

PÁGINA WEB - CARTELERA VIRTUAL DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

AL: PÚBLICO EN GENERAL

Dentro de la causa No. 201-2014-TCE que sigue la **Licda. Natali Pastora Valarezo Jaya, Directora Provincial Electoral de Esmeraldas** en contra del **Dr. Abel Patricio Ávila Portocarrero** se ha dictado lo siguiente:

“TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

SENTENCIA

CAUSA No. 201-2014-TCE

Quito, 20 de agosto de 2014, 10h00.

VISTOS.-

ANTECEDENTES

Llega a mi conocimiento el expediente signado con el No. 201-2014-TCE, que contiene la denuncia presentada por la señora Natali Pastora Valarezo Jaya, Directora Provincial Electoral de Esmeraldas, a través del cual hace conocer el presunto cometimiento de una infracción electoral por la publicación de un folleto que contiene promoción electoral sin la autorización del Consejo Nacional Electoral ordenada, supuestamente, por el señor Abel Patricio Ávila Portocarrero candidato a Alcalde de Esmeraldas por el Partido Político Movimiento Popular Democrático MPD, Lista 15. (fs. 13 a 15)

Mediante auto de 29 de julio de 2014, a las 10h00, esta autoridad admitió a trámite y avocó conocimiento de esta causa; dispuso que se cite al denunciado y señaló para el día lunes 18 de agosto del 2014 a las 10h00 la práctica de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento en el Auditorio del Tribunal Contencioso Electoral, situado en las calles José Manuel de Abascal No. N37-49 entre Portete y María Angélica Carrillo diagonal al “Colegio Experimental 24 de Mayo” de la ciudad de Quito. Así mismo le hizo conocer al denunciado los derechos y las garantías consagrados en la Constitución de los que se encuentra asistido.

1. ANÁLISIS SOBRE LA FORMA

1.1.- COMPETENCIA

El artículo 221, numeral 2 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 70, numeral 5 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia (en adelante, Código de la Democracia) establece que, *“El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes:...2. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales.”*

El inciso tercero, del artículo 72 del Código de la Democracia prescribe que, *“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, existirán dos instancias." (El énfasis no corresponde al texto original)

Del expediente se desprende que la denuncia fue presentada, en contra del entonces candidato a Alcalde del cantón Esmeraldas, por el Partido Político Movimiento Popular Democrático, MPD, Lista 15, por haber publicado un folleto que contiene promoción electoral sin la autorización del Consejo Nacional Electoral y con ello presuntamente incumplir las disposiciones expresas constantes en el artículo 219 de la Constitución de la República del Ecuador, artículos 25, numeral 5, 203, 211 del Código de la Democracia, artículo 52 del Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 33 y 34 del Reglamento de Promoción Electoral así como el artículo 6 del Reglamento para el Control del Financiamiento, Propaganda y Gasto Electoral y su Juzgamiento en Sede Administrativa cuya competencia privativa, por mandato constitucional, corresponde al Tribunal Contencioso Electoral; y, en aplicación a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 72, ibídem, la primera instancia a una de las juezas o jueces por sorteo.

Conforme la razón de sorteo suscrita por el Dr. Guillermo Falconí Aguirre, Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral (fojas 17), correspondió el conocimiento y resolución de esta causa a éste despacho.

Por lo expuesto, soy competente para conocer y resolver la presente causa.

1.2.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

El artículo 280 del Código de la Democracia, dispone que, "*Se concede acción ciudadana a los electores y electoras para denunciar el cometimiento de las infracciones a las que se refieren los artículos de esta ley.*"

El numeral 3 del artículo 82 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral, prescribe que "*El Tribunal Contencioso Electoral, en el ejercicio de sus competencias, conocerá la comisión de una presunta infracción de carácter electoral o vulneración de normas electorales de las previstas en el Código de la Democracia, en los siguientes casos:...3. Remisión de oficio por parte del Consejo Nacional Electoral o su delegado que contenga la relación de los hechos de la presunta infracción por publicidad, campaña o propaganda electoral indebida, acompañando los documentos de sustento.*"

La señora Natali Pastora Valarezo Jaya, al momento de la presentación de esta denuncia lo hace en calidad de Directora Provincial Electoral de Esmeraldas, razón por la cual, la compareciente cuenta con legitimación activa.

1.3.- OPORTUNIDAD DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

El artículo 304 del Código de la Democracia establece que, "*La acción para denunciar las infracciones previstas en esta ley prescribirá en dos años.*"

Los hechos descritos como presuntas vulneraciones a la normativa electoral se refieren a la publicación de un folleto que contiene promoción electoral sin la autorización del Consejo Nacional Electoral ordenada por el señor Abel Patricio Ávila Portocarrero, candidato a alcalde de Esmeraldas por el Partido Político Movimiento Popular Democrático MPD, Lista 15, la misma que ha sido retirada el 4 de febrero de 2014, motivo por el cual la denuncia presentada se encuentra dentro del plazo previsto en la ley, siendo oportuna su interposición.

Una vez constatado que el recurso reúne todos y cada uno de los requisitos de forma, se procede a efectuar el análisis de fondo.

2.- ANÁLISIS SOBRE EL FONDO

La denuncia, materia de juzgamiento se sustenta en los siguientes argumentos:

Que, en cumplimiento de las atribuciones del Consejo Nacional Electoral y en aplicación a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento para el Control del Financiamiento, Propaganda y Gasto Electoral y su Juzgamiento en Sede Administrativa, la Delegación Provincial Electoral de Esmeraldas ha verificado *"... la existencia de un folleto de publicidad electoral sin autorización del Consejo Nacional Electoral que era distribuida en toda la ciudad de Esmeraldas perteneciente al CANDIDATO A ALCALDE DE ESMERALDAS POR EL PARTIDO POLITICO MOVIMIENTO POPULAR DEMOCRATICO MPD LISTA 15, ABEL PATRICIO AVILA PORTOCARRERO,..."*

Que, el artículo 219 numeral 3 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 25 numeral 5 del Código de la Democracia, establece que le corresponde al Consejo Nacional Electoral, controlar la propaganda y el gasto electoral, conocer y resolver sobre las cuentas que presenten las organizaciones políticas, responsables económicos y candidatos.

Que, el artículo 203 del Código de la Democracia, dispone *"...además se prohíbe durante la campaña electoral la contratación y difusión de propaganda y publicidad por parte de sujetos de derecho privado referente al proceso electoral en prensa, radio, televisión, vallas publicitarias y cualquier otro tipo de medio de comunicación social..."*.

Que, el artículo 211 del Código de la Democracia entrega la facultad de control y fiscalización de cuentas al Consejo Nacional Electoral y que el artículo 275, ibídem, señala las infracciones.

Que, el artículo 52 del Código de la Niñez y la Adolescencia prohíbe *"...la utilización de niñas y niños **en programas o espectáculos de proselitismo político o religioso**."* (Lo sobresaltado no pertenece al texto original)

Que, el artículo 33 del Reglamento de Promoción Electoral dispone que *"...La violación de estas normas será de responsabilidad exclusiva del proveedor que la trasmite o publique; y, se sancionará de acuerdo a la Ley."*

Que, el artículo 34 ibídem exige que el Consejo Nacional Electoral de oficio o a petición de parte suspenda o retire la publicidad que use a niños, niñas y adolescentes cuando aquella atente contra sus derechos.

Que de los hechos descritos, se desprende que existiría un posible incumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales por vulneración de los principios de igualdad y equidad para promocionar las candidaturas frente a otros sujetos políticos, para lo cual anexa como evidencias: 1) *"Folleto original de la publicidad electoral en la que se aprecia la imagen de un niño en la primera carilla y en la última";* y, 2) *"Informe No. CNE-FCGE-0003-2014-S de 4 de febrero de 2014 suscrito por la Dra. Sara McLaughlin Patiño, Responsable de Fiscalización en Esmeraldas."*

3. PRUEBA DE CARGO Y DE DESCARGO

Mediante auto de fecha 29 de julio de 2014, las 10h00, se señaló para el día lunes 18 de agosto de 2014, la práctica de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento. Esta diligencia se practicó en el día y la hora señalada y de lo actuado se dejó constancia en el acta incorporada al expediente. Las pruebas de cargo y descargo, aportadas dentro de esta audiencia serán apreciadas en su conjunto, conforme las reglas de la sana crítica.

4. ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Ante lo afirmado por el Denunciante y lo afirmado por el Denunciado, al Tribunal Contencioso Electoral le corresponde pronunciarse sobre:

4.1.- La responsabilidad del que ordenó la publicación del folleto y su contenido

Durante la práctica de la audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, el Dr. Gandy Cárdenas G., en representación de la Delegación Provincial Electoral de Esmeraldas, en lo principal, manifestó: 1) Que se ratifica todos y cada uno de los puntos esgrimidos en la denuncia, 2) Pide que se considere lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 19, artículo 219 de la Constitución de la República, el numeral 2 del artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia, artículos 33 y 34 del Reglamento de Promoción Electoral; 3) Expresa que el Partido Político Movimiento Popular Democrático violó las normas constitucionales y legales relativas a la igualdad y la equidad; puesto que en el folleto consta la imagen del señor Abel Ávila con un niño en brazos lo cual es prohibido por la ley y pide que se sancione de conformidad con la ley.

