidato a la presidencia de México al señor Jorge Castañeda Gutman.

Este informe fue notificado al estado de México el 21 de diciembre del 2006 dándole un plazo de dos meses para informar sobre las acciones emprendidas con el propósito de implementar las recomendaciones de la Comisión.

Luego de conocer el escrito estatal sobre las recomendaciones contenidas en el informe de admisibilidad y de fondo, al ver una falta de avance en el cumplimiento efectivo de dichas recomendaciones la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derecho Humanos el 5 de junio del 2007.

El 6 de octubre del 2005 se inició formalmente el proceso electoral en México, dándose las inscripciones de las candidaturas para la presidencia de la república del 1 al 15 de enero del 2006. El señor Jorge Castañeda Gutman no presentó una solicitud de inscripción de candidatura durante dicho plazo.

¹⁷² “1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48. 2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. 3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.”

b) Argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sobre la violación al Derecho a la Protección Judicial establecido en el Art 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos: Acción de Amparo y Juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano en México.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es del criterio que el sentido de protección que tiene el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos recaiga en la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha existido o no violación de un derecho y en el caso de haberlo, que dicho recurso sea útil para restituirlo.

La Corte sostiene que la existencia de un recurso judicial no solo se traduce en la existencia de tribunales o procedimientos formales sino en que los recursos deban tener efectividad, es decir, brindar a la persona la posibilidad de acudir en forma oportuna a los tribunales para que estos se manifiesten sobre el fondo del asunto.

La Corte señala que la existencia de esta garantía es uno de los pilares básicos del Estado de Derecho. Así mismo el deber del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la convención incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas que conlleven a la observancia directa de derechos y libertades. Así como la adopción de medidas para suprimir ciertas prácticas que entrañen una violación a los derechos y garantías.

En este caso la Corte señala que en México no existía un recurso sencillo, rápido y efectivo que permita realizar cuestionamientos sobre la constitucionalidad de las leyes electorales. Tanto la acción de amparo y el recurso para la protección de los derechos

políticos electorales no reunían los requisitos de idoneidad para solucionar la situación demandada por la víctima.

La Corte manifiesta que el amparo habría sido una vía idónea si no fuera por la exclusión de su ámbito de la materia electoral siendo irrazonable que un Estado limite el recurso de amparo a ciertas materias sin establecer otro recurso de tutela rápido y sencillo para materias no protegidas por el amparo. La resolución del juez de primer nivel como la ratificación del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cierra por completo las puertas a la víctima a la justicia del Estado violando el Art. 25 de la Convención.

La Corte hace énfasis que es incompatible con la convención un Estado que limite el recurso de amparo a ciertas materias aún más cuando no provee otro recurso de similar naturaleza o de similar alcance para los derechos humanos que no los protege con la acción de amparo. Esto es relevante en materia de derechos políticos que son derechos humanos de igual importancia y que la Convención prohíbe su suspensión así como de las garantías judiciales indispensables para su protección.

En lo referente al juicio de protección de los derechos político electorales que se tramita ante el TRIFE, aún cuando el estado alegó sobre la efectividad e idoneidad de este recurso la propia jurisprudencia del TRIFE demuestra lo contrario. Es así que dicho tribunal señala que no está en condiciones de desaplicar preceptos de la Ley aún cuando estos son contrarios a la Constitución. De la misma manera la Ley de Medios de Impugnación en materia electoral excluye el cuestionamiento de las leyes federales o locales con la Constitución. El mismo TRIFE en algún momento se pronunció sobre la constitucionalidad de normas jurídicas en materia electoral. Pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación dejó sentada la incompetencia del TRIFE para pronunciarse sobre

la constitucionalidad de las normas electorales. Ya que esta es competencia exclusiva del pleno de la Suprema Corte de la Nación a través de la acción de inconstitucionalidad.

De otro lado hay que manifestar que la Corte indica que en dicha Ley se señala que el juicio de protección de los derechos políticos electorales solo puede ser promovido por un ciudadano que haya sido propuesto por un partido político. Al no ser la víctima propuesto por ningún partido político dicho juicio habría sido declarado improcedente.

