



PÁGINA WEB

AL PÚBLICO EN GENERAL, SE LE HACE CONOCER QUE EN LA CAUSA No. 270-2011-TCE, SE HA DISPUESTO LO QUE A CONTINUACIÓN ME PERMITO TRASCRIBIR:

SENTENCIA CAUSA 270-2011

PLENO DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL: DRA. ALEXANDRA CANTOS MOLINA, JUEZA; DR. ARTURO DONOSO CASTELLÓN, JUEZ; AB. DOUGLAS QUINTERO TENORIO, JUEZ; AB. JUAN PAÚL YCAZA VEGA; JUEZ SUPLENTE; DRA. NELLY CEVALLOS BORJA, JUEZA SUPLENTE.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano, 12 de enero de 2012, las 15H55.- **VISTOS .-**

I. ANTECEDENTES

El día viernes 29 de julio de 2011, a las 17h30, el señor Ab. Abdalá Bucaram Pulley, interpuso para ante el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por la Dra. Ximena Endara Osejo, Jueza Presidenta del Tribunal Contencioso Electoral, el día 29 de julio de 2011, dentro de la causa No. 270-2011.

En auto de fecha 02 de agosto de 2011, a las 10h45, la Jueza Presidenta del Tribunal Contencioso Electoral, por oportunamente interpuesto, aceptó el recurso de apelación presentado por el señor Ab. Abdalá Bucaram Pulley y dispuso remitir el expediente a la Secretaría General, a fin de que se envíe el proceso al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral. Mediante Oficio No. 024-2011-VP-TCE de 02 de agosto de 2011, la Dra. Sandra Melo Marín, Secretaria Relatora remite al Ab. Fabián Haro Aspiazu, Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral encargado a la fecha referida, el Expediente identificado con el No. 270-2011 "relacionado con la denuncia presentada por el señor Asambleísta Abdalá Bucaram Pulley, en contra del señor Santiago Pérez Pazmiño y de la empresa encuestadora "SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CIA. LTDA.", en la persona de su Gerente General, señora Ana Isabel Oña Gudiño.

El expediente consta de novecientas cuarenta y cuatro (944) fojas del cual se consideran:

1. El expediente de primera instancia correspondiente a la causa 270-2011, que en 10 cuerpos y 922 fojas fue sustanciado por la Dra. Ximena Endara Osejo, Jueza Presidenta del Tribunal Contencioso Electoral. Dentro del mismo constan:

1.1 Denuncia presentada por el Ab. Abdalá Bucaram Pulley, Asambleísta Nacional, en contra del señor Santiago Pérez Pazmiño, por sus propios y personales derechos y en contra de la Encuestadora Electoral "SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA. LTDA, en la persona de su Gerente General señorita Ana Isabel Oña Gudiño, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 303 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia. (fojas 3 a 4 vta)

1.2 Providencia de 19 de mayo de 2011, a las 16h00, mediante la cual la Dra. Ximena Endara Osejo,

admite a trámite la denuncia presentada, ordena citar con copia certificada de todo lo actuado a los presuntos infractores señor Santiago Pérez Pazmiño y señorita Ana Isabel Gudiño, Gerente General de la Encuestadora "Santiago Pérez Investigación y Estudios CIA. LTDA"; así como señala para el día miércoles 15 de junio de 2011, a las 10h00 la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento. (fs. 15 a 15 vlt).

1.3 Escrito del señor Ab. Abdalá Bucaram Pulley, Asambleísta Nacional, en el que anuncia la práctica de prueba a ser considerada en la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, en los numerales 1, 2, 3 (3.1; 3.2; 3.3; 3.4); 4 (4.1; 4.2; 4.3) 5, 6, 7 y 8; y, providencia de fecha 8 de junio de 2011, a las 13h55, en la cual la Jueza de Primera Instancia, ordena la práctica de las diligencias solicitadas por el denunciante, se niega alguna de sus peticiones y solicita especifique y determine otras al tenor de lo señalado en la referida providencia a partir de los numerales PRIMERO a OCTAVO. (fs. 45 a 47).

1.4 Escrito del señor Ab. Abdalá Bucaram Pulley, Asambleísta Nacional presentado el día 10 de junio de 2011, a las 14h44 mediante el cual adjunta dieciséis recortes de prensa en originales. (fs. 248 a 264 vlt); y providencia de fecha 11 de junio de 2011 a las 13h10. (fs. 265)

1.5 Providencia de 14 de junio de 2011, a las 18h30, a través de la cual la señora Jueza Dra. Ximena Endara Osejo, nombra como perito técnico al Doctor PhD Luis Horna. (fs. 634); y acta de posesión de perito (fs. 638)

1.6 Acta de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento dentro de la causa No. 270-2011, efectuada el día miércoles 15 de junio de 2011, a las 10h10. (fs. 639-644 vlt); Acta de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento (reinstalación) efectuada el día miércoles 22 de junio de 2011, a las 10h05. (fs. 840 a 842); Acta de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento realizada el día lunes 27 de junio de 2011, a las 15h05 (reinstalación). (fs. 846 a 848).