Por su parte el Dr. Paúl Cárdenas, Defensor Público, abogado patrocinador del ex candidato a Alcalde del cantón Esmeraldas, señor Abel Patricio Ávila Portocarrero, manifestó, en lo fundamental: 1) Que el denunciado es inocente la acusación que se ha propuesto porque él no ha distribuido ni ordenado la distribución de ese folleto; 2) Que en el folleto los colores utilizados no corresponden al Partido Político; 3) Que en el proceso no consta ni se ha presentado prueba documental o testimonial que el denunciada haya la publicación del folleto; 4) No consta dentro del proceso las facturas, recibos o pagos realizados para la publicación del folleto, es decir, que no se ha probado el origen del mismo; 5) Tampoco hay en el proceso fotografías, documentos o testimonios que indiquen que el denunciado haya distribuido o entregado los folletos en la forma como dice la denuncia, tampoco existe la pericia que compruebe el origen del folleto, es decir, no existe una investigación administrativa seria que ayude como tampoco los elementos de convicción para la motivación. 6) Asegura que en el presente caso el denunciante no ha probado nada, no hay prueba; 7) Pide que se agregue a los autos la denuncia presentada en el Tribunal Contencioso Electoral.

En uso del derecho constitucional a la réplica, el Dr. Gandy Cárdenas, en representación de la Delegación Provincial Electoral de Esmeraldas, manifestó que la Delegación está abierta a cualquier tipo de información que requiera el Tribunal Contencioso Electoral, impugna el documento presentado por el denunciado por no haber sido entregado en la Delegación Provincial de Esmeraldas sino directamente al Tribunal. Señala que la Delegación Provincial Electoral no mira al candidato sino al hecho simple de constar la fotografía y su contenido con el que ha llegado a concluir que en este caso se ha violado lo dispuesto en el artículo 52 del Código de la Niñez para lo cual pide que se considere la jurisprudencia existente para estos casos en los que se hace relación a la falta de peritajes alegados. Señala enfáticamente que la Delegación Provincial Electoral no es parte procesal, no es el

denunciante directo y solo se remite a hacer conocer las violaciones que este caso es la publicación del folleto y pide que se sancione conforme a la ley.

El Dr. Paúl Cárdenas, en uso de su derecho a la contrarréplica, indicó que en este caso existen tres informes pero ninguno de ellos se ha hecho conocer al denunciado de que se estaba realizando una investigación para que él pueda defenderse y sólo recién el 29 de julio de 2014 se ha llegado a enterar de la existencia de este proceso. Señala que en todo proceso debe haber una investigación seria y responsable en la que se haga conocer al denunciado de lo que se está haciendo, pero que en este caso eso no existe. Manifiesta que es responsabilidad del denunciante probar los hechos y en este caso no existe prueba alguna, que no se ha probado nada ni se ha presentado la prueba de la infracción. Expresa que en este caso el denunciante debió justificar, conforme al derecho Penal, la existencia real del nexo causal entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del denunciado. Señala que si en el proceso no se llega a establecer el nexo causal entre estos elementos no es posible imponer una sanción. Pide que como no hay prueba que incrimine al denunciado se ratifique el estado de inocencia.

Ante lo desarrollado en este proceso, se realizan las siguientes consideraciones:

El artículo 115 de la Constitución señala que, “El Estado, a través de los medios de comunicación, garantizará de forma equitativa e igualitaria la promoción electoral que propicie el debate y la difusión de las propuestas programáticas de todas las candidaturas. Los sujetos políticos no podrán contratar publicidad en los medios de comunicación y vallas publicitarias. Se prohíbe el uso de los recursos y la infraestructura estatales, así como la publicidad gubernamental, en todos los niveles de gobierno, para la campaña electoral. La ley establecerá sanciones para quienes incumplan estas disposiciones y determinará el límite y los mecanismos de control de la propaganda y el gasto electoral.” (El énfasis no corresponde al texto original)

El artículo 202 del Código de la Democracia prescribe que, “El Consejo Nacional Electoral en la convocatoria para elecciones directas determinará la fecha de inicio y de culminación de la campaña electoral, que no podrá exceder de cuarenta y cinco días. Durante este período, el Estado, a través del presupuesto del Consejo Nacional Electoral, garantizará de forma equitativa e igualitaria la promoción electoral que propicie el debate y la difusión de las propuestas programáticas de todas las candidaturas. El financiamiento comprenderá exclusivamente la campaña propagandística en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias. El Consejo Nacional Electoral reglamentará el financiamiento según la realidad de cada localidad.” (El énfasis no corresponde al texto original)

Por su parte el artículo 203 del Código de la Democracia prohíbe “... la contratación y difusión de propaganda y publicidad por parte de sujetos de derecho privado cualquier otro medio de comunicación social.”

El numeral 2 del artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia prohíbe la utilización de niñas, niños y adolescentes en programas o espectáculos de proselitismo político o religioso.

La parte final del artículo 33 del Reglamento de Promoción Electoral dispone en forma clara y precisa que: **“La violación de estas normas será de responsabilidad exclusiva del proveedor que la transmita o publique; y, se sancionará de conformidad con la ley.”** (La negrilla no corresponde al texto original)

El artículo 34 del mismo Reglamento de Promoción Electoral obliga al Consejo Nacional Electoral a suspender o retirar la publicidad "... que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política, el uso de niños, niñas y adolescentes y toda aquella que atente contra sus derechos."

Lo que consta del expediente así como de lo actuado durante la práctica de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, la Delegación Provincial Electoral de Esmeraldas el 4 de febrero de 2014 ha verificado y receptado un ejemplar del folleto materia de la presente acción y ha procedido al retiro inmediato de dicha publicidad pero no ha identificado al que realizó u ordenó la misma.

De todo lo expresado este juzgador está convencido de la existencia real y efectiva del folleto motivo del presente juzgamiento, pero no de que el contenido del mismo esté dirigido a atentar los derechos de los niños, niñas y adolescentes o que el mismo menoscabe los derechos de ellos. Tampoco este juzgador tiene el convencimiento que el folleto por sí solo se constituya en programa o espectáculo de proselitismo político o religioso; y, finalmente que el mismo haya sido elaborado por el denunciado quien aparentemente no es proveedor en los términos señalados en la normativa electoral.

En consecuencia, se puede establecer por lo que consta del proceso que en realidad existe la publicación del folleto pero se desconoce quién o a órdenes de quien se efectuó la misma.

4.2. Sobre la autoría de la publicación

El artículo 15 del Reglamento de Promoción Electoral deja señalado que los proveedores son "... los medios de comunicación social (radio, televisión, prensa escrita) y empresas de vallas publicitarias, nacionales, regionales, locales y comunitarios..."

En atención a las alegaciones formuladas por el denunciado es menester establecer si el denunciado es no el autor o si es proveedor de la propaganda motivo de esta acción.

De lo que consta en el proceso y de las pruebas aportadas por las partes este juzgador no tiene el convencimiento que el denunciado en realidad sea proveedor o el que ordenó la impresión y distribución del folleto materia de esta denuncia y por consiguiente el transgresor de las normas contenidas en el Reglamento de Promoción Electoral, base de la misma.

Consecuentemente, en aplicación de los principios del Derecho, al establecer la norma reglamentaria la responsabilidad exclusiva para esta clase de infracciones como la que nos ocupa, a los proveedores, debemos colegir que en esta causa no existe esa identificación suficiente lo que quiere decir que no existe la señalización del autor de ella.

4.3.- ¿Se ha desvirtuado o no la presunción de inocencia?

Para conocer si se ha desvirtuado o no la presunción de inocencia, se hacen las siguientes consideraciones:

El artículo 33 del Reglamento de Promoción Electoral, en forma clara y precisa dispone que "*Los contenidos de la publicidad electoral deberán cumplir lo establecido en el artículo 19, inciso segundo de la Constitución de la República; en el artículo 331, numeral 7 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la*

Democracia el artículo 52, numeral 2 del Código de la Niñez y Adolescencia. La violación de estas normas será de responsabilidad exclusiva del proveedor que la trasmite o publique; y, se sancionará de acuerdo con la ley."

En este caso en particular es la prueba aportada la que permite tener la certeza, al juzgador, de que el folleto que contiene promoción electoral a favor de varios candidatos del Partido Político Movimiento Popular Democrático, MPD, Lista 15, del cantón y provincia Esmeraldas, ha sido elaborado o mandado elaborar por esa organización política o por el candidato denunciado.

Además cabe destacar que de conformidad a lo determinado en el numeral 2 del artículo 52 del Código de la Niñez y la Adolescencia se prohíbe el uso de niñas, niños y adolescentes en programas o espectáculos proselitistas o religiosos. En el presente caso, el folleto no es ni puede ser catalogado como programa o espectáculo proselitista y menos religioso.

Así mismo, en esta parte, es necesario reiterar que la norma sanciona al medio de comunicación social (proveedor) y no al candidato que a través de este tipo de publicaciones hace la promoción electoral.

Por consiguiente corresponde en observancia del debido proceso, el derecho de defensa y la tutela, conocer y establecer si la publicación del folleto por sí mismo constituye una infracción que desvirtúe la presunción de inocencia de que goza el denunciado, por mandato Constitucional.

Compete, de conformidad con la normativa, señalar que corresponde al denunciante probar los aciertos indicados en la denuncia, esto es que el denunciado sea proveedor o el que ordenó esa publicación y que la propaganda esté dirigida a menoscabar los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En el caso que se resuelve no se encuentra que el Denunciante haya presentado prueba que justifique los aciertos señalados en la denuncia.

La falta de estos elementos no ayuda al juzgador ni a la realidad histórica de los hechos y más bien permiten nacer la duda razonable. Esta duda razonable no desvirtúa, por tanto, la presunción de inocencia que se encuentra vigente, que es la línea jurisprudencial que este Tribunal sostiene en resguardo y cumplimiento de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

La labor del juzgador en todo proceso jurisdiccional es proteger, en todo momento, el debido proceso y la seguridad jurídica, pilares del Estado Constitucional de derechos y justicia y de la Democracia y así lo declara puesto que la inexistencia de prueba no permite establecer la relación causal entre el hecho que se juzga y la responsabilidad del denunciado. En efecto esta falta de prueba abona e incrementa la existencia de la duda razonable, como ya se indicó.

En consecuencia, al existir duda más que razonable sobre la materialidad de la infracción conforme a derecho, corresponde aplicar el principio de la duda a favor del denunciado. Efectivamente como se desprende de lo actuado en la audiencia oral de prueba y juzgamiento, el denunciante no ha entregado la prueba ni los elementos de prueba de los que se pueda colegir el quebrantamiento de la normativa aludida como vulnerada. Este juzgador no encuentra el elemento que permita identificar al medio de comunicación social que efectuó la impresión para la publicación del folleto, no se ha probado que haya sido el denunciado quien efectuó la publicación del mismo así como efectuado la entrega a los ciudadanos del cantón Esmeraldas; no consta algún elemento que haga presumir que

los niños, niñas y adolescentes hayan sido utilizados, por el candidato denunciado en algún programa o espectáculo de proselitismo político o religioso; tampoco se ha podido encontrar que el folleto contenga publicidad que induzca a la violencia¹ o al uso de niñas, niños y adolescentes o que aquella atente contra sus derechos.

Es necesario señalar que en la línea jurisprudencial ya (al resolver la causa No. 002-2013-TCE en el considerando SEGUNDO) se estableció la necesidad de la determinación del daño causado. En el presente caso ocurre lo mismo, la denunciante ni dentro ni fuera de la estación probatoria NO ha podido determinar aquel, que es lo mismo que no haber presentado la prueba de cargo que corresponde.

En consecuencia, se puede colegir que la presunción de inocencia establecida y garantizada constitucionalmente, no ha sido desvirtuada, pues no existe prueba que demuestre lo contrario.

En razón de las consideraciones expuestas, sin que sea necesario más análisis, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se dicta la siguiente sentencia:

1. Se declara sin lugar el presente juzgamiento en contra del señor Abel Patricio Ávila Portocarrero.
2. Notifíquese el contenido de la presente sentencia a las partes procesales en los correos electrónicos, señalados para el efecto y en las casillas contenciosas electorales que corresponde.
3. Ejecutoriada la presente sentencia remítase copia certificada de ella al Consejo Nacional Electoral, en la persona de su Presidente, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 264 del Código de la Democracia.
4. Siga actuando la Dra. Jessica Becerra Mera, Secretaria Relatora.
5. Publíquese la presente sentencia en la Página Web - Cartelera Virtual del Tribunal Contencioso Electoral. *Notifíquese y cúmplase.* - **f) Dr. Miguel Pérez Astudillo, JUEZ TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL**

Lo que comunico para los fines de Ley.


Dra. Jessica Becerra Mera
SECRETARIA RELATORA

¹ VER TEXTO EN EL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art. 52