Tanto la accesibilidad como la efectividad de dicho juicio son cuestionadas por parte de la Corte. En el caso de la efectividad como ya se señaló anteriormente la propia jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que la Constitución no permite que el TRIFE ejerza un control de constitucionalidad de leyes electorales con motivo de actos o resoluciones en las que se hubiese aplicado dichas leyes. Ya que el control de constitucionalidad de leyes con efectos generales es competencia única de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Este criterio fue sostenido en mayo del 2002 ante una contradicción de criterios entre dicha Corte y el TRIFE ya que antes del 2002 el TRIFE desaplicó leyes locales contrarias a la Constitución en casos concretos. El mismo criterio fue sostenido en agosto del 2005 en la revisión del amparo promovido por el señor Castañeda Gutman y fue ratificado en febrero del 2006 cuando el TRIFE aplicó la jurisprudencia obligatoria en el caso del señor Héctor Montoya Fernández; quién alegó la inconstitucionalidad del Art. 175 del COFIPE ante la negativa del registro en el IFE como candidato independiente a la Presidencia de la República.

En este contexto el TRIFE no podía resolver una controversia contra un acto o resolución de autoridad electoral cuando esto implica pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley. La Corte añade que desde la reforma constitucional de 1996 en México la única vía para plantear la inconstitucionalidad de la Ley es la acción de inconstitucionalidad que es un recurso extraordinario y de legitimidad activa limitada.

Es recurso extraordinario por que se deriva del efecto de declarar la invalidez con efectos generales de las normas cuando la resolución obtiene la mayoría de ocho votos de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y es de legitimidad activa limitada porque los únicos legitimados para presentar dicha acción tal como lo establece el Art. 105 de la Constitución Mexicana son: determinadas fracciones parlamentarias federales o locales, el Procurador General de la República y a partir de la reforma de 1996 los partidos políticos registrados, sin que los individuos puedan interponerlo. Por lo mismo dicho recurso también se constituye en una vía ineficaz e inaccesible por parte de los ciudadanos.

Sobre la violación a los Derechos Políticos establecidos en el Art 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos: contenido y restricción.

Pese a que la Comisión Interamericana de Derecho Humanos no encontró una violación al Art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en su informe de admisibilidad y de fondo, por lo que posteriormente no alegó ante la Corte dicha violación, la Corte realizó un análisis sobre el contenido y sobre las posibles restricciones a las que se les puede someter a los derechos políticos.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos en este caso es del criterio que los derechos políticos son derechos humanos de fundamental importancia dentro del

sistema interamericano. Ya que se relacionan estrechamente con otros derechos como la libertad de expresión, de reunión y de asociación, haciendo posible y efectiva la democracia y el pluralismo político. La Corte considera que el ejercicio de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y un medio para garantizar los demás derechos previstos en la Constitución.

La Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los derechos:

1) A la participación en la dirección de los asuntos públicos directamente o por sus representantes libremente elegidos; 2) a votar y a ser votado en sufragio universal, directo y secreto; y 3) a acceder a las funciones públicas de su país. El Art. 23 no solo reconoce una serie de derechos si no que habla de oportunidades, es decir establece la obligación de garantizar todas las medidas para que una persona que sea titular de ese derecho pueda ejercerlos en una oportunidad real.

Estas obligaciones positivas se traducen en la obligación que tiene el Estado de organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio de los derechos políticos, es decir, el establecimiento de aspectos organizativos e institucionales que permitan implementar el acceso y ejercicio a dichos derechos, ya que estos derechos no tiene eficacia por si solos, sino únicamente en virtud de sus normas, porque son, por su misma naturaleza, inoperantes sin una estructura normativa, institucional, económica y humana.

De igual forma la Corte señala que la participación política puede incluir amplias y diversas actividades que pueden ser realizadas individual o colectivamente, con el propósito de designar a quienes gobernarán o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos o para influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa (plebiscitos, referendums, consultas, etc.). De otro

lado el derecho al sufragio activo y pasivo, supone que los ciudadanos puedan expresar libremente su voluntad y postularse como candidatos en condiciones de igualdad y ocupar cargos públicos respectivamente.

Se sostiene además que independientemente de las características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, directo, secreto y libre), ni el derecho internacional ni la Convención establece una modalidad o un sistema electoral específico. La Convención se limita a establecer estándares mínimos para que los Estados libremente regulen el ejercicio de los derechos políticos, siempre y cuando en dicha regulación se respete los requisitos de legalidad, finalidad legítima, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad con los principios de la democracia representativa.

En este sentido –continúa la Corte– el Art. 23 debe interpretarse en su integralidad de una manera armónica sin dejar de tomar en cuenta el resto de preceptos de la Convención y los principios básicos que la inspiran. Así el inciso 2 del Art. 23 señala que el ejercicio y las oportunidades de los derechos políticos pueden ser limitados en razón de la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o condena declarada por un juez competente en proceso penal.

Dentro de este caso el señor Castañeda Gutman alegó ante la Corte que en el marco jurídico mexicano el exigir como requisito indispensable para que una persona pueda participar en una contienda electoral el que sea auspiciado por una organización política es violatoria al segundo inciso del Art. 23 de la Convención. La Corte ha señalado que es obligación de los Estados no limitar excesivamente que los candidatos sean miembros o sean patrocinados por organizaciones políticas para ejercer estos derechos.

La Corte ya ha sostenido este criterio en el caso Yatama contra Nicaragua, señalando que no existe una disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos puedan ejercer el derecho a postularse a un cargo público únicamente a través de un partido político. En dicho caso la Corte sostiene que los principios de la jurisprudencia deben ser aplicados por los tribunales de forma evolutiva, progresiva y expansiva no solo permitiendo participar a los grupos de ciudadanos y organizaciones políticas sino también a los ciudadanos como persona individual. La Corte en este caso no desconoce la importancia de las organizaciones políticas para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero reconoce que no es la única forma de participación política.

Sobre dicha restricción al goce y ejercicio de los derechos políticos establecidos en el ordenamiento jurídico mexicano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza un análisis para determinar si dicha restricción esta conforme a los parámetros de legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad de la causa que han sido establecidos por la Corte.

En cuanto a la legalidad de la restricción esta se encuentra establecida en el Art. 175 de la COFIPE, siendo esta una ley en sentido formal y material, por lo que el requisito de legalidad se cumple pero hay que recordar que el señor Castañeda Gutman no alega que la medida restrictiva estuvo prevista en una ley si no que dicha restricción establecida en la Ley es contraria a los derechos políticos establecidos en Convención Americana.

En cuanto a la finalidad de la medida restrictiva, el Art. 23 no establece ciertas limitaciones como causas legítimas o finalidades permitidas para regular este derecho, únicamente establece ciertos aspectos o razones como la edad o capacidad civil en base

a los cuales serán regulados, sin embargo las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del Art. 23 numeral 1 de la Convención.

Un tercer elemento de análisis que utiliza la Corte es la necesidad de este requisito en una sociedad democrática. La Corte señala que el Estado ha fundamentado debidamente la necesidad de esta medida restrictiva, ya que responde a necesidades sociales y políticas históricas como la necesidad de crear un sistema de partidos fuertes como respuesta a una realidad con un solo partido hegemónico, el Partido de la Revolución Democrática, con más de 75 años en el poder; la necesidad de organizar de mejor manera el proceso electoral en un país con una alta densidad poblacional en la que todos tendrían el mismo derecho a participar; la necesidad de fortalecer un sistema de financiamiento electoral público que permita asegurar el desarrollo de elecciones auténticas, libres y en igualdad de condiciones permitiendo el ejercicio de la fiscalización de los fondos utilizados en las campañas. Todas ellas responden, según la Corte, a un interés público imperativo.

Para finalizar, en lo relativo al requisito de proporcionalidad, la Corte analiza una serie de alternativas para regular el derecho que sean igualmente idóneas a la regulación que se considera violatoria a la Convención y precisar su mayor o menor grado de lesividad. La Convención u otros grados internacionales de derechos humanos no establecen la obligación de implementar un sistema electoral específico. La Corte acude al Derecho Electoral Comparado observando que existen dos maneras de regular el derecho a ser votado. El uno es el sistema de registro mediante el auspicio de una organización política; y el otro es el sistema en el que se comparte esta posibilidad con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes.

En los estados cuyas legislaciones permiten la posibilidad de inscribir candidaturas independientes se establecen requisitos adicionales como la presentación de un cierto número de firmas de respaldo, la integración de garantías de seriedad, entre otros, y en muchos de los casos dichos requisitos ser más rigurosos que el requisito único de auspicio de una organización política. Por lo mismo, la Corte es del criterio que ninguno de los dos sistemas resulta más o menos restrictivo, sostiene que no hay la posibilidad de hacer una valoración en abstracto, todo dependerá de las circunstancias particulares. Por lo mismo la Corte señala que la exclusividad de nominación por partidos políticos es un mecanismo idóneo para organizar de manera eficaz los procesos electorales.¹⁷³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que en nuestra región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos. Por lo que se necesita, de manera urgente, transparencia en la gestión, un acercamiento de las instituciones con las personas y un debate sobre la representación y participación política entre el Estado y la sociedad civil.

Sobre la violación al Derecho de Igualdad ante la Ley establecido en el Art 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁷³ Aquí hay que referirnos y puntualizar que la Corte Interamericana señala que en el caso mexicano por las condiciones específicas que se señalan dicho sistema de nominación de candidaturas únicamente por las organizaciones políticas es un sistema idóneo que en el presente caso no restringe derechos pese a que el accionante fundamentó su demanda en un sentido contrario incluso refiriéndose a otro caso (no análogo con este caso según la Corte) como es el caso Yatama vs. Nicaragua. Es decir solo para el caso mexicano este sistema es viable, ya que todo depende como indica la Corte de las particularidades de cada país.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no encontró una violación al Art. 24 de la convención en su informe de admisibilidad y de fondo por lo que no alegó dicha violación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien el señor Castañeda Gutman alegó una violación a su derecho a la igualdad ante la Ley aduciendo que en ciertos estados de México se permiten las candidaturas independientes, la Corte señala que no son comparables las elecciones locales con las federales, por lo que las diferencias organizativas entre unas y otras no son discriminatorias.

La Corte en su jurisprudencia ha indicado que no toda diferenciación en el trato constituye una violación o una ofensa a la dignidad humana. Así se hay que diferenciar entre distinciones y discriminaciones. Las primeras son diferencias proporcionales y objetivas y las segundas son arbitrarias y se constituyen en un detrimento a los derechos humanos.

c) Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 6 de agosto del 2008 declara, por unanimidad, que el Estado de México violó en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman el derecho a la protección judicial señalado en el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. De igual manera declara que el Estado no violó los derechos políticos y el derecho a la igualdad ante la Ley contenidos en los Art. 23 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos respectivamente.

En este sentido al Estado a más de realizar las respectivas indemnizaciones por daño material e inmaterial, pago de costas y gastos le corresponde realizar un reconocimiento público de responsabilidad estatal y la publicación de la sentencia. De la

misma manera la Corte ordena que el Estado de México realice una serie de reformas legislativas y administrativas que permitan incluir en el ordenamiento jurídico un recurso que permita de manera eficaz el control de constitucionalidad de las normas electorales y el amparo de los derechos políticos.

d) Análisis del Caso: Conclusiones

Sobre la base de los elementos comunes del caso ecuatoriano y mexicano que señalamos anteriormente, es necesario determinar a manera de conclusiones los alcances y las implicaciones en el derecho internacional al no dotar a los derechos políticos de sus respectivas garantías de cumplimiento y protección.

Tanto para el caso mexicano como para el caso ecuatoriano la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene, dentro de su jurisprudencia, que todo estado será responsable por no dotar de un recurso eficaz y sencillo que permita el control de constitucionalidad y la protección de los derechos. La obligación del Estado es la de garantizar un recurso efectivo, rápido y sencillo que permita la protección a los ciudadanos de posibles lesiones a sus derechos.

El establecimiento de un recurso efectivo no se limita a la existencia de tribunales ni a la existencia de procedimientos formales para la tramitación del recurso. No es suficiente por lo tanto que en nuestra Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad estén determinadas las acciones de protección y extraordinaria de protección. Para que estos recursos sean efectivos es necesario que en la normativa que las regula no se excluya su aplicación en materia electoral y no se determinen excesivas restricciones; de esta manera, dichos recursos serán accesibles a todos los ciudadanos del Estado y serán tramitadas por los

jueces y tribunales de manera ágil y oportuna. La efectividad se traduce en dotarle al derecho una garantía plena para su existencia, lo cual se constituye en un pilar del Estado Constitucional de derechos y de justicia.¹⁷⁴

En este sentido tanto la acción de protección como la acción extraordinaria de protección contra los actos electorales del Consejo Nacional Electoral y las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral, respectivamente, son ineficaces porque son de naturaleza inaccesible en ciertos supuestos. La propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional limita y pone como causales de improcedencia para la acción de protección el hecho de que sean actos que se puedan recurrir ante el Tribunal Contencioso Electoral (en el caso de los actos electorales del Consejo Nacional Electoral) y como causales de improcedencia para la acción extraordinaria de protección cuando se recurran en contra de las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral en época electoral.

La inaccesibilidad tanto de la acción de protección como de la acción extraordinaria de protección en materia electoral (por disposición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y de la jurisprudencia del contencioso electoral) es contraria al Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Ley Orgánica Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional incluso prevé sanciones a abogados¹⁷⁵ y jueces¹⁷⁶ por promover y conocer estos recursos en

¹⁷⁴ Caso Castañeda Gutman vs. México. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁷⁵ Art. 64 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: "Cuando la acción extraordinaria de protección fuese interpuesta sin fundamento alguno, la Corte Constitucional establecerá los correctivos y comunicará al Consejo de la Judicatura para que sanciona a la o al abogado patrocinador, de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial. La reincidencia será sancionada con la suspensión del ejercicio profesional, de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial."

¹⁷⁶ Sentencia 88-2009-TCE. Causa Nro. 80-2009-TCE Junta Provincial Electoral de Los Ríos contra Carlos Yanzapanta Tizalema (Juez 13 de lo Civil de los Ríos con sede en el cantón Montalvo). Se decide destituir al juez por conocer una acción de protección en contra de una resolución de la Junta Provincial Electoral

materia electoral con estas limitaciones, lo cual se constituye en una flagrante restricción a los derechos humanos en este caso a los derechos políticos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos que se limite el recurso de amparo a determinadas materias y a determinados supuestos fácticos. Aún más cuando no se prevé otro recurso de igual naturaleza y similar alcance que permita la tutela de los derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo.¹⁷⁷ Esto confirma que el estado ecuatoriano sería responsable de una violación al derecho a la protección judicial al limitar la acción extraordinaria de protección (acción de amparo contra resoluciones judiciales) al excluir su aplicación sobre las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral.

La responsabilidad del estado también se circunscribe en que no establece medidas en su ordenamiento interno para desarrollar posibilidades de un recurso judicial rápido y sencillo en donde el juez o autoridad competente decida sobre los derechos y garantice que su decisión se cumpla. El Estado es responsable de adoptar medidas constitucionales, legislativas, judiciales o de otro carácter que permitan cumplir con ese propósito. El Estado ecuatoriano en este caso no proporciona ninguna de estas medidas, por el contrario la legislación interna y algunas resoluciones de los jueces electorales amparan la violación de este derecho.

De igual forma existe similitud con el caso mexicano ya que en nuestro ordenamiento el órgano jurisdiccional especializado en materia electoral no puede

de Los Ríos que negaba la inscripción de una candidatura, ordenando al órgano administrativo electoral desconcentrado que se acepte dicha inscripción de candidatura.

¹⁷⁷ Caso Castañeda Gutman vs. México. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

inaplicar normas legales que sean consideradas inconstitucionales, ya que la única posibilidad es que se suspenda la causa y se remita en consulta a la Corte Constitucional. Por otro lado, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad es privativa de la Corte Constitucional a través de la respectiva acción de inconstitucionalidad, siendo también en nuestro caso la acción de inconstitucionalidad un recurso extraordinario aunque no de limitada legitimación activa ya que a diferencia del caso mexicano, la acción de inconstitucionalidad puede ser presentada por cualquier ciudadano o ciudadana.

En cuanto a la restricción de los derechos políticos, hay que manifestar la preocupación de que el juez de lo contencioso electoral haga énfasis en tutelar únicamente los derechos políticos relativos al sufragio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que los derechos políticos tienen una importancia fundamental ya que se relacionan con otros derechos consagrados por la convención como el derecho a la libertad de expresión, reunión y asociación. Los derechos políticos fortalecen la democracia y el pluralismo político constituyéndose su ejercicio como un fin en sí mismo pero también en un medio para el cumplimiento de los demás derechos humanos.¹⁷⁸ La Corte prohíbe a los estados la suspensión de los derechos políticos así como las garantías judiciales indispensables para su protección, por lo mismo, los Estados no deben limitar excesivamente su acceso, goce y ejercicio, debiendo en este sentido respetar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad;¹⁷⁹ en consecuencia, el juez de lo contencioso electoral

¹⁷⁸ Caso Yatama vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹⁷⁹ Caso Castañeda Gutman vs. México. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

debe explicar el alcance de la expresión “relativos al sufragio”, ya que de no hacerlo se corre el riesgo de ser interpretado como una restricción o limitación al ejercicio de estos derechos.

CONCLUSIONES

En este trabajo partimos de un contexto general a un caso específico particular. Es así que en el primer capítulo estudiamos los sistemas contenciosos electorales y los sistemas de control de constitucionalidad de los actos contenciosos electorales. En el caso de los sistemas contenciosos electorales fue necesario analizar su concepto y los criterios de clasificación para adentrarnos en el estudio comparado de los sistemas en la Región Andina (Colombia, Venezuela, Perú y Bolivia) y en el de dos sistemas prestigiosos de Derecho Electoral (México y España).

De igual forma en el estudio de los sistemas de control de constitucionalidad de los actos contenciosos electorales se siguió esta misma estructura. Pero fue necesario además profundizar en la diferenciación entre control abstracto y control concreto de constitucionalidad así como especificar que los criterios de clasificación de estos sistemas recaen en la forma cómo se realiza el control concreto de constitucionalidad.

En el segundo capítulo en cambio nos centramos en el caso específico al estudiar el Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador así como la legislación electoral ecuatoriana. En este aspecto pudimos sostener que la evolución del contencioso electoral en la región se dio a través de cuatro etapas: 1) Contencioso electoral político, 2) contencioso electoral administrativo, 3) contencioso electoral mixto y 4) contencioso electoral jurisdiccional, siendo este producto de la necesidad de crear mecanismos de tutela y protección de los derechos políticos (garantías secundarias) por la preocupación que ocasionaron las dictaduras civiles y militares en Latinoamérica y la aspiración de tener elecciones libres y transparentes. De esta manera se supera el principio de oportunidad y

negociación política por el principio de constitucionalidad y legalidad en los procesos electorales y más actos político electorales.¹⁸⁰

Así mismo concluimos en este capítulo que nuestro sistema contencioso electoral es mixto, con un órgano administrativo electoral llamado Consejo Nacional Electoral ante el cual se pueden presentar recursos y reclamos en sede administrativa; y con un órgano jurisdiccional llamado Tribunal Contencioso Electoral ante el cual se pueden presentar una serie de recursos contenciosos electorales, los cuales se los tramita en sede jurisdiccional.

En este sentido cabe señalar que antes de la Constitución del 2008 se tenía un sistema contencioso electoral administrativo a través del Tribunal Supremo Electoral, aunque varios autores sostienen que ya se podría hablar de un sistema contencioso mixto ya que algunas de sus decisiones eran recurribles ante la justicia ordinaria como es el caso del contencioso partidario por disposición del Art. 68 de la Ley de Partidos Políticos vigente antes de la Constitución del 2008.¹⁸¹

Posteriormente, dentro de este mismo capítulo, se analizó la naturaleza jurídica del órgano jurisdiccional especializado en materia electoral a través del estudio de la finalidad del Tribunal Contencioso Electoral de acuerdo a los parámetros de: 1) Autonomía funcional y técnica de sus órganos, 2) principio de imparcialidad e independencia y 3) establecimiento de garantías jurisdiccionales.

¹⁸⁰ Jesús Orozco, "La relación entre justicia constitucional y justicia electoral", conferencia dictada en el *Seminario Internacional de Derecho y Justicia Electoral*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 23-24.11.09

¹⁸¹ Carlos Aguinaga, "El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho electoral ecuatoriano", en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 174.

De igual forma se analizó el carácter del órgano jurisdiccional a través de: a) Análisis del principio de unidad jurisdiccional, b) análisis de los jueces electorales y de sus resoluciones, y c) estudio de los recursos contenciosos electorales y el procedimiento en materia electoral a través del análisis del Código de la Democracia.

Todo esto nos lleva a señalar que el Tribunal Contencioso Electoral es una jurisdicción especializada reconocida por la Constitución de la República en el artículo 221 en concordancia con el Art. 167 de la Constitución. Sus jueces gozan de jurisdicción y competencia que les permite juzgar y hacer ejecutar lo juzgado dentro del ámbito electoral, y sus resoluciones se constituyen en actos jurisdiccionales de pleno derecho ya que son productos de un proceso establecido en la ley en donde se aplican todos los principios del debido proceso, causando ejecutoría y constituyéndose en cosa juzgada.

Finalmente, en el tercer capítulo analizamos el control de constitucionalidad sobre los actos de los órganos electorales y de manera especial de las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral. Este análisis se lo realizó a través del estudio de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, de la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este último capítulo manifestamos lo siguiente: Por un lado la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad sobre los actos contenciosos electorales sufre un retroceso, ya que hasta antes del año 2008 muchos de los actos contenciosos electorales (que eran actos administrativos) podían ser recurribles ante el Tribunal Constitucional. Este era el caso de las reclamaciones establecidas en el Art. 164 de la

antigua Ley de Elecciones¹⁸² cuando estas no eran resueltas por el Tribunal Supremo Electoral en el plazo establecido. De igual forma eran recurribles ante el Tribunal Constitucional los recursos de apelación cuando el Tribunal Supremo Electoral no resolvía dichos recursos en el plazo establecido. En cambio, en los recursos de queja contra las actuaciones de los vocales de los tribunales electorales provinciales o del Tribunal Supremo Electoral se dejaba abierta la posibilidad de acudir o bien ante el propio Tribunal Supremo Electoral o bien ante el Tribunal Constitucional.¹⁸³

Por otro lado podemos manifestar que el panorama en la actualidad, es adverso para el control de constitucionalidad en materia electoral, ya que se aleja por completo a la jurisdicción constitucional del conocimiento de actos contenciosos electorales jurisdiccionales. La única posibilidad efectiva de realizar un control de constitucionalidad se da a través del control abstracto de normas electorales y actos administrativos con efectos generales del Consejo Nacional Electoral mediante la acción de inconstitucionalidad (estos últimos siempre y cuando no sean impugnables ante el Tribunal Contencioso Electoral).

De esta manera podemos observar que se limita la posibilidad de interponer una acción de protección cuando el acto electoral es impugnable ante el Tribunal Contencioso Electoral. Así mismo, las resoluciones de dicho tribunal no pueden ser objeto de una acción extraordinaria de protección en época electoral, dejándose por fuera del control de constitucionalidad a dichas resoluciones.

¹⁸² Art. 164 anterior Ley de Elecciones.- Las reclamaciones presentadas ante el Tribunal Supremo Electoral o tribunales provinciales electorales, deberán ser resueltas en el plazo máximo de treinta días. De no haber resolución, el peticionario tendrá derecho de acudir ante el Tribunal Constitucional, el que luego de establecer un plazo perentorio para la resolución reclamada, procederá a observar de acuerdo con la ley.

¹⁸³ Art. 96 y 97 de la anterior Ley de Elecciones.

En este sentido se deja abierta la posibilidad de que se produzca una violación a los derechos políticos, ya que la ausencia de garantías provoca a su vez una laguna o un vacío dentro del ordenamiento jurídico.¹⁸⁴ La ausencia de la garantía jurisdiccional del control de constitucionalidad agrava aún más el detrimento de los derechos políticos. El control de constitucionalidad tiene como objetivo que todos los actos del poder público o resoluciones de las autoridades estatales estén conformes a las disposiciones formales y materiales de la Constitución. Las sentencias del Tribunal Contencioso Electoral al estar por fuera del control de constitucionalidad ocasionan que se impida vigilar que estos actos guarden una debida correspondencia con las disposiciones y procedimientos constitucionales para su expedición.

De otro lado, el Estado ecuatoriano es responsable internacionalmente de garantizar un recurso efectivo, rápido y sencillo que permita la protección a los ciudadanos de posibles lesiones a sus derechos. El establecimiento de este recurso efectivo no se limita a la existencia de tribunales ni a la existencia de procedimientos formales para la tramitación del recurso, por lo mismo, no es suficiente que en nuestra Constitución y legislación exista una gama de garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos sino que estas sean tramitadas por los jueces y tribunales sin restricciones, de manera ágil y que produzca una solución que repare la lesión de los derechos.

La inaccesibilidad tanto de la acción de protección como de la acción extraordinaria de protección en materia electoral (por disposición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y de la jurisprudencia del contencioso electoral) es contraria al Art. 25 de la Convención Americana de Derechos

¹⁸⁴ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías La ley del más débil*, México, Editorial Trotta, 2001, p. 41

Humanos, que consagra el derecho a la protección judicial mediante la existencia de un recurso judicial, rápido, sencillo y efectivo. De igual forma es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos el que se limite el recurso de amparo a determinadas materias y a determinados supuestos fácticos aún más cuando no se prevé otro recurso de igual naturaleza y similar alcance que permita la tutela de los derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Caso Castañeda Gutman vs. México. Corte Interamericana de Derechos Humanos

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUINAGA, Carlos, “El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho electoral ecuatoriano”, en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
2. ARAGÓN, Manuel, “Derecho de Sufragio principios y función”, en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
3. ARIAS Manzano, Tania “Principios, Estructuras y Funciones del Tribunal Contencioso Electoral”, en Richard Ortiz Ortiz, ed., *Estudios de Justicia Electoral*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, 2009.
4. BERNAL Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
5. BORJA Cevallos, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
6. CARRERA Acosta, Benigno, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.
7. CASTELLANOS Hernández, Eduardo de Jesús, et al., *Temas de Derecho Procesal Electoral*, México, 2010.
8. CASTILLO Córdova, Luis, *El Tribunal Constitucional Peruano y su dinámica jurisprudencial*, Lima, Palestra Editores, 2008.

9. CHOCHRÓN Giráldez, Ana María, *La Exclusividad y la Unida Jurisdiccional como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
10. Código de la Democracia del Ecuador
11. Constitución de la República del Ecuador.
12. Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman vs. México.
14. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua.
15. CORZO Sosa, Edgar, “El control de constitucionalidad en materia electoral”, en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
16. COTINO, Lorenzo, “Procedimiento Electoral”, en Universidad de Valencia, Diploma en Asistencia electoral y Observación Electoral Internacional Modulo II Procesos Electorales Características Generales y Experiencias Comparadas, Valencia, Universidad de Valencia, 2010.
17. ECHANDÍA, Davis, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997.
18. ECHAVARRÍA Escribens, José Luis, “Estudio sobre lo contencioso y la jurisprudencia electoral en el Perú”, en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

19. EXENI Rodríguez, José Luis, “Un órgano electoral para la demo diversidad”, en la *Nueva Constitución de Bolivia*, Varios Autores, La Paz, Instituto para la Democracia y Asistencia Electoral-Vicepresidencia de la República de Bolivia-Universidad Mayor de San Andrés, 2010, p. 439.
20. FEIDENBERG, Flavia, “Democracia Interna de los Partidos Políticos”, en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 661.
21. FERNÁNDEZ Segado, Francisco y OJESTO Martínez Porcayo, J. Fernando, “Delitos y Faltas Electorales”, en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p.
22. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
23. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías La ley del más débil*, México, Editorial Trotta, 2001, p. 41.
24. GALVÁN Rivera, Flavio, “El control de constitucionalidad de los actos de las autoridades electorales”, en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
25. GARCÉS Peralta, Carolina, “La competencia fiscalizadora de la legalidad del JNE: hacia la necesaria definición de su contenido y su regulación normativa”, en Carlo Magno Salcedo Cuadros, *La administración electoral en el Perú. Funciones competencias y organismos electorales*, Lima, ONPE, 2004, p. 59.

26. GRIJALVA, Agustín, *Elecciones y Representación Política*, Quito, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, 1998.
27. Ley Orgánica de Régimen Electoral General de España.
28. LIZARDO Ocampo, Antonio José, “El contencioso y la jurisprudencia electoral en Colombia”, en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
29. MORENO Yáñez, Jorge, “La Función Electoral en la nueva constitución de la República del Ecuador”, en Richard Ortiz Ortiz, ed., *Estudios de Justicia Electoral*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, 2009.
30. NUÑEZ Torres, Michael, “Las instituciones electorales en el ordenamiento jurídico constitucional venezolano” en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
31. OROZCO Henríquez, Jesús y MAITRET Hernández, Armando, “El sistema contencioso electoral y criterios jurisprudenciales relevantes” en *El contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, Varios Autores, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
32. OROZCO, Jesús, “El Contencioso Electoral La calificación electoral”, en Dieter Nohlen, et al., comp., en *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 1155 y 1156.

33. OROZCO, Jesús, “La relación entre justicia constitucional y justicia electoral”, conferencia dictada en el Seminario Internacional de Derecho y Justicia Electoral, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 23-24.11.09
34. ORTIZ Ortiz, Richard, “El contencioso electoral jurisdiccional en el Ecuador en el marco del régimen de transición”, en Richard Ortiz Ortiz, ed., *Estudios de Justicia Electoral*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, 2009.
35. PAJARES Montolio, Emilio, “El amparo constitucional: justicia constitucional y proceso electoral en la práctica del Tribunal Electoral Español”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Tomo VI Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral, México, UNAM, 2008.
36. PEÑA Freire, Antonio, *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.
37. PÉREZ Tremps, Pablo, “El recurso de amparo electoral en España”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Tomo VI Interpretación Constitucional y Jurisdicción Electoral, México, UNAM, 2008.
38. PICADO, Sonia. “Derechos Políticos como Derechos Humanos”, en Dieter Nohlen, et al., comp., *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
39. SALCEDO Cuadros, Carlo Magno, “El modelo de administración electoral según la Constitución de 1993: la reforma deformada”, en Carlo Magno Salcedo

Cuadros, *La administración electoral en el Perú. Funciones competencias y organismos electorales*, Lima, ONPE, 2004.

40. SILVA Adaya, Juan Carlos, “Defensa Integral de los Derechos Políticos propios de la Democracia Participativa” en Jesús Orozco, comp., *El Derecho Electoral en el umbral del siglo 21*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
41. SILVA Portero, Carolina, “La Garantía de los Derechos Inversión o reconstrucción”, en Ramiro Ávila Santamaría Editor, *Neo constitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
42. WILHELMI, Marco Aparicio y PISARELLO, Gerardo, “Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas”, en *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Barcelona, Editorial Huygens, 2008.
43. ZAVALA Egas, Jorge, “La unidad jurisdiccional”, *Revista Judicial Online* de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 10-11.12.10 en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=213&Itemid=29