1.7 Dos DVDs que contienen la grabación magnetofónica de las Audiencias Orales de Prueba y Juzgamiento y sus reinstalaciones. (fs. 899)

1.8 Sentencia de 29 de julio de 2011 a las 10h00 dictada por la Dra. Ximena Endara Osejo, Jueza del Tribunal Contencioso Electoral (fs. 900 a 915 vlt)

2. Escrito de la señora Ana Isabel Oña Gudiño, representante de la compañía SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA LTDA, presentado con fecha 04 de agosto de 2011. (fs. 928 a 929 vlt)

3. Auto de fecha 24 de agosto de 2011, las 09h55 suscrito por la señora jueza y señores Jueces: Dra. Alexandra Cantos Molina, Ab. Douglas Quintero Tenorio y Ab. Juan Paúl Ycaza Vega. (fs. 931 a 931 vlt)

4. Escrito de la señora Ana Isabel Oña Gudiño, representante de la compañía SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA LTDA, ingresado el día 27 de septiembre de 2011, a las 15h27. (fs. 936 a 936 vlt)

5. Auto de 12 de octubre de 2011, suscrito por la señora jueza y jueces del Tribunal Contencioso Electoral, Dra. Alexandra Cantos Molina, Dr. Arturo Donoso Castellón y Ab. Douglas Quintero Tenorio.

6. Voto salvado del Dr. Arturo Donoso Castellón, Juez del Tribunal Contencioso Electoral (fs. 942) y Auto de mayoría dictado con fecha 28 de noviembre de 2011, las 12h45, mediante el cual el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral integrado para la presente causa con las señoras juezas y señores jueces: Dra. Alexandra Cantos Molina, Dr. Arturo Donoso Castellón (V.S), Ab. Juan Paúl Ycaza Vega y



Dra. Nelly Cevallos Borja, admite a trámite el recurso de apelación y da contestación a la petición de la señora Ana Isabel Gudiño, representante de la compañía SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA LTDA. (fs. 943)

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

La Constitución de la República del Ecuador, en el inciso final del artículo 221, determina que los fallos y resoluciones dictadas por el Tribunal Contencioso Electoral, constituirán jurisprudencia electoral y serán de última instancia e inmediato cumplimiento. Conforme lo determina el artículo 70 numeral 1 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, es atribución de este Tribunal, el “Administrar Justicia como instancia final en materia electoral y expedir fallos”.

De conformidad con lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 72 del Código de la Democracia, existirán dos instancias en el Tribunal Contencioso Electoral, para la resolución de la “acción de queja, para el juzgamiento y sanción de las infracciones electorales, así como para resolver los temas internos de las organizaciones políticas sometidos a su competencia”. La primera instancia “será tramitada por una jueza, o un juez por sorteo para cada proceso, la segunda y definitiva corresponde al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral”. El artículo 42 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral, por su parte, concuerda con lo señalado por la ley electoral, respecto a la doble instancia. En el mismo Reglamento, se establece dentro del Capítulo V, Disposiciones Generales, artículo 107 que “En los casos en que la primera instancia fuere conocida y resuelta por una jueza o juez, se podrá apelar de su sentencia en los plazos que determine la ley y este reglamento. La o el Secretario Relator tendrá veinte y cuatro horas para remitir el expediente a Secretaría General, con el fin de que, por sorteo, se designe a la jueza o juez sustanciador del Pleno”.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

3.1 La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia dictada dentro de la causa No. 270-2011, el día 29 de julio de 2011, a las 10h00 y leída en la misma fecha a partir de las 15h00, la Dra. Ximena Endara Osejo, Jueza Presidenta del Tribunal Contencioso Electoral, en el numeral 7.5 de su fallo dispuso que: “**7.5.** Por las consideraciones expuestas 1) al no ajustarse la empresa “SANTIAGO PEREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CIA. LTDA”, dentro de la cualificación determinada en la norma electoral, respecto del sujeto activo de la infracción; 2) al no existir adecuación de los hechos (acción) al tipo de la infracción electoral, no siendo antijurídica, ni culpable; 3) que dicha acción no ha configurado un resultado dañoso(sic) por lo mismo no existe ninguna violación de ninguna norma, peor aun afectación de un bien jurídico o de algún derecho; 4) al haberse establecido que el trabajo realizado por el señor Santiago Pérez Pazmiño y la empresa “SANTIAGO PEREZ INVESTIGACION Y ESTUDIOS CIA. LTDA.”, dentro del proceso de exit poll del Referéndum y Consulta Popular 2011 se ha ceñido al procedimiento, análisis y presentación de la información definidos por la técnica y las ciencias sociales, conforme la prueba actuada, esto es aquella pedida, presentada, practicada y agregada a los autos por los denunciados; y, 5) por no existir prueba suficiente aportada por el denunciado, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve: 1. Desestimar la denuncia presentada por el Asambleísta Nacional Ab. Abdalá Bucaram Pulley en contra del señor Santiago Pérez Pazmiño, y en contra de la empresa “SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CIA. LTDA.”, en la persona de su Gerente General y representante legal señora Ana Isabel Oña Gudiño.(...)”

3.2 El recurso de apelación

El día viernes 29 de julio de 2011, a las 17h30 el señor Ab. Abdalá Bucaram Pulley, interpone recurso de apelación, que en el cual textualmente expresa:

“Que, por no estar de acuerdo con la Ley y méritos del proceso, interpongo recurso de apelación para ante el Tribunal Contencioso Electoral, de la Sentencia dictada por su autoridad el 29 de julio de 2011. En virtud de lo expuesto, se dignará remitir los autos al Superior ante quien haré valer mis derechos”.

3.3 De la petición de la señora Ana Isabel Oña Gudiño en su calidad de representante de la compañía SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA LTDA

En relación a la interposición del recurso de apelación, la señora Ana Isabel Oña Gudiño, representante de la compañía SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA. LTDA, presentó dos escritos el uno de fecha 04 de agosto de 2011 (fs. 928 a 929) y el otro de fecha 27 de septiembre de 2011 solicitando que se rechace el recurso de apelación por que según la mencionada ciudadana, había sido interpuesto fuera de tiempo, así como pidió se la reciba en Audiencia de Estrados. Al respecto, una vez que se conformó el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, se procedió a dar contestación fundamentadamente conforme se observa en el acápite primero numerales 1.1; 1.2; 1.3 y 1.4 de la providencia dictada el día 28 de noviembre de 2011, a las 12h45, por voto de mayoría.

3.4 Análisis del Pleno del Tribunal Contencioso Electoral

Corresponde al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 72 inciso primero del Código de la Democracia sustanciar las causas que se sometan a su conocimiento siguiendo los principios de transparencia, publicidad, inmediatez, simplificación, oralidad, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal, así como observar las garantías del debido proceso, que señala la Constitución y la Ley.

El Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral, establece en el artículo 32, respecto a la carga de la prueba, que “El recurrente o accionante deberá probar los hechos que ha señalado afirmativamente en el proceso. El accionado, de ser el caso, no está obligado a producir prueba a menos que su contestación contenga una afirmación implícita o explícita.”; en tanto que el artículo 35 del mismo Reglamento dispone que: “La prueba deberá ser apreciada en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y deberá observar los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, celeridad, oportunidad, publicidad y otros aplicables en derecho electoral.” Para el juzgamiento de infracciones electorales, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, determina en el artículo 253 que: “En la Audiencia de Prueba y Juzgamiento se presentarán todas las pruebas con que cuenten las partes. Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante las juezas y jueces y responden al interrogatorio respectivo”.

El artículo 76 numeral 7 de la Constitución, establece el aseguramiento al debido proceso que incluye las garantías básicas descritas en sus trece literales. Entre ellas: h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; y m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Del escrito de apelación, se colige que el señor Ab. Abdalá Bucaram Pulley, no especifica ni determina con claridad cuáles son los aspectos del fallo de la Jueza de Primera Instancia, con los cuales está en desacuerdo o que presuntamente contravienen “la Ley” o “los méritos del proceso”,



que permitan determinar los fundamentos de su apelación.

Por su parte, de la revisión por el mérito de los autos, de la documentación, así como de actuaciones de las partes procesales y de la jueza de primera instancia que constan en los diez cuerpos que conforman el expediente, es necesario señalar que:

a) El hecho denunciado por parte del Asambleísta Ab. Abdalá Bucaram Pulley, era el cometimiento de una presunta infracción electoral tipificada en el artículo 303 inciso segundo de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

El señor Asambleísta señala en el texto de su denuncia que: "Precisamente, como consecuencia de la participación popular en el ejercicio de la democracia directa, Consulta Popular y Referéndum, convocada por el señor Presidente Constitucional de la República y que tuvo su plena ejecución el 7 de mayo de 2011, una de las empresas que realiza pronósticos electorales y que tienen Certificado de Registro No. 02 conforme a la Resolución No. PLE-CNE-5-22-3-2011 de 22 de marzo de 2011 del Consejo Nacional Electoral para ejercer su actividad, me refiero concretamente, a **"SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA. LTDA"**, y su encuestador **SANTIAGO PÉREZ PAZMIÑO** – quien, además como es de dominio público, funge como el encuestador oficial del Gobierno- **NO** ha cumplido con su finalidad específica, esto es "garantizar la información veraz y seria de los estudios de las empresas que realicen pronósticos electorales", pues, contratada, con criterios de exclusividad, por los Canales de Televisión administrados actualmente por el Estado ecuatoriano GAMATV y TC TELEVISIÓN para realizar el proceso de pronóstico electoral denominado "EXIT POLL" (sondeo a boca de urna), sus resultados, anticipados la tarde y noche del pasado sábado 7 de mayo de 2011, tras del cierre de la jornada electoral, tuvieron un alto margen de error que publicitó un supuesto aplastante triunfo del SI en la Consulta, el cual horas mas tarde fue desmentido por el CONTEO RÁPIDO del Consejo Nacional Electoral, que pone en evidencia-salvo error u omisión-una maniobra de desinformación que puede tener indicios, inclusive de responsabilidad penal. En virtud de lo expuesto y sin perjuicio de la competencia de la Fiscalía General del Estado para investigar y de los jueces penales para juzgar los delitos tipificados en el Código Penal y otras normas penales, en razón de que la encuestadora electoral "SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA. LTDA.", como es de conocimiento público no ha garantizado información **veraz y seria** en su pronóstico electoral denominado exit poll, pues su trabajo no se ha sujetado a los procedimientos, para este tipo de labores, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 303 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, observando las garantías del debido proceso constitucional, solicito, proceda a **SANCIONARLA**, con la **INHABILITACIÓN POR EL SIGUIENTE PERIODO ELECTORAL**, sin perjuicio de hacela extensiva, también, a la persona natural que apareció ante la opinión pública como su real ejecutor, el señor **SANTIAGO PÉREZ PAZMIÑO**. Esta denuncia fue presentada en contra del señor Santiago Pérez Pazmiño por sus propios y personales derechos, así como en contra de la Encuestadora Electoral "SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA. LTDA.", en la persona de su Gerente General señorita Ana Isabel Oña Gudiño.

b) El artículo 303 inciso segundo de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, textualmente dice: "(...) Asimismo, con la finalidad de garantizar la información veraz y seria de los estudios de las empresas que realicen pronósticos electorales, serán sancionadas con suspensión inmediata e inhabilitación por el siguiente período electoral, las empresas que elaboran pronósticos electorales que no ciñan su trabajo a procedimientos, análisis, y presentación de la información definidos por la técnica y las ciencias sociales para este tipo de labores".

c) La empresa "SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA. LTDA, solicitó mediante Oficio N°106-S.P de fecha 27 de abril de 2011, al Licenciado Omar Simon Campaña, Presidente del

Consejo Nacional Electoral, de esa época, autorización para realizar un EXIT POLL en el proceso electoral para el Referéndum y Consulta Popular del 7 de mayo de 2011 (fs. 53). Según el documento técnico que obra a fojas x, se define en el numeral 2 al Exit Poll como "levantamiento de una encuesta con votantes a la salida de las urnas, inmediatamente después de que hayan votado. Usualmente se les pregunta por qué partido u opción votaron, las razones asociadas a su decisión y algunas características socio-demográficas tales como: edad, sexo, ocupación, escolaridad, entre otras. En esencia, un *Exit Poll* no tiene como fin predecir con exactitud los resultados de una votación, es más una herramienta que sirva para conocer el resultado general, la votación por los mismos segmentos de la población, el perfil de los votantes de cada partido u opción y las motivaciones asociada al voto. Si la encuesta de salida se realiza con una muestra probabilística y representativa del universo de electores; así también útil para ir midiendo, a lo largo de la jornada, la tendencia de la votación y hacer una estimación del resultado final. En el Ecuador, un inadecuado manejo de la herramienta y la ausencia de una cabal comprensión de la diversidad social, cultural y política del país, ha ocasionado que los *Exit Poll* no tengan la precisión necesaria. Es por eso que es indispensable adaptar los instrumentos a nuestras particularidades y a las características específicas de esta elección."

Durante la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, efectuada el 15 de junio de 2011, rindieron testimonio personas llamadas por los denunciados, que acreditaban experiencia en consulta política, análisis y encuestas: señor Ralph Douglas Murphine, señora Santa Arisbeth Mora Rubio y el señor Francisco Xavier Rocha Romero. Estos testigos fueron interrogados en su turno por los abogados del señor Ab. Abdalá Bucaram Pulley.

El señor Ralph Douglas Murphine, miembro de consultores políticos de Estados Unidos respecto a las preguntas formuladas por la señora Jueza de primera instancia en la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, señaló: "PREGUNTA: Teniendo en cuenta su experiencia, que opina del exit poll del 7 de mayo de 2011. RESPUESTA: Lo que he visto, no fue precisamente correcto, es algo típico; como se conoce hay errores estadísticos y nivel de confianza. Los países no tienen conocimiento. El análisis es de probabilidades, la encuesta es algo útil para el análisis de la opinión pública. Como usuario puede existir un error o margen de error y también un nivel de confianza. (...) PREGUNTA: Que es encuesta y conteo rápido (sic). RESPUESTA: Encuesta tiene las mismas reglas de margen de error y posibilidades de cambio en el nivel de confianza. El Dr. Víctor Hugo Sicouret, formuló al testigo la siguiente pregunta: "¿Cuál es el margen (sic) de error aceptable en un exit poll RESPUESTA: Depende de las personas encuestadas. Cuando hay muestras más grandes y todo es correcto, el 100 de ello también es correcto y se tiene el mínimo de error. Normalmente este margen es del 5%. Creo que un nivel de error es de 4 a 5% pero esto también puede ser erróneo. Hay dos probabilidades, según mi apreciación. (...)"

La señora Santa Arisbeth Mora Rubio, manifestó ante las preguntas formuladas por la señora Dra. Ximena Endara Osejo, Jueza del Tribunal Contencioso Electoral que: PREGUNTA: Cual es su opinión sobre el exit poll. RESPUESTA: En un sistema democrático ayuda para que la ciudadanía oiga su voz. Hay encuestas académicas y de cualquier tipo como las electorales que ayudan a tomar decisiones. Concretamente el uso es público, es decir se publican los resultados en un medio para que la gente conozca (sic) quien puede quedar triunfador, su objetivo es indicar quien va a ganar, no con cuanto, ya que está sujeto a un margen de error estadístico ya que en nuestra opinión la gente puede decirnos cualquier cosa. Al ser una herramienta de investigación, indica que la muestra puede caer en este parámetro donde puede ser que no sea válida, porque se sujeta a error. Este error estadístico puede verse en publicaciones, puede escucharlo pero gente que no está familiarizada, no entiende qué es un margen de error, esto es un parámetro que no puede manejarse. El objetivo es decir quién gana. Lo importante es que la gente tiene la presión de decir o no decir la verdad. PREGUNTA: El exit poll puede fallar por las respuestas de los ciudadanos: RESPUESTA: Sí, el error es de la fuente de información que son los encuestados. PREGUNTA: El exit poll es un pronóstico o predicción o se



trata de un estudio (sic) estadístico en base a una muestra regulado por las ciencias sociales. RESPUESTA: La encuesta es un instrumento de investigación que orienta a lo que la gente piensa. No se puede adivinar y no se puede saber qué va a ocurrir. Todos hacen pronóstico, como el clima, los matemáticos, los pronósticos son probabilidades, en el tema electoral lleva la idea de probabilidad, se reduce un poco la incertidumbre, en este caso la votación, reducir la esfera de quien es el ganador. En la consulta popular, Santiago Pérez y otros dieron pronósticos de que el sí ganaría y las distancias van de 64, 62.55 algunas mas y otros menos pero es no importa porque al fin ganó el sí. Lo contrario sí hubiera sido un error.” Interrogó a la testigo el Dr. Fausto. Garcés abogado del denunciante, en dicho interrogatorio se observa que: “PREGUNTA: cuál es la metodología para tener seguridad de que en verdad la persona votó como votó. RESPUESTA: Primero debo aclarar que no es para declarar un solo ganador ya que hubo diez preguntas, esto es que diez veces gana el sí y así se va preguntando, la metodología es la muestra. PREGUNTA: La consecuencia práctica es que hubo un error de 22% cuál es la objetividad práctica. RESPUESTA: En la nota metodológica se utilizó un margen de error de mas menos 2%. El margen no es importante. No interesa el margen de error. El margen únicamente nos dice cuidado. (...)”.

El señor Francisco Xavier Rocha Romero, interrogado por la señora Jueza de Primera instancia contesta: PREGUNTA: Dentro de su experiencia como analista político, qué sabe de las encuestas: RESPUESTA: (...) En cuanto al tema que nos convoca este es primario cómo se va a juzgar algo que es estadístico. (...) Revisando las fórmulas con las que se trabaja uno se pregunta cuál es el margen de error, este (sic) es una hipótesis. (...)PREGUNTA: Una cosa es la muestra y otra es la falla debido a factores exógenos. Puede fallar un exit poll por la conducta del ciudadano , voto oculto, llámase el voto miedo, puede fallar? RESPUESTA (sic): Sí podría, porque una encuesta cuando es política tiene que ver con lo público y la gente se cuida más. Esta influencia del gobierno tiene peso en la gente. (...) PREGUNTA: Las encuestas son el resultado final. RESPUESTA: Es una fotografía del momento y eso no significa que los fotografiados son inmóviles. Los que hacemos opinión pública e información estadística, podemos decir que esto no significa que sustituye los resultados electorales porque además de ser técnico, ha de jugar el prestigio de las personas, esto se puede distorsionar con los medios de comunicación. Los resultados de la encuesta pueden cambiar(...)”. El Dr. Víctor Hugo Sicouret preguntó al testigo “...Existen técnicos que tienen que saber cuál es el método social que va a utilizar para poder paliar el problema de la percepción, en el momento en que ejecute sus encuestas. Siendo la metodología un elemento básico y que falló ya que no tenía el ingrediente de la percepción, pero como elemento básico cuál es el objetivo, tengo yo el elemento de la metodología social, el análisis y la divulgación. Acepto lo que dice el testigo de que la percepción de la influencia del gobierno. PREGUNTA: la metodología social del exit poll, también es un pronóstico y al fallar eso, falló el resultado, habrá sido el método. RESPUESTA. Cuando uno hace una encuesta, si es cuantitativa no entiende lo cualitativo, no puede medir la voluntad de los ciudadanos, como los votos vergonzantes o el voto de miedo que tienen un peso, pero no hay una forma de medir una muestra, pero eso no descalifica el trabajo ni la parte técnica, si hay una manipulación, capaz que sí, pero hay temas de comportamiento humano que no nos permite predecir lo que va a pasar. Que margen debería tener el comportamiento humano. Depende de cómo se despierta y de su comportamiento. El tema es que no hemos logrado cómo se mide el comportamiento de la gente”. Otro de los abogados del denunciante, el Dr. Garcés, preguntó al testigo: PREGUNTA: ratifica usted en que mucho pesa en los pronósticos el cliente: RESPUESTA. No he dicho que pesa el cliente. En este caso puedo decir que la forma de gobierno pudo haber influido en la respuesta distinta a lo que pasó”.

d) A fojas 822 y 823, informe elaborado por el señor Hugo Barber, Director General, de la empresa Perfiles de Opinión, respecto al exit poll realizado por la empresa Santiago Pérez y Asociados el día 7 de mayo de 2011. Según este informe: “El tamaño muestral aplicado (23,880 entrevistas) es correcto a nivel nacional). (...)Teniendo en consideración que, según la empresa Santiago Pérez y Asociados el procedimiento muestral presentado es multietápico (se seleccionan aleatoriamente los recintos en los que deben ser aplicada la recolección de información y luego se selecciona a los recintos en los

que debe ser aplicada la recolección de información y luego se selecciona a los entrevistados de dichos recintos) y que la muestra es estatificada por provincia (el porcentaje de entrevistados en cada una de ellas no coincide con la distribución porcentual de los electorales) es razonable plantear que el error estadístico sea de ± 2 puntos porcentuales. Se debe aclarar que este procedimiento de estratificar por provincia es metodológicamente legítimo y se realiza habitualmente para obtener representatividad en cada uno de ellas por separado. Algunas provincias, como las de la Región Amazónica, tienen un número de entrevistados en el diseño muestral aplicado que no es suficiente para lograr un margen de error razonable en las mismas. Sin embargo, esto no debería afectar al total nacional, puesto que en el procesamiento suele aplicarse un mecanismo de ponderación que reconstituye la proporcionalidad del universo. (...). (fs. 822 a 823)

e) El informe por el señor perito Dr. Luis Alcides Horna, nombrado por la señora Jueza de primera instancia en providencia de 14 de junio de 2011, para que "presente un informe debidamente sustentado sobre el procedimiento, análisis y presentación de la información definidos por la técnica y las ciencias sociales para el proceso de "exit poll" de la Consulta Popular y Referéndum 2011, realizado por la empresa "SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS CÍA. LTDA." En el acápite I. **ANTECEDENTES**, numeral 1. **Consideraciones generales. Area de conocimiento pericial**, el perito expresa: "El "Exit Poll", término en Inglés, o encuestas de salida o a boca de urna tuvo su origen en Estados Unidos de Norteamérica, con el fin de conocer en forma anticipada los resultados electorales, mediante una encuesta levantada a los votantes, tan pronto como emitieron sus votos. Si se ha diseñado técnicamente una muestra probabilística para levantar la encuesta, ésta sirve para monitorear la tendencia de la votación en la jornada electoral y luego obtener una estimación de los resultados finales, básicamente en proporciones, con cierto margen de error y nivel de confianza. Los estudios técnicos para realizar pronósticos electorales se basan en la disciplina de la Teoría de muestreo, rama de la Estadística, que se encarga fundamentalmente de la recopilación, organización y análisis de datos, con base en una muestra, con el fin de inferir sobre la población. El muestreo no es una ciencia exacta en el estricto sentido de la palabra, sino que se fundamenta en la Teoría de Probabilidades, lo que implica que sus resultados son válidos con cierta probabilidad, pues en este caso, los resultados de los proceso electorales son inciertos.(...)en este caso concreto se requería estimar la proporción que obtendrían las opciones o alternativas: SI, NO, BLANCO, NULO, en cada una de las diez preguntas de la Consulta del 7 de mayo de 2011. Cabe indicar que con esta estimación obtenida se hace un pronóstico de los resultados que probablemente ocurran. No puede hablarse de certeza en la ocurrencia de los resultados, pues esto implicaría hablar de probabilidad de ocurrencia. El pronóstico se considera en el ámbito técnico como el conocimiento anticipado de un suceso elemental (o un subconjunto de los mismos, llamado evento), siendo un suceso elemental una de las posibles opciones o alternativas que produce un experimento aleatorio. En nuestro caso, las posibles opciones o alternativas, para cada una de las diez preguntas, que tiene un votante que asiste a una Junta Receptora del Voto son: SI, NO, BLANCO y NULO". En el numeral tres, "Comparaciones", el Dr. Horna expresa: "Hay que resaltar que los resultados definitivos emitidos por el Consejo Nacional Electoral, disponibles en su página web son los valores reales de las proporciones a favor de la opción SI y de la opción NO, excluyendo los votos nulos y blancos. Se utilizan también los resultados divulgados en base a las estimaciones provenientes del Conteo Rápido, patrocinado por el Consejo Nacional Electoral, con el fin de comparar la calidad de los resultados obtenidos. Se debe recalcar que el Conteo Rápido se diferencia del "Exit Poll" en lo siguiente: si bien es una muestra probabilística seleccionada de las Juntas Receptoras del Voto, pero, utiliza la votación total de las juntas electorales seleccionadas que han concluido con el escrutinio. La confiabilidad estadística es muy alta con este método, además que estima el nivel de participación de los votantes. En el Conteo Rápido se procesaron los resultados de aproximadamente, 3.900 juntas, a nivel nacional". En el acápite II. **CONCLUSIONES**, determina el perito respecto al tipo de muestreo aplicado que: "(...) no se especifica con claridad el tipo de muestreo utilizado, pues aparecen tres técnicas diferentes que pueden ser combinadas adecuadamente en un estudio que requiera levantar datos con encuestas: multietápico estratificado, sistemático y por conglomerados.



(...) Los supuestos sobre el error máximo para la estimación de la proporción y el nivel de confianza son los recomendables, aunque no es una norma general. (...) La consideración de cuotas en la selección de los votantes en los recintos electorales pudo haber distorsionado los resultados del "Exit Poll". (...) El tamaño muestral y la asignación en los recintos electorales no son los adecuados. ii. **Respecto a las estimaciones** (...) El "Exit Poll" o encuesta a boca de urna, se ha diseñado con el enfoque probabilístico; es decir, considerando un margen de error máximo, con respecto al valor verdadero del parámetro de estudio y un nivel de confianza adecuado. Si con los datos fijados se hicieran 1000 jornadas electorales, se asegura que a 955 veces el valor verdadero del parámetro estará en el intervalo de confianza del 95,5%. En este caso no ocurrió tal situación, bajo los supuestos teóricos correctos. (...) En la divulgación de los resultados obtenidos con los datos arrojados por el "Exit Poll" la empresa siempre ha mencionado la ficha técnica de la encuesta." (fs. 830 a 836). Este informe fue presentado el día 22 de junio de 2011, a las 10h05 en la reinstalación de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento (fs. 840 a 842), se lo adjuntó al expediente conforme se observa del acta de la referida diligencia y fue entregado a las partes procesales, igualmente el perito realizó una presentación verbal del mismo. Finalizada la intervención del profesional, los abogados de las partes lo interrogaron. A fojas 849 a 850 consta la ampliación del informe presentado por el señor Dr. Luis Alcides Horna Huaraca, el mismo que fue presentado en la reinstalación de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento de fecha 27 de junio de 2011, a las 15h05. En la ampliación, manifiesta el perito como conclusiones que: "(...) 2. Se evidencia dos errores de estimación, el admitido para la determinación del tamaño muestral n=198 recintos electorales y los correspondientes al tamaño de votantes en cada provincia".

f) A fojas 631 del expediente, consta la comunicación AJ-74-2011 de 12 de junio de 2011, suscrita por el señor Enrique Arosemena Robles, Gerente General de la Compañía Televisión del Pacífico TELEDOS S.A a través del cual se remite en lo principal: el Contrato suscrito el 16 de marzo de 2011, entre la COMPAÑÍA TELEVISION DEL PACÍFICO TELEDOS S.A (GAMATV) y el señor Santiago Pérez INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS CIA. LTDA; el Informe Final que contiene un CD del Resultado del Exit Poll, presentado por SANTIAGO PEREZ INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS CIA. LTDA. Se observa que en el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN ELECTORAL PARA TELEVISIÓN consta el OBJETO del referido contrato según el cual "EL CONTRATISTA se obliga a cumplir con la propuesta técnica y económica presentada y aceptada por EL CONTRATANTE y, en consecuencia, deberá realizar las encuestas preelectorales extraoficiales para la difusión por televisión, proporcionando los resultados de las votaciones que se realizarán el día sábado 7 de mayo de 2011, en la República del Ecuador. Estos resultados se proporcionarán mediante reportes parciales del día sábado 7 de mayo de 2011. Adicionalmente entregará una encuesta preelectoral el día viernes 6 de mayo de 2011.(...)"

g) Obra del expediente a fojas 779 la comunicación S/N de fecha 13 de junio de 2011, suscrita por el señor Carlos Coello Bescke, MBA, Gerente de la Cadena Ecuatoriana de Televisión C.A, mediante el cual remite: Contrato suscrito el 16 de marzo de 2011 entre CADENA ECUATORIANA DE TELEVISIÓN C.A. (TCTV) y SANTIAGO PÉREZ INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS CIA. LTDA.; Informe Final que contiene un CD del Resultado del Exit Poll presentado por SANTIAGO PEREZ INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS CIA. LTDA.; Oficio No. 151-S.P.-2011 de fecha 312 de mayo de 2011, con 3 CDS como anexos y Oficio No. 0156-S.P.-2011 de fecha 2 de junio de 2011. El documento que se refiere al contrato obra en copias simples.

El Pleno del Tribunal, observa de los medios probatorios, documentación y testimoniales que se han practicado y que obran dentro del expediente:

1. El exit poll fue realizado por parte de la empresa SANTIAGO PEREZ INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS CIA. LTDA, con autorización conferida por el Consejo Nacional Electoral, para el proceso de la Consulta Popular y Referéndum del 7 de mayo de 2011. La referida empresa, según consta del

9

certificado de registro No. 2, de fecha 22 de marzo de 2011 y que obra a fojas 181 del expediente, se encuentra legalmente inscrita en el Registro Nacional de Encuestadoras Electores.

2. La empresa SANTIAGO PEREZ INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS CIA. LTDA, ejecutó un exit poll para el proceso de la Consulta Popular y Referéndum del 7 de mayo de 2011, en base a las cláusulas estipuladas en los contratos suscritos con los canales de televisión GAMATV y CADENA ECUATORIANA DE TELEVISIÓN C.A. (TCTV). COMPAÑÍA TELEVISION DEL PACÍFICO TELEDOS S.A (GAMATV), que obran del expediente. No corresponde a los jueces en materia electoral, pronunciarse sobre el cumplimiento efectivo o no de los productos que debían ser entregados por el contratado a las contratantes.

3. De acuerdo a los criterios técnicos que han sido incorporados en el expediente y a las declaraciones testimoniales, colegimos que el "exit poll" es una "encuesta a boca de urna", sujeto a las variaciones probabilísticas, por tanto, el hecho del margen de error presente en el mismo y al que se han referido los expertos internacionales y nacionales que comparecieron a la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento y que incluso fue admitido por el propio ciudadano denunciado señor Santiago Pérez Nieto, no es parte de los elementos de la infracción electoral tipificada en el artículo 303 de La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia. El margen de error calculado forma parte de las especificaciones para la publicación o difusión de encuestas o sondeos de opinión, establecidas en el artículo 9 letra g) del Reglamento para Empresas que realicen pronósticos Electorales para el Proceso Electoral de Referéndum y Consulta Popular 2011, expedido por el Pleno del Consejo Nacional Electoral, mediante resolución PLE-CNE-2-22-3-2011.

4. El denunciante señor Ab. Abdalá Bucaram Pulley, a quien le correspondía la carga de la prueba, no probó ni aportó en su anticipación de elementos probatorios ni durante las Audiencias Orales de Prueba y Juzgamiento, cómo o en qué forma los representantes de la empresa denunciada, presuntamente incumplieron en la elaboración del exit poll, con los procedimientos "definidos por la técnica y las ciencias sociales para este tipo de labores". No probó que el hecho denunciado, tuviera vinculación directa y principal con lo dispuesto en el artículo 303 inciso segundo, del Código de la Democracia.

5. La Constitución de la República del Ecuador, establece en el numeral 3 del artículo 76 entre las garantías del debido proceso el que "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...)". Por su parte, la misma Constitución respecto a las competencias y facultades de los servidores públicos, determina en el artículo 226 que: "...las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencia y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...).

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, resuelve:

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor Ab. Abdalá Bucaram Pulley, en contra de la sentencia dictada el día 29 de julio de 2011 dentro de la causa No. 270-2011.
2. Ratificar en todas sus partes el contenido de la sentencia dictada por la Dra. Ximena Endara Osejo, Jueza Presidenta del Tribunal Contencioso Electoral.
3. Actúe el Ab. Fabián Haro Aspiazu, Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral.
4. Notifíquese a las partes procesales con el contenido de la presente sentencia en todos los



REPÚBLICA DEL ECUADOR
TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL



correos electrónicos y casilleros señalados.

5. CÚMPLASE y NOTIFÍQUESE.- Dra. Alexandra Cantos Molina, **JUEZA**; Dr. Arturo Donoso Castellón, **JUEZ**; Ab. Douglas Quintero Tenorio, **JUEZ**; Ab. Juan Paúl Ycaza Vega, **JUEZ SUPLENTE**; Dra. Nelly Cevallos Borja, **JUEZA SUPLENTE**.

Lo que comunico para los fines de Ley.-



Ab. Fabján Haro Aspiazu
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL