

VOTO QUE FORMULA EL MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL, EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL PLENO, QUE RESOLVIÓ LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 27/2009 Y SUS ACUMULADAS 29/2009, 30/2009 Y 31/2009, PROMOVIDAS POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS DEL TRABAJO, SOCIAL DEMÓCRATA, DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA Y CONVERGENCIA.

Los promoventes impugnaron el Decreto 149 emitido por el Congreso del Estado de Aguascalientes, mediante el cual se aprobó el Código Electoral de esa Entidad, publicado el veintiséis de enero de dos mil nueve, por considerar que diversos artículos eran contrarios a la Constitución Federal.

A lo largo de la discusión de las acciones antes señaladas, manifesté mi desacuerdo con la forma en que votaron la mayoría de los integrantes del Pleno en algunos de los temas, por lo que expondré los motivos que me llevan a diferir de las decisiones adoptadas.

I. INVASIÓN DE FACULTADES DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL EN MATERIA DE TIEMPOS RELATIVOS A RADIO Y TELEVISIÓN.

a) Coaliciones.

En relación con el artículo 79 del Código Estatal Electoral¹, se hizo valer su inconstitucionalidad por estimar que al considerar a

¹ ARTÍCULO 79.- Los partidos políticos que se coaliguen para participar en las elecciones, deberán celebrar el convenio respectivo, que contendrá:

(...) **VII.** A la coalición total le será otorgada la prerrogativa de acceso a tiempo en radio y televisión establecida en este Código, en el treinta por ciento que corresponda distribuir en forma igualitaria, como si se tratara de un solo partido. Del setenta por ciento proporcional a los votos, cada uno de los partidos coaligados participará en los términos y condiciones establecidos por este Código. El convenio de coalición establecerá la distribución de tiempo en cada uno de esos medios para los candidatos de la coalición.

las coaliciones como un solo partido político y sujetar las prerrogativas de televisión y radio al Reglamento del Consejo General de dicho Instituto, invadía la competencia del Instituto Federal Electoral.

El Pleno de esta Suprema Corte, por mayoría de nueve votos, decidió reconocer la validez de las fracciones referidas, argumentando que corresponde al legislador local determinar la forma y términos en que los partidos políticos pueden participar en los procesos electorales, pudiendo determinar las condiciones de participación de las coaliciones.

Respecto a las prerrogativas de radio y televisión, se determinó que, si bien la asignación de tiempos en estos medios compete al Instituto Federal Electoral, lo cierto es que una vez asignados los tiempos correspondientes, la manera en que éstos se entreguen a los diversos partidos políticos, dependerá exclusivamente a la legislación local.

No coincido con lo anterior, en virtud de que la regulación sobre la forma en que los partidos integrantes de la coalición participarán en la distribución de tiempos de radio y televisión, es un aspecto de la competencia del Instituto Federal Electoral.

Este criterio, fue tomado después de una larga discusión de 3 sesiones, al resolver la acción de inconstitucionalidad 113/2008,

Tratándose de coalición por tipo de elección, cada partido coaligado accederá a su respectiva prerrogativa en radio y televisión ejerciendo sus derechos por separado. El convenio de coalición establecerá la distribución de tiempo en cada uno de esos medios para los candidatos de coalición y para los de cada partido.

VIII. En todo caso, los mensajes en radio y televisión que correspondan a candidatos de coalición deberán identificar esa calidad y el partido responsable del mensaje. El acceso a radio y televisión por parte de las coaliciones y de los partidos que formen parte de las mismas, se hará en la forma y términos establecidos por el Reglamento que el Consejo emita al respecto; (...)"

en el que por una mayoría de 9 Ministros², se invalidó el artículo 65, párrafo tercero, fracciones I a IV del Código Electoral del Estado de México³, con disposiciones muy semejantes a las ahora analizadas.

Dijimos: *“Debe señalarse que si bien, como ha quedado precisado, las Legislaturas locales cuentan con atribuciones para legislar en materia de coaliciones, por tratarse de una modalidad a través de la cual los partidos políticos pueden participar en los procesos electorales locales, lo cierto es que dicha atribución no comprende la posibilidad de establecer lo relativo a la asignación*

² Por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia se aprobó el punto resolutivo Cuarto, en cuanto a declarar la invalidez del artículo 65, párrafo tercero, fracciones de la I a la IV, los señores Ministro Franco González Salas y Valls Hernández votaron en contra.

³ CÓDIGO ELECTORAL DEL ESTADO DE MÉXICO. (Lo resaltado fue invalidado)
“Artículo 65.- Conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, el Instituto Federal Electoral, asignará a través del Instituto local, el tiempo que corresponda, en cada estación de radio y canal de televisión de cobertura en la entidad federativa, como prerrogativa a los partidos políticos durante los procesos electorales locales. Ese tiempo será utilizado para la difusión de mensajes de acuerdo a la pauta que apruebe, a propuesta de la autoridad electoral local, el Comité de Radio y Televisión del Instituto Federal Electoral. En las precampañas y campañas electorales, para la distribución del tiempo antes señalado, convertido a número de mensajes, las autoridades electorales aplicarán como base para la distribución de mensajes de los partidos políticos el siguiente criterio: treinta por ciento del total en forma igualitaria y el setenta por ciento del tiempo restante será asignado a los partidos conforme al porcentaje de votación obtenido por cada uno de ellos en la elección para diputados locales inmediata anterior.

De los tiempos que correspondan a los partidos políticos como prerrogativas para campaña, en el caso de las coaliciones se estará a las siguientes reglas:

- I. Las coaliciones dispondrán del tiempo en radio y televisión a que tuviesen derecho los partidos políticos coaligados en términos de la legislación federal;**
- II. En la elección de Gobernador gozarán de tiempo como si se tratara de un partido político;**
- III. Tratándose de coaliciones totales de la elección de ayuntamientos y/o diputados gozarán de tiempo como si se tratase de un partido político, debiendo señalar los partidos coaligados en el convenio respectivo, el porcentaje de tiempo que destinarán a la coalición en cada tipo de elección;**
- IV. Tratándose de coaliciones parciales, se estará a lo que establezcan los partidos coaligados en su convenio.**

De conformidad con el artículo 73 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en caso de ser insuficientes los tiempos a que alude el párrafo anterior el Instituto solicitará a la autoridad federal competente que los cubra del tiempo disponible que corresponde al Estado, o en su caso con cargo al presupuesto del Instituto.

Los gastos de producción de los mensajes para radio y televisión de los partidos políticos serán sufragados con sus propios recursos.”.

de tiempos de radio y televisión, ya que ello es competencia de la autoridad federal; por lo que, si como en el caso, se estatuye un sistema diverso al establecido en la legislación federal para el acceso a la radio y televisión por parte de los partidos políticos, se genera la incertidumbre de qué ordenamiento será el aplicable en detrimento del principio rector que nos ocupa.”

Es cierto que el artículo que estamos analizando es muy semejante al 98, párrafos 3 y 4 del COFIPE⁴; no obstante, ello no

⁴ Artículo 98

1. El convenio de coalición contendrá en todos los casos:

- a) Los partidos políticos nacionales que la forman;
- b) La elección que la motiva;
- c) El procedimiento que seguirá cada partido para la selección de los candidatos que serán postulados por la coalición;
- d) Se deberá acompañar la plataforma electoral y, en su caso, el programa de gobierno que sostendrá su candidato a Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, así como los documentos en que conste la aprobación por los órganos partidistas correspondientes;
- e) El señalamiento, de ser el caso, del partido político al que pertenece originalmente cada uno de los candidatos registrados por la coalición y el señalamiento del grupo parlamentario o partido político en el que quedarían comprendidos en el caso de resultar electos;
- f) Para el caso de la interposición de los medios de impugnación previstos en la ley de la materia, quién ostentaría la representación de la coalición;

2. En el convenio de coalición se deberá manifestar que los partidos políticos coaligados, según el tipo de coalición de que se trate, se sujetarán a los topes de gastos de campaña que se hayan fijado para las distintas elecciones, como si se tratara de un solo partido. De la misma manera, deberá señalarse el monto de las aportaciones de cada partido político coaligado para el desarrollo de las campañas respectivas, así como la forma de reportarlo en los informes correspondientes.

