Análisis jurídico de dos resoluciones del TSJE sobre Observación Electoral

Por Jorge Rolon Luna

2023



DECIDAMOS
CAMPAÑA
POR LA EXPRESION
CIUDADANA

SAKÃ
INICIATIVA PARA LA
TRANSPARENCIA
ELECTORAL

Análisis jurídico de dos resoluciones del TSJE sobre Observación Electoral, año 2023.

Jorge Rolon Luna, Asunción, junio 2023

1

Introducción

El presente dictamen tiene como materia de análisis la reglamentación establecida por el Tribunal Superior de Justicia Electoral para regular las observaciones electorales realizadas por organizaciones civiles en el proceso electoral nacional/departamental llevado a cabo en abril de 2023.

El objetivo del análisis es determinar el alcance de los derechos y prerrogativas establecidas en la reglamentación mencionada y contribuir a mejorar eventualmente ese marco normativo con vistas a futuras observaciones electorales a ser realizadas en el país.

En primer lugar es pertinente señalar que las observaciones electorales hoy día se encuentran asentadas como un componente indiscutible de las elecciones en prácticamente todos los países del mundo. Su inexistencia –por prohibición, por limitaciones que impidan una observación libre y por ende idónea- es considerada síntoma de que el proceso electoral cuya observación se impide o entorpece adolece de la necesaria transparencia e integridad para otorgar elecciones libres, limpias y justas. Como lo señala un documento de la Organización de Estados Americanos (OEA), diversos autores*: "han destacado el rol que cumplen los observadores como elemento disuasivo de fraudes (Kelley 2012) y como facilitadores de buenos oficios para evitar conflictos y/o violencia post-electoral (Claes 2017). Asimismo, las Misiones de la OEA se han identificado como una 'fuente directa, técnicamente responsable y profesional que contribuye a identificar lo bueno y lo malo de cada proceso electoral' (Freidenberg, 2017) y que en el largo plazo, sirven como instrumento para el perfeccionamiento de la democracia (de Icaza 2018)".*[1]

El marco jurídico internacional, además, sustenta las observaciones electorales:

"Los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes o a través de su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación".[2]

En el caso paraguayo, las observaciones electorales se realizan desde la caída del régimen stronista (1954-1989) y la OEA realiza observaciones en Paraguay desde las elecciones municipales de 1991[3] y ya forman parte del "paisaje" de las elecciones en el país.

Continuando con esta línea de análisis, un ejemplo de lo que estamos señalando es que en el año 2022 fue presentado un proyecto de ley para regular las observaciones electorales por un

[1] *MOES/OEA: Recomendaciones y Reformas, Secretaría para el Fortalecimiento de la Democracia, Septiembre 2018, p. 5)*

[2] Observación General 25. Numeral 8, Comité de Derechos Humanos. Art. 25, Participación en los Asuntos Públicos y Derecho de Voto. PIDCP. 57 Periodo de Sesiones, U.N. DOC. HRI/GEN/1/REV.7 AT 194 (1996).

[3] https://www.oas.org/es/sap/deco/moe_informe/informe_paraguay.pdf

grupo de diputados nacionales.[4] Entre otras cosas, en la exposición de motivos de este proyecto de ley se señala que "*En estas condiciones, la presente propuesta de ley pretende romper con la incertidumbre y discrecionalidad en esta área, demarcando las condiciones para desarrollar este importante aporte al análisis amplio de los procesos electorales*" y que el anteproyecto *"responde, igualmente, a una recomendación de la Misión de Observación Electoral Internacional de la Unión Europea (UE), que en el año 2018, solicitó considerar la sanción de una ley sobre observación electoral nacional, que contenga derechos y obligaciones de los observadores y que promueva su participación en el proceso electoral*". Finalmente, en cuanto a lo que en esta sede nos interesas respecto de la iniciativa legislativa *"actualmente, 12 países de la región cuentan con una política pública regulatoria similar a la presentada en este proyecto normativo*".[5]

2

Análisis de la Resolución TSJE N° 21/2023 (17 de febrero de 2023)

La reglamentación elaborada para reglamentar las elecciones nacionales y departamentales del año 2023 comprende dos resoluciones del TSJE, la N° 21/2023 del 17 de febrero de 2023 y su modificatoria la N° 49/2023 del 24 de marzo de 2023.

