TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL TRIBUNAL DE ALZADA.- VOTO SALVADO.- Quito, Distrito Metropolitano, 15 de julio de 2009; las 17h00.- **VISTOS:** En el recurso de apelación a la sentencia dictada por el Abogado Juan Paúl Icaza, en calidad de juez *a quo*, dentro de la causa signada con el número 404-2009, me permito manifestar, que disiento de la Resolución de mayoría y formulo mi Voto Salvado o Disidente, en los siguientes términos:

PRIMERO: Antecedente.- En el escrito de apelación, la recurrente, señora Dolores Emperatriz Hernández Ruiz, a la sazón, Presidenta de la Junta Provincial Electoral de Orellana, en adelante JPEO, solicita la revocatoria de la sanción impuesta por el juez *a quo*, con los siguientes fundamentos: **1)** " ...que: en el Quinto considerando...," (léase de la sentencia que se recurre) "...se recoge de manera errónea los dichos por la Defensa, dado que en la exposición esgrimida el día de la audiencia, se dijo claramente que yo **"nunca me negué a firmar el acta general de escrutinios y que el señor Secretario por motivos que él sabrá explicar no nos presentó dicha acta a pesar de que se los solicitamos por varias ocasiones"** (sic) (Negrillas corresponden al texto original); **2)** en mención a la sesión de 6 de mayo de 2009 de la Junta Provincial Electoral de Orellana, dice la recurrente que "...la sesión se encontraba suspendida hasta que el señor Secretario entregue al Pleno de la Junta Provincial Electoral para que en reunión final, lea, revise, corrija, apruebe y firme en unidad de acto dicha acta por parte de todos los miembros de la Junta"; **3)** "Que el custodio del Acta final de escrutinios, es el señor Secretario, quien no debió certificar dicho documento y entregarlo al TCE, hasta que el Pleno de la Junta Provincial Electoral la trate, rectifique, apruebe y firme, de suerte que, el hecho de certificar y entregar dicho documento al TCE, es exclusiva responsabilidad del Custodio del Acta, dado que por ningún motivo, yo como Presidenta de la Junta Provincial Electoral debía firmar el Acta, hasta que me la entregaran físicamente y entonces convocar a la reunión al Pleno para el debido tratamiento de dicha Acta"; **4)** no pudo convocar al Pleno de la JPEO para que apruebe y firme el acta y menos si nunca se le entregó dicha Acta; **5)** que no se hace certero análisis, causa y efecto para desembocar en el juicio de valoración de la omisión (léase de la firma en el Acta de Escrutinios) como conducta; no se considera la base que causa el hecho "omisivo" y sólo se enfoca la ausencia de firma. **SEGUNDO: Referencia de acontecimientos.- A)** El día 6 de mayo de 2009, se da por terminada la sesión pública de audiencia de escrutinios en la JPEO; **B)** consta de las certificaciones emitidas por el Prosecretario del Consejo Nacional Electoral (fs. 54 y 55 del expediente) que la encausada tuvo que trasladarse a la ciudad de Quito, llamada por dicho organismo, en el lapso del 13 al 15 de mayo y, los días 21 y 22 del mismo mes de 2009 (fs. 54 y 55 del expediente); **C)** asimismo, el Prosecretario del Consejo Nacional Electoral ha certificado a fs. 57 y 58 de la causa, que el Secretario de la JPEO y otros servidores de ese organismo, permanecieron en Quito, en el Consejo Nacional Electoral, los días 17,18, 19 y 20 de mayo de 2009, llamados por la Consejera Marcia Caicedo, para realizar control de calidad de documentos electorales y entrega de documentación de

la causa No. 302-2009, requerida por el Tribunal Contencioso Electoral; **D)** consta del expediente, a fs. 49-51 y vta., la Audiencia Oral de Juzgamiento, evacuada por el juez *a quo*, a la que comparecen la encausada y los testigos, miembros de Junta, calificados en derecho; los testigos declaran que el Secretario tenía varios días para legalizar el Acta, que no saben por qué no lo hizo, que viajó, que todos los miembros de Junta insistieron al Secretario para firmar el Acta, que evidentemente faltaban firmas de la Presidencia, Vicepresidencia y dos Vocales, que la Presidenta, en los dias posteriores a la terminación de la sesión pública de audiencia de escrutinios se encontraba en Quito, que el Secretario igualmente, por lo que "uno estaba en Quito y otro en Orellana", "se cruzaron"; que la fecha en que se concluyó el Acta de Orellana fue el 13 de mayo, día en que la Presidenta se encontraba en Quito; y, en suma que "la firma no se dio por la Presidenta porque el Secretario no elaboró el Acta" (léase no concluyó); los testigos confirman al juez *a quo* en sus declaraciones, el hecho de haber exigido al Secretario la entrega del Acta y su legalización por ser custodio del documento, para además cumplir con el pedido que les hiciera la Presidenta; **E)** consta también, según los testimonios y la realidad fáctica, que el Secretario tenía a su cargo varias responsabilidades a cumplir paralelamente, dado los tiempos del proceso electoral, así, el Acta, las quejas, reclamo del Movimiento Pachacutik, impugnaciones, apelación del caso Sevilla. **TERCERO: Conducta, daño y sanción.-I)** En un hecho determinado, la conducta del sujeto participante debe ser relacionada con el daño causado para la aplicación de una sanción y establecerse que la conducta es culposa, valorando las circunstancias constitutivas de la culpa, con el propósito de no condenar a un inocente. Culpa, civil o penal se define por una omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño.

En el caso, si legalmente, la encausada tenia la obligación de firmar el acta de escrutinios, situación que no la niega, esta obligación solamente podía cumplirse si el Secretario le hubiera entregado físicamente el documento, siempre que hubiera tenido en sus manos el Acta de marras, lo cual no ocurrió por las circunstancias y condiciones presentes en la realidad fáctica; esto es, lo que corrobora el propio proceso electoral, las declaraciones de los testigos y de la encausada y, la prueba documental. En suma, se trata de una infracción de estructura no culposa por cuanto no le fue entregada el Acta a la encausada y porque no hay prueba de que la encausada haya expresado su voluntad de no firmar el documento. **II)Omisión del procedimiento legal.-** La recurrente sostiene que se encontraba imposibilitada de convocar al Pleno de la Junta Provincial Electoral de Orellana y por tal razón le fue imposible reunirse con los demás vocales a fin de dar lectura y suscribir el acta correspondiente, para así cumplir con lo determinado por el artículo 89 de la Ley Orgánica de Elecciones que establece, una vez *"finalizado el escrutinio provincial se extenderá acta por duplicado, dejando constancia de la instalación de la sesión (...) El acta se redactará y oprobará en la misma audiencia, debiendo ser firmada, al menos, por el Presidente y Secretario..."*. En el caso, el Acta no fue concluida por parte del

Secretario, si no hasta el 13 de mayo de 2009, luego se presentaron hechos que determinaron la presencia física de la encausada en la ciudad de Quito, por dos ocasiones y del Secretario responsable del Acta. De acuerdo con el artículo 85 del mismo cuerpo normativo *"el escrutinio provincial no durará más de diez días contados desde el día siguiente al que se realizaron las elecciones."*, es norma que debió ser observada tanto por la Presidenta cuanto por el Secretario, custodio del Acta. En el Acta de sesión pública de escrutinio se hace constar la frase que en negrillas aparece: ***"CLAUSURADA LA SESIÓN PUBLICA PERMANENTE DE ESCRUTINIO, INICIADA EL DÍA 26 DE ABRIL DEL AÑO 2009, A LAS 21H00"***. Esta frase sacramental fue la advertencia al Secretario de concluir el Acta sin dilaciones, tomando en consideración que el procedimiento obliga a tener al día la elaboración de todas las partes del Acta originadas en el curso de las sesiones anteriores. **III) Realidad objetiva y realidad fáctica.-** El juez de primera instancia ha dicho: *"...la estructura de la infracción transcrita se desprende su naturaleza formal; es decir, que del sólo acto u omisión previsto por la ley se desprende su antijuridicidad punible sin importar si alcanzo o no a producir un daño o consecuencia indeseable. Se trata de una figura autosuficiente, de simple actividad, que por su consumación inmediata no requiere un análisis sobre un posible nexo causal entre el acto u omisión y los efectos que llegose a producir. Por tanto, se trata de una figura de estructura culposa y por ello sería irrelevante argumentar, probar o razonar sobre la posible existencia de elementos dolosos puesto que la posibilidad de poner en peligro la validez del proceso electoral está ligado a la sola omisión de la firma por parte de la Presidenta o Presidente o de la Secretaria o Secretario."* No se niega aquello, siempre que se haya considerado y valorado la prueba documental y testimonial. Existe omisión que acarrea la sanción correspondiente, siempre que se haya demostrado que hubo intención y culpa en no suscribir el Acta de Escrutinios Electorales; en el hecho de que la encausada se haya negado a firmarla, puesto que además no existe "responsabilidad objetiva" separada de la realidad fáctica, de la demostración de intento de hacer daño. A la culpa se llega cuando se prueba que el sujeto ha obrado con "*voluntario omisión de diligencia en calcular los consecuencios posibles y previsibles del propio hecho*". **IV) Responsabilidad compartida.-** De acuerdo con la norma del artículo 89 de la Ley Orgánica de Elecciones que se invoca, no cabe tampoco justificación alguna sobre la obligación que tenía la señora Dolores Emperatriz Hernández Ruiz, Presidenta de la JPEO, de ordenar en acto expedito al Secretario la conclusión final del Acta, una vez finalizada la que fue última sesión pública de escrutinios del día 6 de mayo de 2009, para así recoger las firmas de los miembros de la Junta y terminar con el proceso en la jurisdicción del organismo provincial electoral. En este sentido obliga la indicada norma; su omisión en consecuencia, deriva en responsabilidad de la Presidenta que comparte con el Secretario, debido a los hechos sucedidos por la falta de entrega física del Acta, según los testimonios y la prueba documental. En tales circunstancias, **EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA**

CONSTITUCIÓN: I) Se declara que la señora Dolores Emperatriz Hernández Ruiz, como Presidenta de la Junta Provincial Electoral de Orellana, ha procedido sin solicitud, diligencia ni eficiencia en el proceso de elecciones generales del año 2009; ha incumplido el procedimiento legal en la conclusión de dicho proceso; y, no ha ejercido su autoridad para la finalización y legalización del Acta de Escrutinios en la indicada jurisdicción provincial; por lo que, en consideración a lo expuesto, se acepta parcialmente su petición de revocatoria del fallo de primera instancia. **II)** Se recomienda, en consecuencia, se levante un sumario administrativo en su contra y en la del Secretario de la Junta, en sus calidades de servidores sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Homologación de Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, a fin de que se apliquen las sanciones correspondientes por negligencia en el servicio. **III)** Remítase copias certificadas de todo el expediente al Consejo Nacional Electoral, a fin de que inicie el sumario administrativo en contra del Secretario de la Junta Provincial Electoral de Orellana, para establecer eventuales responsabilidades de carácter administrativo legal. **IV)** Ejecutoriado que sea este fallo, remítase copia certificada del expediente para su ejecución al Consejo Nacional Electoral; y, con copia de esta sentencia notifíquese a la Contraloría General del Estado, a la Dirección del Registro Civil, Identificación y Cedulación, a la Superintendencia de Bancos y demás autoridades competentes. Cúmplase y Notifíquese. Actúe el abogado Fabián Haro Aspiazu, Secretario Ad hoc.- **Cúmplase y notifíquese.**

Dra. AMANDA PÁEZ MORENO

JUEZA (S)