DESPACHO DOCTORA XIMENA ENDARA OSEJO
VICEPRESIDENCIA

BOLETA DE NOTIFICACION PARA EL SEÑOR SANTANA PONCE JOSÉ MARIANO A TRAVÉS DE LA PÁGINA WEB DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- SE LES HACE CONOCER QUE EN LA CAUSA No. 313-2009 QUE SE LES SIGUE POR UNA PRESUNTA INFRACCION ELECTORAL, SE HA DICTADO LA SIGUIENTE SENTENCIA, LA MISMA QUE ME PERMITO TRANSCRIBIR:

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- San Gregorio de Portoviejo, capital de la provincia de Manabí, a jueves 20 de agosto de 2009, a las 17H00.- **VISTOS**: Por sorteo efectuado en la Secretaría del Tribunal Contencioso Electoral, a la suscrita Jueza le correspondió el conocimiento del presunto cometimiento de una infracción electoral, por parte del señor JOSÉ MARIANO SANTANA PONCE, el día 25 de abril de 2009, a las 21h30, en la ciudad de Manta. Esta causa se ha identificado con el número 313-2009 y al respecto se realizan las siguientes consideraciones: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**.- **a)** El Tribunal Contencioso Electoral por mandato del artículo 217 inciso segundo, en concordancia con los artículos 167, 168 numeral tercero y el inciso final del artículo 221 de la Constitución de la República del Ecuador, tiene jurisdicción para administrar justicia en materia de derechos políticos siendo sus fallos de última instancia. Adicionalmente, el artículo 221 numeral 2 de la Constitución establece la competencia de este Tribunal para sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales. **b)** Al tenor de la Disposición Final de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, una vez proclamados los resultados oficiales de las elecciones generales convocadas por el Consejo Nacional Electoral para el 26 de abril y el 14 de junio de 2009, previstas en el Régimen de Transición de la Constitución de la República, ésta norma se encuentra vigente. **c)** De conformidad al inciso tercero y cuarto del artículo 72 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, el juzgamiento y sanción de las infracciones electorales, corresponde en primera instancia a una de las juezas o jueces por sorteo para cada proceso, y, la segunda instancia al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral. **d)** En la Sección Segunda, Capítulo Segundo, Título Cuarto, artículos 249 y siguientes del Código de la Democracia se encuentra previsto el procedimiento para el juzgamiento de las infracciones electorales. **e)** Queda en consecuencia asegurada la jurisdicción y la competencia de este Tribunal y de esta Jueza, así como el procedimiento previsto para el presente trámite, sin que se observe nulidad alguna que lo afecte.- **SEGUNDO: ANTECEDENTES**.- **a)** En la boleta informativa No. 00401 suscrita por el Subteniente de Policía Jaime Astudillo, se hace constar que, el día 25 de abril de 2009, a las 21H30, en la Avenida 113 Licorería MARROD de la ciudad de Manta, provincia de Manabí, el señor José Mariano Santana Ponce presuntamente cometió la infracción contemplada en el artículo 160 literal b) de la Ley Orgánica de Elecciones. (Fojas 6). **b)** La referida boleta informativa; el parte policial del 26 de abril de 2009, suscrito por el Subteniente de Policía Jaime Astudillo; el oficio No. 2009-517-CCPNM-M, del 26 de abril del 2009, firmado por el Coronel de Policía Juan Ruales Almeida, Comandante Cantonal de la Policía de Manta; y, el oficio No. 2009-1218-CP-4, del 27 de abril de

2009, suscrito por el Coronel de Policía Alberto Revelo Cadena, Comandante Provincial de Policía de Manabí No. 4, fueron remitidos por la Junta Provincial Electoral de Manabí al Tribunal Contencioso Electoral el 8 de mayo de 2009 a las 16h25 (fojas 7). **c)** El 8 de mayo de 2009, el Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral, procede a sortear la causa, correspondiendo el conocimiento de la misma a este despacho. (fojas 7) **d)** El 31 de julio de 2009 a las 14h00, se avoca conocimiento de esta causa, ordenando la citación al presunto infractor; señalando como fecha de la audiencia de juzgamiento el día miércoles 19 de agosto de 2009, a las 16H00; y, además se le hace conocer de las garantías del debido proceso establecidos en el artículo 76 de la Constitución de la República (fojas 8).- **TERCERO: GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO**.- En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 11, 76, 167, 168 numerales 4, 5, 6, y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, que garantizan el debido proceso, el sistema oral y los principios de concentración, contradicción y dispositivo, se realizaron las siguientes diligencias: **a)** El supuesto infractor fue citado mediante una publicación por la prensa realizada en la sección judiciales página C7 del Diario La Hora, periódico que se edita en la provincia de Manabí, en donde se les hace conocer que deben designar a su abogado defensor, ejercer su derecho a la defensa, y se le señala el día miércoles 19 de agosto de 2009, a las 16H00, como fecha y hora en las cuales se llevará a cabo la audiencia oral de prueba y juzgamiento, y en donde se les designa como abogado defensor a un abogado de la Defensoría Pública de la provincia de Manabí. (Fojas 10) **b)** El día y hora señalados, esto es el 19 de agosto de 2009, a las 16H00 se llevó a cabo la audiencia oral de prueba y juzgamiento, en donde se tuteló el debido proceso, garantizado en el artículo 76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador, de manera especial el principio de presunción de inocencia y el derecho a la defensa. **CUARTO: IDENTIDAD DEL PRESUNTO INFRACTOR**.- De acuerdo a la boleta informativa el presunto infractor responde a los nombres de José Mariano Santana Ponce, con cédula de ciudadanía No. 1304118530.- **QUINTO: CARGO QUE SE FORMULA EN CONTRA DEL PRESUNTO INFRACTOR.-** De acuerdo al parte policial y a la boleta informativa antes mencionados, se presume la comisión de la infracción señalada en los artículos 140 y 160 literal b) de la Ley Orgánica de Elecciones.- **SEXTO: AUDIENCIA ORAL DE PRUEBA Y JUZGAMIENTO**.- **a)** El día miércoles 19 de agosto de 2009, a las 16H00, se llevó a cabo la audiencia oral de prueba y juzgamiento, en la Delegación Provincial Electoral de Manabí, ubicada en la calle 15 de Abril y Teodoro Wolf, de la ciudad de Portoviejo, provincia de Manabí, en la cual se procedió a verificar la presencia e identificar al presunto infractor como José Mariano Santana Ponce, con cédula de ciudadanía No. 1304118530. Se cuenta con la presencia del defensor público de la provincia Manabí Ab. Geovanny Gorozabel. **b)** De la transcripción del acta de la audiencia, destacamos lo siguiente: **i)** El Subteniente de Policía Jaime Astudillo, se ratifica en el contenido del parte policial y reconoce como suya la firma y rúbrica impresa en la boleta informativa No. 00401 del 25 de abril de 2009. **ii)** El mismo señor Subteniente Policía Jaime Astudillo en su declaración, manifiesta: Encontrándome de servicio, recibí una llamada que informaba que estaban vendiendo bebidas alcohólicas en la Avenida 113 que es una calle principal de la ciudad de Manta y concurrí hasta el lugar y personalmente constaté se en la licorería MARROD estaban expendiendo bebidas alcohólicas, motivo por el cual procedí a entrega la boleta informativa No. 00401 a la persona que se identificó como el dueño de la licorería MARROD. Añade, que cuando llegó a la licorería estaba entregando una cerveza a un ciudadano y ante nuestra presencia pretendió cerrar aduciendo que estaba vendiendo gaseosas y demás bebidas que no era alcohólicas. Ante la pregunta del abogado defensor de oficio Ab. Geovanny Gorozabel, de las razones por qué no entregó la boleta al que estaba comprando, el señor Subteniente de Policía, afirma que, no encontró en manos del comprador sino en manos del expendedor. Inclusive la licorería queda a 15 metros del Cuartel de Policía y le indicaron que hace rato estaba vendiendo bebidas alcohólicas, además,

indica que la infracción la constató a las nueve y media de la noche y el parte lo elaboró a las 00H15 porque a esa hora termina sul turno, y que, las boletas no la tienen todos los policías, sino solamente, el oficial que está a cargo del control de toda la ciudad. **ii)** A su vez, el señor José Mariano Santana Ponce indica en primer lugar que sus generales de ley son las siguientes: edad 45 años, estado civil casado, ocupación comerciante, con cédula de ciudadanía No. 1304118530, domiciliado en la ciudad de Manta, provincia de Manabí , y manifiesta que en el momento en que el Suboficial de Policía llegó, la licorería estaba cerrada, él fue quien abrió, porque yo me dirigí a la licorería en donde no solo vendo licor sino también pescado y como yo sufrago en Junín, quería retirar un pescado y mis documentos para sufragar en Junín, cuando estaba en el interior me percaté de que alguien ingresó y me di cuenta de la presencia del Subteniente de Policía y en ese momento no estaba en el lugar nadie más que yo. **iii)** El abogado Geovanny Gorozabel, en su exposición manifestó: Es ilógico sostener que encontrándose la licorería a un costado de la policía, ésta expenda bebidas alcohólicas el día de las elecciones, ya que, por el solo hecho de estarlo haciendo, cualquier autoridad policial podría haberle notificado y no fue así. Cuando se le preguntó al señor policía si mi defendido estaba vendiendo bebidas alcohólicas dijo que sí, pero por qué si lo estaba haciendo no notificó también al comprador, pues esta era su obligación y por ello es algo ilógico. Lo narrado por mi defendido es coherente, y como él lo ha dicho, solo fue a su negocio a retirar el pescado que ahí tenía en refrigeración, porque él sufraga en Junín y quería llevar el pescado a dicho lugar. Además, dentro de esta audiencia, hubiere sido importante que esté presente el comprador, pero no está. Al no existir la comprobación de la materialidad de la infracción, al momento de resolver solicito que lo haga favorablemente respecto de mi defendido con una sentencia absolutoria. **SÉPTIMO: ANÁLISIS DE LOS HECHOS.-** De las pruebas aportadas, se desprende: **i)** Que el día de las elecciones inició a las 00H00 del 26 de abril de 2009, por tanto en virtud del artículo 140 de la Ley Orgánica de Elecciones, durante el día de elecciones y treinta y seis horas antes y doce después, no se permitirá la venta, distribución o consumo de bebidas alcohólicas, por tanto el período de aplicación de esta disposición conocida popularmente como "la ley seca" se inicia desde el 24 abril de 2009 a las 12h00 y concluye el 27 de junio de 2009, a las 12h00, fechas entre las cuales se llevó a cabo el supuesto cometimiento de infracción electoral. **ii)** La defensa del presunto infractor, no ha podido desvirtuar la declaración del Subteniente de Policía Jaime Astudillo, quien manifiesta que en forma personal constó, que el señor José Mariano Santana Ponce estaba vendiendo una botella de cerveza a un ciudadano en la licorería denominada MARROD, ubicada en la Avenida 113 de la ciudad de Manta, provincia de Manabí, a eso de las 21H30. La exhibición de la papeleta de votación que ha sufragado en el cantón Junín, no desvirtúa que el día 25 de abril de 2009, a las 21H30, esto es, un día anterior a las elecciones haya viajado al referido cantón, cuando lo podía haberlo hecho el mismo día 26 de abril de 2009, tomando en consideración la distancia existente entre la ciudad de Manta y Junín, por lo que también es del todo creíble que el presunto infractor se haya dirigido a la licorería a retirar un pescado para llevarlo a Junín, como lo afirma el presunto infractor. La no entrega de la boleta informativa al comprador de la bebida alcohólica no es ilógico, porque los artículos 140 y 160 literal b) de la Ley Orgánica de Elecciones prohíben y sancionan la venta, distribución y consumo de las bebidas alcohólicas y no la compra. Tampoco es ilógico que el solo hecho de que la licorería esté junto al cuartel de policía, no hayan entregado la boleta informativa cualquier policía, pues, como lo ha afirmado el Subteniente de Policía no todos los policías tenían dichas boletas informativas, sino únicamente el o los oficiales que estaban a cargo del control de la ley seca. Consecuentemente, la conducta del presunto infractor si se adecúa a la infracción electoral contemplada en el artículo 160literal b) de la Ley Orgánica de Elecciones. **OCTAVO: EL PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE LA NORMA MENOS RIGUROSA Y SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.-** El artículo 76 numeral

5 de la Constitución de la República, ordena que "*En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora*". En nuestro caso, por un lado tenemos la Ley Orgánica de Elecciones que se encontraba vigente al momento del supuesto cometimiento de la infracción, que sanciona esta infracción con prisión de 2 a 15 días y multa de quinientos a dos mil sucres (Arts. 140 y 160 de la Ley Orgánica de Elecciones); por otro lado, tenemos la Ley Orgánica Electoral y Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, aprobada por la Comisión Legislativa y de Fiscalización el 12 de Febrero de 2009, y publicada en el Registro Oficial No. 578, de fecha 27 de abril de 2009, actualmente vigente, en cuyo artículo 291 sanciona la misma conducta con multa equivalente al cincuenta por ciento de una remuneración mensual unificada. El problema es determinar cuál de las dos leyes es la menos rigurosa. A primera vista parecería como la menos rigurosa el artículo 291 del Código de la Democracia, frente al artículo 160 de la Ley Orgánica de Elecciones, porque aquélla no prevé pena privativa de libertad, en cambio la otra no solo sanciona con la pena privativa de libertad sino también con una pena pecuniaria, pero esta apariencia se vuelve relativa, porque la pena pecuniaria determinada en el Código de la Democracia asciende a la suma de ciento nueve dólares americanos, que puede constituir una fuerte erogación económica para la mayoría de los casos, cuyos infractores son personas que no tienen ingresos económicos fijos, como en el presente caso. Frente a ese dilema, consideramos que es menos rigurosa la sanción del artículo 160 de la Ley Orgánica de Elecciones, siempre y cuando se proceda a suspender la pena privativa de libertad y se aplique únicamente la pena pecuniaria, para lo cual recurrimos a varios principios constitucionales y legales del derecho penal, por la naturaleza de la pena privativa de la libertad: a) aplicación de la pena de privación de la libertad en forma excepcional, contemplado en el artículo 77 de la Constitución, esto es, solamente se aplicará como última o extrema sanción, lo cual no se justifica en las infracciones de la naturaleza que estamos analizando; b) principio de proporcionalidad, determinado en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución, que impone una correlación entre la gravedad de la infracción y la culpabilidad del infractor; para ponderar la mesura entre la conducta injusta y la sanción debe tenerse en cuenta la relevancia del bien jurídico protegido, la intensidad de su afectación y las condiciones de imputación subjetiva del hecho, analizando todos estos elementos, desde ningún punto de vista se justifica la imposición de una pena privativa de libertad; c) el principio de mínima intervención penal del Estado, contemplado en el artículo 195 de la Constitución; d) Sin querer asimilar a los delitos penales, pero por la naturaleza de la pena privativa de libertad impuesta en el artículo 160 de la Ley Orgánica de Elecciones, es preciso tomar en consideración el artículo 82 del Código Penal, que ordena la suspensión del cumplimiento de la pena, en los casos de condena por primera vez y cuya pena no exceda de seis meses, lo cual se cumple en el presente caso. Por lo expuesto, ***EN NOMBRE DEL PUEBLO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN SE DICTA LA SIGUIENTE SENTENCIA:*** **1)** Se declara con lugar el juzgamiento en contra del señor José Mariano Santana Ponce, con cédula de ciudadanía No. 1304118530, domiciliado en la ciudad de Manta, provincia de Manabí, por haber incurrido en la infracción prevista en los artículos 140 y 160 literal b) de la Ley Orgánica de Elecciones y en consecuencia se los sanciona con prisión de tres días y con una multa de dos mil sucres; sin embargo, en aplicación de los principios determinados en el considerando referente a suspensión de la pena privativa de libertad realizados en esta sentencia, se declara suspensa la pena de prisión, por ser una medida de excepción. En lo referente a la multa de dos mil sucres, de conformidad a la Sección II de las Reformas Aplicables en forma General, Moneda Nacional, que dice: "En todas las normas vigentes en las

que se haga mención a valores en moneda nacional, debe entenderse que estos montos puede ser cuantificados o pagados en su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América al cambio de veinte y cinco mil (S/. 25.000) sucres"; en consecuencia, el valor a pagarse es de 0,08 dólares (ocho centavos) de los Estados Unidos de Norteamérica, monto que deberá ser depositado en la Cuenta No. 0010001726 código 19.04.99 del Banco Nacional de Fomento por cada uno de los infractores, caso contrario se conmina al Consejo Nacional Electoral, para que ejecute su cobro. **2)** Ofíciese al Consejo Nacional Electoral para que se dé cumplimiento al punto dos de la parte resolutiva de la presente sentencia.- **Cúmplase y notifíquese. .-** f) Dra. Ximena Endara Osejo, VICEPRESIDENTA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Certifico.- Portoviejo, 20 de agosto del 2009.-

Lo que comunico a usted para los fines de ley.-

Dra. Sandra Melo Marín
SECRETARIA RELATORA ENCARGADA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL
TRIBUNAL
SECRETARIA RELATORA
ENCARGADA