En primer lugar se hará un repaso por aquellos aspectos que interesan de la primera resolución nombrada.

En cuanto a su estructura, la misma se halla dividida en títulos y capítulos.

El Título I cuenta con VII capítulos, a saber

Capítulo I – Disposiciones Generales (Arts. 1-4)

Capítulo II – Principios de la Observación Electoral Nacional (Art. 5)

Capítulo III – Garantías, Derechos y Obligaciones de las Misiones de Observación Electoral Nacional y Observadores electorales (Arts. 6 -9)

Capítulo IV – De la Acreditación de las Misiones de Observación Electoral y Observadores/as Electorales (Arts. 10-16)

Capítulo V – Registro (Art. 17)

Capítulo VI – De los Informes de la Observación Electoral (Arts. 18-19)

Capítulo VII – Sanciones (Art. 20)

A continuación, se mencionará el contenido de sus artículos y se comentará aquello que se considere pertinente.

2.1

[4] Proyecto de ley presentado en fecha 14 de setiembre de 2022 por los diputados/as nacionales Katya González, Renato Ibarrola, Edgar Acosta Alcaraz, Norma E. Camacho: "Que establece disposiciones para la Observación Electoral Nacional".

[5] Estos países son, entre otros: Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Guatemala, Costa Rica, México, Honduras.

Resumen y Notas sobre la Res. TSJE N° 21/23

Capítulo I – Disposiciones Generales (Arts. 1-4)

Art 1. Finalidad del reglamento: "fortalecer la participación ciudadana" (servir como) "instrumento para evaluar los procesos electorales" y "evaluar las buenas prácticas".

Art. 2. Objeto: "Controlar las labores de observación electoral", "establecer sanciones". Comentario: si bien este artículo tiene raigambre en el derecho comparado,[6] también es cierto que el término "control" sobre las observaciones electorales puede significar que el órgano electoral limite a las mismas. En el caso de la norma ecuatoriana (legal) la palabra "control" sólo se aplica con relación al número de observadores electorales[7] y no con respecto a la labor de las misiones de observación electoral. En la normativa ecuatoriana, por ejemplo, el énfasis en el "control", se da con relación al control de la sociedad u otros órganos públicos a la autoridad electoral, que es la que es objeto de escrutinio.

Art. 3. Acreditar y permitir "a quienes adecuen su labor al presente reglamento".

Comentario: esta norma establece una relación directa entre la obediencia al reglamento y la posibilidad de penalización de la actuación de los observadores que (eventualmente) vulneren disposiciones del reglamento de Observación.

Art. 4 a) Qué es "observación electoral" b) "misión de observación electoral" c) "Observador electoral".

Capítulo II – Principios de la Observación Electoral (Art. 5)

Art. 5. "Principios por los que se rige la observación electoral":

Comentario: Estos principios son los siguientes; a) Imparcialidad y neutralidad, b) objetividad, c) no interferencia, d) Independencia y profesionalismo, e) legalidad y respeto a la soberanía, f) transparencia.

Comentario: Es pertinente aclarar que al referirse a "principios" en esta parte de la reglamentación, se hace referencia a ellos como "pautas fundamentales de conducta" –de los observadores en este caso– y no como "pautas de interpretación de normas jurídicas".

Corresponde señalar que la definición de "objetividad" contenida en el inciso "b": *"haciendo constar tanto los aspectos positivos como los negativos*", introduce un imperativo que podría generar violación de este principio, puesto que un observador podría creer que en el proceso no existieron cuestiones positivas, o negativas, o que faltaron ambas. La norma asume que siempre existirán "cuestiones positivas (y) negativas". Más adelante, se establece que *"los observadores deben basar sus conclusiones y recomendaciones en pruebas fácticas y verificables*". A este respecto, se conveniente señalar que aquí se incorporan obligaciones propias de un juicio en sede jurisdiccional, algo que no correspondería en ese caso, sobre todo al no determinarse que se entiende por "pruebas fácticas y verificables", cuando que muchas veces pueden ser fuentes de información personas que quieren mantener el anonimato y que se encuentran en posesión de información valiosa.

[6] Ver por ejemplo, anteproyecto de reforma del Código Electoral Argentino, presentado en octubre de 2022. https://www.transparenciaelectoral.org/wp-content/uploads/2020/11/proyecto-de-ley-reglamentario-observacion-electoral.pdf

[7] Ver Ley Orgánica, Código de la Democracia, Ecuador, artículo 185.

En el siguiente inciso se alude a la necesidad de que la observación electoral sea realizada "sin obstaculizar el proceso electoral…", aunque no se define –tampoco más adelante- en qué podría consistir una eventual obstaculización.

En el inciso "e" llama la atención que se haya incluido lo vinculado al "respeto a la soberanía", por cuanto que el presente reglamento regula las observaciones nacionales llevadas adelante por personas jurídicas nacionales, a diferencia de las observaciones internacionales, compuestas por actores públicos (organismos internacionales) y privados (ONG's internacionales, fundaciones internacionales, etc.). La razón que creemos explica esto es que, dado que muchas normas contenidas en este reglamento son comunes a normas internacionales en la materia, un descuido a la hora de replicar contenido haya incluido la cuestión de la soberanía, algo plausible si se reglamentan observaciones por parte de personas jurídicas extranjeras.

Con respecto al contenido, los mencionados principios son aquellos aceptados e incluidos en normas similares, no observándose algo novedoso o que amerite otras precisiones.

Capítulo III – Garantías, Derechos y Obligaciones de las Misiones de Observación Electoral Nacional y Observadores electorales (Arts. 6-9)

Art. 6. Garantías para las Observación Electoral Nacional

a) Acreditación
b) "acceso a información pública"
c) Libre comunicación con todos los funcionarios electorales de todos los niveles
d) En caso de presentarse controversias, conflictos, limitarse al registro
e) la no interferencia de (sic) las autoridades electorales en la elección de los observadores o en el número de miembros de la observación y en las actividades de observación electoral (sic).

Comentario: Lo establecido por el inciso "b", en cuanto al "acceso a la información pública" (IP), es algo que, en realidad, ya se encuentra garantizado a cualquier ciudadano en virtud de la normativa constitucional y legal vigente en el país.[8] En otras palabras, en todo caso, la reglamentación pudiera otorgar posibilidades diferenciadas para el acceso a la IP y no simplemente reconocer derechos existentes de manera previa y que forman parte del acervo de derechos ciudadanos. Los "accesos" que la reglamentación otorga a observadores electorales nacionales en el presente reglamento[9] son aquellos que corresponden a cualquier ciudadano en materia de IP.

En cuanto al inciso "d", aquí vemos que la libertad para expresar, emitir y difundir las opiniones, recomendaciones y observaciones hechas en la observación electoral, contenidas en 6, "d" se ve contradicha por esta disposición. A su vez, no poder emitir juicios de valor aunque fuere "sobre procesos controvertidos" (sic) pendientes de resolución[10], contraviene a nuestro criterio, disposiciones establecidas en la constitución y en normas internacionales. A este respecto, el artículo 26 CR establece que las únicas limitaciones a la libertad de expresión

[8] Artículo 28, Constitución de la República (CR): "… Las fuentes públicas de información son libres para todos…"; y Ley Nº 5282, "Libre Acceso Ciudadano a la Información Pública y Transparencia Gubernamental".
[9] Artículo 6, incisos "c", "d" y 7, "e".
[10] Parte final del artículo 6, "d" del reglamento en análisis.

provendrán de ella misma –ni siquiera de la ley- por lo que mal se podrían establecer restricciones al ejercicio de este derecho por vía reglamentaria.

Art. 7. Acreditación y facultades inherentes a ella en el proceso electoral[11]

Comentario: con respecto a "e")[12], se aplica el mismo criterio de 6, "b"; este es un derecho de cualquier ciudadano, por lo tanto la inclusión de la posibilidad de recibir información pública no se constituye en algo que amplíe el alcance del derecho en cuestión, para beneficio de una observación electoral idónea. Es la simple transcripción de un derecho que corresponde a cualquier ciudadano.

En cuanto a "f",[13] es también un derecho ciudadano.

Art. 8° Reglas mínimas de actuación

Comentario:

En cuanto a "a", es una obviedad, puesto que toda persona está obligada a respetar el orden jurídico nacional, no solo los observadores electorales.[14]

En cuanto a "d" y a "f"[15], ambas disposiciones nos parecen de un alcance limitador ampliado excesivamente, colisionando con derechos constitucionales relativos a la libertad de expresión y de informar, pues, por ejemplo, no se puede cercenar el derecho a informar que toda persona tiene.[16]

En cuanto a "g"[17], nos parece que más allá de su pertinencia ética (un "observador" no debería hacer proselitismo), no puede prohibirse el ejercicio de un derecho constitucional por la vía reglamentaria. Se trata de una cuestión ética y la norma no especifica "mientras se realicen los actos de observación", algo que podría solucionar este problema.

Art. 9) Plan previo de observación

a) Objetivo y alcances de la OE
b) Naturaleza y localización de las actividades de observación
c) Plan de despliegue de los OE…
d) Plan de financiamiento de la OE
e) Identificar a los representantes legales y observadores electorales de cada misión
f) Las misiones de observación tienen la obligación de "producir materiales" en los que las facultades y limitaciones de la misión así como las sanciones previstas queden claras para quienes realizan tareas de observación electoral.

[11] En general, todas ellas facultades que tiene cualquier ciudadano
[12] "e) recibir información pública sobre el control de la financiación de campañas y gasto electoral". Ya se ha mencionado al artículo 28 de la CR, que garantiza el acceso a información pública.
[13] "Tomar nota de las denuncias que los actores políticos formulen"
[14] "Respetar el orden jurídico".
[15] En caso de controversias y conflictos, únicamente informar al jefe de misión (de observación) y no evacuar consultas de nadie, incluso de medios de prensa.
[16] El artículo 26 constitucional garantiza a toda persona (no sólo a periodistas o comunicadores) el derecho "*a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.*
[17] "No realizar proselitismo".

g) Toda la información que sirva al TSJE para conocer el Plan de Observación. Toda otra que información que determine el TSJE[18]

Comentario: en cuanto a "b", la exigencia de informar previamente de la localización de los lugares a ser observados, puede afectar seriamente la calidad de la observación, pues pone sobre aviso a la autoridad electoral acerca de los lugares que serán visitados.

En cuanto a "d", consideramos que los observadores electorales no son partidos que participan ni candidatos que se postulen a las elecciones. La JE carece de facultades para solicitar esa información a nadie más que a aquellos a los que la ley le faculta.

En cuanto a "g", consideramos a esta una "norma abierta", en el sentido de que el TSJE puede en cualquier momento pedir información no prevista o que afecte la integridad de la misión de observación, por requerir información que podría ser onerosa, de cumplimiento imposible o no pertinente para la misión de observación.

Capítulo IV – De la Acreditación de las Misiones de Observación Electoral y Observadores/as Electorales (Art. 10-16)

Art. 10 Plazo para solicitar acreditación

Comentarios: Ninguno.

Art. 11. Requisitos para solicitar acreditación.

Comentario: Aquí corresponde analizar el inciso "b"[19] que contiene una obligación que puede marginar a organizaciones formadas al efecto de la elección próxima a realizarse, nóveles, integradas por jóvenes, etc., restringiendo el derecho a la observación electoral.

Art. 12. Otorgamiento de acreditaciones.

Comentario: ver lo señalado en el apartado anterior, con respecto al artículo 11, "b".

Art. 13 Impedimentos

Comentarios: ninguno. Los impedimentos para cumplir funciones de observación electoral son razonables.

Art. 14. Trámite de inscripción de las misiones de Observación Electoral

Comentario: ninguno.

Art. 15. Expedición de credenciales

Comentario: ninguno.

Art. 16. Revocación de la acreditación.

[18] "norma abierta". Da lugar a la arbitrariedad y a establecer la necesidad de proveer información que podría ser onerosa, de cumplimiento imposible o no pertinente para la misión de observación.

[19] La solicitud de información "que respalde trayectoria de fortalecimiento ciudadano".

Comentario: En principio, la inexistencia de procedimiento pueda ser considerada atentatoria de derechos constitucionales (art. 17, "1", "3", CR). Es correcto prever un recurso posterior a la sanción.

Capítulo V – Registro (Art. 17)

Art. 17. Registro de Misiones de Observación Electoral

Comentario: ninguno

Capítulo VI – De los Informes de la Observación Electoral (arts. 18-19)

Art. 18. Informe final con observaciones

Comentario: El plazo otorgado para el Informe Final es razonable.

Art. 19 Informe financiero. La falta de presentación de alguno de estos informes en el plazo previsto, implicará la suspensión del derecho a realizar observaciones electorales durante dos procesos electorales nacionales consecutivos

Comentario: a criterio nuestro, es difícil ver la pertinencia de que las organizaciones que participan de misiones de OE deban justificar los fondos utilizados. Tal vez la información relevante pueda ser el origen de dichos fondos, pero únicamente eso.

Capítulo VII (Art. 20) – Sanciones

Art. 20. Falta de presentación de informe de observación y/o financiero

Comentario: La sanción prevista[20] es tal vez desproporcionada, puesto que es complicado comprender la justificación de la obligatoriedad de estos dos Informes.

3

Resolución TSJE N° 49 del 24 de marzo de 2023

Esta resolución modifica la anterior (21/23). Está estructurada como toda modificatoria, por lo que su sistemática carece de títulos y capítulos, limitándose a modificar el texto de la parte de la norma que sufre cambios. En total se modifican tres artículos:

11. Requisitos para solicitar acreditación

12. Sin título (regula el momento del otorgamiento de las acreditaciones)

13. Impedimentos (para ejercer funciones de Observación Electoral).

En el artículo 11 modificado se excluyen a) el requisito del domicilio de la persona jurídica nacional solicitante de la acreditación, b) los datos personales de quienes realizarán actividades de observación, que incluía la nacionalidad de la persona, c) la obligatoriedad de llenar un formulario de declaración jurada de no estar incurso/a en ninguna de las prohibiciones del reglamento.

[20] *"La falta de presentación de informes hará que el TSJE inhabilite a estas instituciones por dos procesos electorales (nacionales) consecutivos"*

En el artículo 12 modificado, en lugar de señalar la facultad del TSJE de acreditar únicamente a aquellas personas que cumplieren los requisitos establecidos en el artículo 11, sean mayores de edad y no estén incursas en ninguna de las prohibiciones previstas en la resolución 21/23, establece que el órgano máximo de la Justicia Electoral "verificará" el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma mencionada previo a la acreditación. Luego, en el siguiente inciso, se reintroduce nuevamente la obligatoriedad de informar al TSJE los datos personales –numerosos, y tal vez excesivos, se podría decir– de aquellas personas que fungirán de observadores, que había sido sacada del art. 11 también modificado.

En el siguiente inciso del artículo 12 se introduce la obligación de llenar una declaración jurada por parte del representante legal de la Misión Electoral, "asumiendo la responsabilidad por los Observadores Electorales", sin especificarse a qué tipo de responsabilidad se alude.

En el artículo 13 modificado, se modifica lo establecido en el inciso "c", donde figuraba como impedimento para ser "Observador Electoral", ser "funcionario público en ejercicio", por "funcionario público que ocupe cargos directivos" (sin aclararse a qué cargos específicamente se hace referencia).[21]

Con respecto a las modificaciones introducidas por la Resolución de marras, se puede decir que no han significado cambios cualitativos relevantes con vistas a mejorar las condiciones de observación electoral establecidas en la Resolución 21/23 originaria.

[21] La nomenclatura "cargos directivos", aparece una sola vez en la Ley 1626/200. "De la Función Pública", para referirse a cargos en los sindicatos del sector público (art. 113, e).