3. A la coalición total le será otorgada la prerrogativa de acceso a tiempo en radio y televisión establecida en este Código, en el treinta por ciento que corresponda distribuir en forma igualitaria, como si se tratara de un solo partido. Del setenta por ciento proporcional a los votos, cada uno de los partidos coaligados participará en los términos y condiciones establecidos por este Código. El convenio de coalición establecerá la distribución de tiempo en cada uno de esos medios para los candidatos de la coalición.

4. Tratándose de coalición solamente para la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, o de coaliciones parciales para diputado o senador, cada partido coaligado accederá a su respectiva prerrogativa en radio y televisión ejerciendo sus derechos por separado. El convenio de coalición establecerá la distribución de tiempo en cada uno de esos medios para los candidatos de coalición y para los de cada partido.

5. En todo caso, los mensajes en radio y televisión que correspondan a candidatos de coalición deberán identificar esa calidad y el partido responsable del mensaje.

6. El Consejo General emitirá el reglamento relativo al acceso a radio televisión por parte de las coaliciones y de los partidos que formen parte de las mismas.

salva su inconstitucionalidad, pues al discutir el precedente citado, señalamos que no pueden los Estados establecer disposiciones al respecto y que para ello debe hacerse la remisión a la legislación aplicable que es la federal.

Por estos motivos, estimo debía declararse la invalidez de la fracción VII íntegra, pues realiza asignaciones sobre la forma en que las coaliciones acceden a los tiempos de radio y televisión, aspectos que corresponden en exclusiva al Instituto Federal Electoral.

Asimismo, debía invalidarse la porción normativa de la fracción VIII del artículo 79 que dice: *“El acceso a radio y televisión por parte de las coaliciones y de los partidos que formen parte de las mismas, se hará en la forma y términos establecidos por el Reglamento que el Consejo emita al respecto.”*, pues es claro que tampoco puede el Consejo vía Reglamento establecer la forma en que accederán las coaliciones a dichos medios de comunicación.

II. FINANCIAMIENTO A LOS PARTIDOS POLÍTICOS POR PERSONAS FÍSICAS, SIMPATIZANTES Y MILITANTES.

En las acciones de inconstitucionalidad, se adujo que el artículo 59 del Código Electoral del Estado de Aguascalientes, atentaba contra los principios de certeza, legalidad y objetividad, en virtud de establecer un tope a las aportaciones de los simpatizantes o militantes de un partido político, distinto al señalado por la Constitución Federal.

Por mayoría de siete votos, se reconoció la validez de dicho precepto, por considerar que independientemente de que dicho numeral establezca aportaciones de militantes, éste fija los

7. Es aplicable a las coaliciones electorales, cualquiera que sea su ámbito territorial y tipo de elección, en todo tiempo y circunstancia, lo establecido en el segundo párrafo del Apartado A de la Base III del artículo 41 de la Constitución General de la República.”

mismos topes que se prevén para el caso de aportaciones de simpatizantes, por lo que son constitucionales.

Me parece que contrario a lo sostenido por la mayoría de este Pleno, el artículo 59, primer párrafo y fracción III⁵, resulta inconstitucional.

Lo anterior, en virtud de que prevé otro tope del 10% para las aportaciones que puede recibir un partido político, pero ahora de la militancia.

Sobre este tema, al resolver la acción de inconstitucionalidad 21/2009 bajo la ponencia del Ministro Azuela, nos pronunciamos en el sentido de que el término “simpatizante” a que se refiere la Constitución Federal, incluye también a militantes, candidatos y terceros, por lo que, de reconocer la validez del citado numeral 59, lo que estaríamos haciendo es elevar el tope de aportaciones al 20%.

En consecuencia, de acuerdo con la interpretación conforme que ya hizo esta Suprema Corte en el precedente que he señalado, estimo que debe declararse la invalidez del artículo 59 en su integridad, bajo el entendido de que las aportaciones que hagan los militantes se regirán por lo dispuesto en el artículo 57, en el que se encuentran comprendidos.

⁵ “ARTÍCULO 59.- Los partidos políticos podrán recibir aportaciones de su militancia en dinero o en especie, las cuales en su total anual no podrán ser mayores al 10% del monto establecido como tope de gasto de campaña para la elección de Gobernador inmediata anterior, las cuales se sujetarán a:

I. De las aportaciones en dinero deberán expedirse recibos foliados por los partidos políticos en los que se harán constar el nombre completo y domicilio, clave de elector y afiliación y militancia al partido;

II. Las aportaciones en especie se harán constar en un contrato celebrado conforme a las leyes aplicables, y

III. Las aportaciones que realice cada militante; tendrán un límite anual equivalente al 1% del monto total del tope de gasto fijado para la campaña de Gobernador.”

III. ASIGNACIÓN DE DIPUTADOS Y REGIDORES DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL.

El artículo 278 del Código Electoral Estatal⁶, fue impugnado por considerar que resulta inconstitucional al establecer como elemento para calcular la asignación de diputados, porcentajes y no directamente a la cantidad de votos obtenida por los partidos políticos.

El Pleno, por mayoría de nueve votos, decidió reconocer la validez de este artículo, por considerar que dicha fórmula es

⁶ ARTÍCULO 278.- Las normas para la asignación de curules de representación proporcional son las siguientes:

I. Todos los partidos o coaliciones que hayan obtenido por lo menos el 2.5% de la votación total emitida tendrán derecho a participar en la asignación de diputados de representación proporcional; haciendo la declaratoria de aquellos partidos que hayan obtenido el 2.5% de la votación total emitida;

II. La asignación de diputados por este principio, se hará considerando como votación estatal emitida, la que resulte de deducir de la votación total emitida, los votos a favor de los partidos políticos que no hayan obtenido el 2.5% de la votación total emitida y los votos nulos;

III. Para distribuir las diputaciones, se utilizará la fórmula electoral siguiente:

- a. Porcentaje Mínimo;
- b. Cociente electoral;
- c. Cociente rectificado;
- d. Resto mayor.

El porcentaje mínimo lo representa el 2.5% de la votación total emitida.

El cociente electoral se calcula dividiendo la suma de los porcentajes obtenidos con respecto a la votación estatal obtenida por los partidos políticos con derecho a participar en la asignación, deducido el 2.5%, entre el número de curules a repartir.

El cociente rectificado se calcula dividiendo la suma de los porcentajes obtenidos con respecto a la votación estatal por los partidos políticos con derecho a participar en la asignación, deducidos los porcentajes utilizados para obtener curules, entre el número de curules por repartir.

Resto mayor de votos: es el remanente de porcentajes, deducidos los utilizados en la asignación de curules, por el elemento anterior de la fórmula electoral.

IV. Para la aplicación de la fórmula se observará el siguiente procedimiento:

- a. A los partidos que hayan obtenido el 2.5% o más de la votación total se le asignará una diputación;
- b. En segundo término se asignará una diputación adicional a cada uno de los partidos políticos una vez deducido el 2.5% y que alcancen el cociente electoral;
- c. En tercer término se asignará una diputación adicional a cada uno de los partidos políticos cuyos porcentajes resultantes una vez deducidos los porcentajes ya utilizados contengan el cociente rectificado; y
- d. Si aún quedaren curules por repartir, éstas se asignarán utilizando los restos mayores.

En la asignación de las curules a los partidos, se deberá estar a lo establecido por el artículo 193 de este Código.

ARTÍCULO 279.- Todo partido político que obtenga el triunfo en la totalidad de los distritos uninominales, no tendrá derecho a participar en la asignación de diputados por el principio de representación proporcional. Ningún partido podrá tener más de dieciocho diputados asignados por ambos principios.

acorde con el principio de representación proporcional, cuya única finalidad es permitir que todos los partidos tengan representación en el Congreso, atendiendo a la votación estatal que se haya obtenido y que para lograr una correcta aplicación de la fórmula es necesario que los porcentajes se traduzcan a votos.

No coincido con la declaración de validez, puesto que me parece que la fórmula prevista puede generar falta de certeza, puesto que sólo se prevé una asignación en cada ocasión que se obtenga el cociente electoral, con independencia de que este pudiera ser superior a uno, lo que podría ocasionar el que no se asignen las nueve curules por el principio de representación proporcional.

Hice los ejercicios correspondientes para aplicar la fórmula bajo el supuesto de que sólo dos partidos hubieran obtenido el equivalente a 2.5% de la votación para tener derecho a curules y, efectivamente, queda una curul pendiente de asignar. Por ello estimo que la posibilidad de que ante la imprevisión de la norma no se asigne un diputado la torna inconstitucional por vulnerar el principio de certeza.

Lo anterior, se puede apreciar del siguiente ejemplo de asignación con dos partidos políticos:

VOTOS TOTALES: 325,078 (Son los resultados oficiales de diputados en 2007)

Diputados por representación proporcional: **9**
2.5% votación- 8,126 votos

Partidos:

A.	146,250	- alcanza 2.5% votación.
B.	142,051	- alcanza 2.5% votación.
C.	8,025	
D.	7,940	
E.	7,812	
NULOS	13,000	

VOTACIÓN ESTATAL: 288,301

COCIENTE ELECTORAL (C.E.)

votos obtenidos	porcentaje V.E.	porcentaje 2.5%	sumatoria
A. 146,250	50.72%	- 2.5%	= 48.22
B. 142,051	49.27%	- 2.5%	= <u>46.77</u>
			94.99

C.E.: 94.99 / 7 (curules por repartir) = **13.57**

COCIENTE RECTIFICADO (C.R.)

votos obtenidos	porcentaje V.E.	cociente electoral	cociente rectificado
A. 146,250	50.72%	- 13.57%	= 37.15%
B. 142,051	49.27%	- 13.57%	= 35.7%

RESTO MAYOR (R.M.)

votos obtenidos	porcentaje V.E.	cociente rectificado	resto mayor
A. 146,250	50.72%	- 37.15%	= 13.57%
B. 142,051	49.27%	- 35.7%	= 13.57%

ASIGNACIONES

	2.5%	C.E.	C.R.	R.M.	total
A.	1	1	1	1	4
B.	1	1	1	1	<u>4</u>
					8

Quedaría **1 diputación sin repartir.**

Así, en un supuesto de triunfo bipartidista no hay una regla para la asignación de la novena curul de representación proporcional, pues contrario a lo que consideró el pleno, la fórmula no refiere la traducción de los porcentajes a votos, sino que directamente establece que la asignación se hace atendiendo a aquéllos. Lo que en el ejemplo señalado, lleva a que aún con una diferencia de votación, una vez agotadas las asignaciones por cociente electoral, cociente rectificado y resto mayor, los porcentajes se igualan, por lo que no hay un criterio de desempate.

En estas condiciones, estimo que debió declararse la invalidez del artículo 278 del Código Electoral por ser contrario al principio de certeza.

IV. GARANTÍA DE AUDIENCIA EN LA ADMISIÓN DE PRUEBAS SUPERVENIENTES.

El artículo 309 del Código Electoral de Aguascalientes⁷, se impugnó por considerar que violentaba los principios de exhaustividad, legalidad, certeza, debido proceso legal y debida impartición de justicia, consagrados en la Constitución Federal, puesto que una notificación que por su relevancia pueda cambiar el curso del juicio, debe ser notificada de manera personal y no mediante estrados.

⁷ ARTÍCULO 309.- Las pruebas deberán ofrecerse en el primer escrito que presenten las partes en el procedimiento, expresando con toda claridad cuál es el hecho o hechos que se tratan de acreditar con las mismas, así como las razones por las que se estima que demostrarán las afirmaciones vertidas.

Sólo serán admitidas las siguientes pruebas:

- I. Documentales públicas;
- II. Documentales privadas;
- III. Técnicas;
- IV. Pericial contable;
- V. Presuncional legal y humana; y
- VI. Instrumental de actuaciones.

La confesional y la testimonial podrán ser admitidas cuando se ofrezcan en acta levantada ante fedatario público que las haya recibido directamente de los declarantes, y siempre que estos últimos queden debidamente identificados y asienten la razón de su dicho.

La autoridad que sustancie el procedimiento podrá ordenar el desahogo de reconocimientos o inspecciones judiciales, así como de pruebas periciales, cuando la violación reclamada lo amerite, los plazos permitan su desahogo y se estimen determinantes para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

El quejoso o el denunciado podrán aportar pruebas supervenientes hasta antes del cierre de la instrucción.

Admitida una prueba superveniente, se dará vista por estrados al quejoso o denunciado, según corresponda, para que en el plazo de cinco días manifieste lo que a su derecho convenga.

La Secretaría podrá admitir aquellas pruebas que habiendo sido ofrecidas en el escrito por el que se comparezca al procedimiento y que hayan sido solicitadas a las instancias correspondientes, no se hubiesen aportado antes de la aprobación del proyecto de resolución y se aporten hasta veinticuatro horas antes del inicio de la sesión respectiva. Se apercibirá a las autoridades en caso de que éstas no atiendan en tiempo y forma, el requerimiento de las pruebas.

Asimismo, se podrán admitir aquellos elementos probatorios que, habiendo sido solicitados dentro de la investigación correspondiente, no se hubiesen recibido sino hasta veinticuatro horas antes de la sesión respectiva.

Los órganos que sustancien el procedimiento podrán hacer uso de los medios de apremio para hacer cumplir sus resoluciones.

El Pleno de esta Corte, por mayoría de ocho votos, decidió reconocer la validez del artículo 309, por considerar que dicho precepto no resulta contrario a la Constitución Federal.

Los argumentos consistieron en que la notificación por estrados de una prueba superveniente, en nada violentaba las formalidades esenciales del procedimiento, ni la de garantía de audiencia y aplicación de justicia, ya que la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas y alegatos, garantiza una oportuna y adecuada defensa.

No coincido con el reconocimiento de validez del párrafo sexto del artículo 309 del Código Electoral, pues considero que no cumple con la garantía de audiencia desde el punto de vista sustantivo.

El artículo impugnado es parte del procedimiento sancionador, por lo que el conocimiento que tengan las partes de las probanzas que se ofrezcan en el mismo, resulta de vital importancia.

Debe tomarse en cuenta que el ofrecimiento de una prueba superveniente no es una diligencia ordinaria, previsible para las partes que haga razonable la exigencia de una revisión de los estrados en un determinado lapso de tiempo, se trata de una cuestión extraordinaria que puede darse en cualquier momento y modificar la situación del procedimiento.

La previsión de una notificación por estrados cumple con la garantía de audiencia desde un punto de vista formal, pero no desde el aspecto material, que consiste en que efectivamente se tenga acceso a una defensa adecuada.

En el caso, al tratarse de una situación extraordinaria que puede llevar a modificar el resultado del procedimiento, es necesario garantizar que las partes tengan conocimiento de las pruebas y en

su caso, aportar los elementos que consideren necesarios ya sea para su defensa o para apoyar la denuncia presentada.

Por los motivos anteriores, estimo que debió declararse la invalidez de la porción normativa “*por estrados*” y realizarse la interpretación de que la notificación debía realizarse personalmente.

MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL