PÁGINA WEB INSTITUCIONAL: www.tce.gob.ec

AL: PÚBLICO EN GENERAL

Se le hace conocer que, dentro de la Causa No. 317-2019-TCE se ha dictado lo que a continuación me permito transcribir:

"SENTENCIA
CAUSA No. 317-2019-TCE

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano, 04 de septiembre de 2019.- Las 20h25.- **VISTOS.-** Incorpórese a los autos: **A)** Copias simples de las cédulas de ciudadanía y matriculas profesionales de los comparecientes a la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento. **B)** Copia simple de la credencial del defensor público, doctor Raúl Estrella Cahueñas. **C)** Pruebas presentadas por el Denunciante y por la defensa del presunto infractor. **D)** Dos CDs correspondientes al Audio y Video de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento. **E)** Acta de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento de 02 de septiembre de 2019, a las 15h00. **F)** Escrito presentado en Secretaría General de este Tribunal el 3 de septiembre de 2019 a las 16h05, por el señor Fausto Acurio Ocampo, en una (1) foja, y en calidad de anexos una (1) foja. **G)** Oficio No. TCE-SG-OM-2019-0878-O, de 04 de septiembre de 2019, por el cual Secretaria General asigna la casilla contenciosa electoral No. 017 al ingeniero Jhon Fernando Gamboa Yanza, Director de la Delegación Provincial Electoral del Guayas.

I. ANTECEDENTES.-

1.1. El 01 de agosto de 2019, a las 09h55, se recibe en la Secretaría General del Tribunal Contencioso Electoral, el escrito suscrito por el ingeniero John Gamboa Yanza, Director de la Delegación Provincial Electoral de Guayas, en dieciséis (16) fojas y en calidad de anexos ciento cuarenta y tres (143) fojas; a fojas ciento treinta y siete (137) consta un sobre manila con un DVD-R, por el cual presenta denuncia en contra de la **EMISORA RADIO MIX DIAL 90.9 F.M.; de propiedad de la COMPAÑÍA RADIODIFUSORA SOL EQUINOCCIAL S.A.,** cuyo representante legal es el ciudadano **FAUSTO VALENTÍN ACURIO OCAMPO,** Gerente General.

SECRETARIO/A RELATOR

1.2. Luego del sorteo realizado el 01 de agosto, conforme la razón sentada por el abogado Alex Guerra Troya, Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral, correspondió el conocimiento de la presente causa, identificada con el número 317-2019-TCE, al Dr. Joaquín Viteri Llanga, Juez del Tribunal Contencioso Electoral.

1.3. El 01 de agosto de 2019, a las 14h45, se recibe en este Despacho el expediente en ciento sesenta (160) fojas.

1.4. Mediante Auto de 19 de agosto de 2019 a las 09h50, en lo principal dispuse:

> **"PRIMERO.-** Que en el plazo de dos (2) días, el ingeniero John Gamboa Yanza, Director de la Delegación Provincial Electoral de Guayas, complete su denuncia, en especial lo determinado en el artículo 84 numeral 4 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral, esto es especifique con claridad, precisión y documentadamente quien ostenta la calidad de representante legal de la **EMISORA RADIO MIX DIAL 90.9 F.M.".**

1.5. Mediante escrito presentado el 20 de agosto de 2019, a las 11h29, por el doctor Alberto Lucero Avilés, abogado patrocinador del ingeniero John Gamboa Yanza, Director de la Delegación Provincial Electoral del Guayas, se da cumplimiento a lo dispuesto por este juzgador el 19 de agosto de 2019 a las 09h50.

1.6. El 21 de agosto de 2019, a las 14h36, el doctor Alberto Lucero Avilés, abogado patrocinador del ingeniero John Gamboa Yanza, Director de la Delegación Provincial Electoral del Guayas, remite en copia certificada el documento de fecha 23 de mayo de 2019, suscrito por el ciudadano Fausto Valentín Acurio Ocampo.

1.7. Auto de 22 de agosto de 2019, a las 12h00, mediante el cual admití a trámite la presenten causa, dispuse se cite al presunto infractor y señalé para el día 02 de septiembre de 2019 a las 15h00 la práctica de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento.

1.8. Escrito presentado el 3 de septiembre de 2019 a las 16h05, por el señor Fausto Acurio Ocampo, por el cual señala correo electrónico para futuras notificaciones.

II. ANÁLISIS SOBRE LA FORMA

2.1 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, se deduce en forma implícita que las competencias atribuidas al Tribunal Contencioso Electoral abarcan a todo el territorio nacional; por tanto, el presente caso se encuentra dentro de su jurisdicción.

En virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 221 de la Constitución de la República y artículo 70 numeral 5 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia (en adelante, LOEOP), se otorga al Tribunal Contencioso Electoral la función y competencia para sancionar el incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y, en general, las vulneraciones de normas electorales.

El artículo 82 del Código de la Democracia dispone el procedimiento mediante el cual se tramitarán los procesos de infracciones electorales ante el Tribunal Contencioso Electoral.

Consecuentemente, este Juzgador está dotado de jurisdicción y competencia para conocer y resolver la presente causa No. 317-2019-TCE, en virtud de la denuncia presentada por el Ing. John Fernando Gamboa Yanza, Director de la Delegación Provincial del Guayas del Consejo Nacional Electoral.

2.2 LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación en los procesos contenciosos consiste, respecto de la recurrente, en la persona que conforme a la ley sustancial se encuentra legitimada para que, mediante sentencia de fondo o mérito, se resuelva si existe o no el derecho o la relación sustancial pretendida en el recurso; y respecto al recurrido, en ser la que conforme a derecho está habilitada

SECRETARIO/A RELATOR

para discutir u oponerse a la pretensión. (DEVIS ECHANDÍA; "Teoría General del Proceso"; 2017; pág. 236.)

El tratadista Hernando Morales sostiene que: "(...) *La legitimación solo existe cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, precisamente contra la persona frente a la cual la pretensión de que se trata tiene que ser ejercitada. De modo que la cualidad en virtud de la cual una pretensión puede y debe ser ejercitada contra una persona en nombre propio se llama legitimación para obrar, activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho y pasiva para aquel contra el cual ésta se hace valer...*" (Hernando Morales M.; "Curso de Derecho Procesal Civil - Parte General" - Sexta Edición, Editorial ABC - Bogotá; pág. 141.)

De acuerdo con el inciso segundo, del artículo 82, numeral 3 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral, este organismo jurisdiccional conocerá y resolverá sobre la comisión de infracciones electorales, mediante 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. De conformidad con el artículo 8 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral, se considera como partes procesales: *"(...) 4.- El Consejo Nacional Electoral, según las disposiciones de este Reglamento".*

En el presente caso, comparece el Ing. John Fernando Gamboa Yanza, en su condición de Director de la Delegación Provincial Electoral del Guayas, calidad que se encuentra acreditada con las copias certificadas de la Acción de Personal No. 621-CNE-DNTH-2018 de fecha 20 de agosto de 2018 (fojas 138) y de la Resolución No. PLE-CNE-21-16-8-2018-T (fojas 139 a 141), por la cual el Pleno del Consejo Nacional Electoral le designó en las funciones en la que comparece; por tanto, el denunciante cuenta con legitimación para interponer la presente acción.

2.3 OPORTUNIDAD DE LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN

En cuanto a la oportunidad para la interposición de la presente denuncia, el artículo 304 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, dispone lo siguiente:

> *"Art. 304.- La acción para denunciar las infracciones previstas en esta ley prescribirá en dos años. La prescripción del proceso administrativo o contencioso electoral será de dos años desde la denuncia o de la información que lleva al procedimiento...".*

Revisado el expediente, se verifica que la presunta infracción que se imputa a la emisora Radio MIX, dial 90.0-FM, de propiedad de la Compañía Radiodifusora Sol Equinoccial S.A., cuyo representante legal es el ciudadano Fausto Valentín Acurio Ocampo, en calidad de gerente general, habría sido cometida presuntamente "en el periodo de tiempo comprendido entre los días 20 y 21 de marzo de 2019", según afirma el denunciante.

En consecuencia, la presente denuncia por presunta infracción electoral, ha sido propuesta dentro del plazo previsto en la ley.

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

III ANÁLISIS SOBRE EL FONDO

3.1. Fundamentos de la denuncia propuesta

El denunciante, Ing. John Fernando Gamboa Yanza, Director de la Delegación Provincial Electoral del Guayas, en lo principal, expone lo siguiente:

> "(...) TERCERA.- ANTECEDENTES.- En mérito a lo que consta en el Memorando No. CNE-DTPPPG-2019-066 de fecha 27 de marzo de 2019, suscrito por el Ing. John Vásquez Avilés, quien para entonces ejercía las funciones de Director de Participación Política de la Delegación Provincial Electoral del Guayas – CNE, y cursado al Director de esta misma dependencia electoral, Ing. John Gamboa Yanza, se le hace conocer que según el reporte generado por el portal de monitoreo de medios habilitados por el CNE - Proceso Electoral del 24 de marzo de 2019 – Elecciones Seccionales y para la Designación de Autoridades del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, sistema de monitoreo de medios administrado por la empresa DI UNIVERSAL, se presentaron evidencias de que la emisora RADIO MIX, DIAL 90.9-FM, la cual según la Resolución PLE-CNE-1-21-1-2019 y Resolución PLE-CNE-2-31-1-2019, aprobadas por el Pleno del

SECRETARIO A RELATOR

Consejo Nacional Electoral el 21 y el 31 de enero de 2019, en forma respectiva, NO CONSTA como medio calificado para la transmisión y difusión de propaganda electoral referente a los comicios efectuados el 24 de marzo del año que decurre, en el periodo de tiempo comprendido entre los días 20 y 21 de marzo de 2019, transmitió pautas de publicidad relacionadas con proselitismo – promoción política, tal y como se especifica a continuación y en forma detallada:

CANDIDATO	DIGNIDAD	PARTIDO / MOVIMIENTO	FECHA
Carlos Cassanello	ALCALDE	Movimiento Justicia Social – Lista 11	20 de marzo de 2019
Francisco Jiménez	ALCALDE	CREO – MST – Lista 21-62	
Jimmy Salazar	PREFECTO	Movimiento Justicia Social – Lista 11	
María Bolivia Cueva	CONCEJALES URBANOS	Movimiento Unidad Popular - Lista 2	
Jimmy Salazar Sánchez	CONCEJALES URBANOS	Movimiento Justicia Social – Lista 11	
Stalin Coca	CONCEJALES URBANOS	Alianza Nuevo Guayaquil – Lista 1-20	
Steeven Macías	CONCEJALES RURALES	Alianza Nuevo Guayaquil – Lista 1-20	
Francisco Jiménez	ALCALDE	CREO – MST – Lista 21-62	21 de marzo de 2019
Simón Bolívar Rosero	ALCALDE	Movimiento Alianza País, Patrias Altiva I Soberana – Lista 35	
Carlos Cassanello	ALCALDE	Movimiento Justicia Social – Lista 11	
Carlos Luis Morales	PREFECTO	6 –Madera de Guerrero – Lista 6-75	
Jimmy Salazar	PREFECTO	Movimiento Justicia Social – Lista 11	
María Bolivia Cueva	CONCEJALES URBANOS	Movimiento Unidad Popular – Lista 2	
Jimmy Salazar Sánchez	CONCEJALES URBANOS	Movimiento Justicia Social – Lista 11	
Walter Carvajal Solari	CONCEJALES URBANOS	Movimiento Justicia Social – Lista 11	
Jimmy Jairala	ALCALDE	Alianza Nuevo Guayaquil – Lista 1-20	
Stalin Coca	CONCEJALES URBANOS	Alianza Nuevo Guayaquil – Lista 1-20	
Steeven Macías	CONCEJALES RURALES	Alianza Nuevo Guayaquil – Lista 1-20	
Arturo Pezo Quimí	CONCEJAL RURAL	Movimiento Unidad Popular – Lista 2	
Anita Mercedes Avilés	CONCEJAL RURAL	Movimiento Ecuatoriano Unido –Lista 4	

(...) QUINTA.- DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN ELECTORAL.

Acorde a lo manifestado en la cláusula tercera del presente libelo de denuncia, se puede colegir que la emisora RADIO MIX, DIAL 90.9 – FM, propiedad de la Compañía Radiodifusora Sol Equinoccial S.A., ha incurrido en la presunta ejecución de las contravenciones electorales estipuladas en los numerales 1 y 2 del artículos 277 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador - Código de la Democracia, al haber transmitido pautas publicitarias no autorizadas por el Consejo Nacional Electoral y relativas a promoción de candidaturas, los días 20 y 21 de marzo de 2019, dentro del periodo de campaña electoral que antecedió a los comicios efectuados el 24 de marzo de 2019, en que fueron designadas Autoridades Seccionales y los Consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, constituyéndose además en situación de carácter agravante el hecho de que la emisora radial en referencia NO CONSTA calificada como proveedora autorizada de productos comunicacionales con fines de promoción electoral, acorde a los dispuesto en las Resoluciones expedidas por el Pleno del Consejo Nacional Electoral el 21 y el 31 de enero de 2019, en las cuales se detallan las razones sociales de las empresas de radio, televisión, prensa escrita y proveedoras de vallas publicitarias debidamente autorizadas y calificadas para difundir y transmitir propaganda proselitista durante el periodo de campaña electoral que antecedió a los comicios efectuados el 24 de marzo de 2019; debiendo imponerse como sanción, por este hecho a la emisora radial en referencia, la que consta determinada en el inciso final del artículo 277 de la Ley Orgánica Electoral de y Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

(...) SÉPTIMA.- PRUEBAS.

En calidad de pruebas aportadas por la parte accionante y en las que se fundamenta la presente denuncia, téngase en cuenta las siguientes:

1. Copia Certificada del Memorando No. CNE-DTPPPG-2019-0066 de fecha 27 de marzo de 2019, el cual consta suscrito por el Ing. John Vásquez Avilés, para entonces Director de Participación Política de la Delegación Provincial Electoral del Guayas – CNE, y cursado al Ing. John Gamboa Yanza en calidad de Director de esta

SECRETARIO A RELATOR

dependencia electoral, en el cual manifiesta que los días 20 y 21 de marzo de 2019, dentro del periodo de campaña electoral que antecedió a los comicios efectuados el 24 de marzo de 2019 en que fueron designadas Autoridades Seccionales y Consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la emisora RADIO MIX, dial 90.9 FM transmitió propaganda electoral no autorizada por el CNE referente a promoción de candidaturas; adjuntando las matrices generadas por el sistema de control habilitado por la Compañía DI UNIVERSAL, a la cual el CNE le autorizó efectuar el monitoreo de la propaganda electoral concerniente a los comicios antes mencionados.

2. Matrices originales de control de propaganda electoral, generadas por el sistema habilitado por la Compañía DI UNIVERSAL, en las cuales consta que la emisora RADIO MIX, dial 90.9 FM, los días 20 y 21 de marzo de 2019, transmitió publicidad electoral no autorizada por el CNE, sin ser además proveedora autorizada y calificada de productos comunicacionales electorales.
3. Copia certificada del Informe Jurídico No. 184-DPEG-CNE-2019 de fecha 17 de abril de 2019, suscrito por el Dr. Alberto Lucero Avilés en calidad de Responsable de la Unidad de Asesoría Jurídica de la Delegación Provincial Electoral del Guayas – CNE; en este informe se requiere iniciar un proceso de recopilación de evidencias, que sirva para determinar que la emisora RADIO MIX, dial 90.9 FM, transmitió propaganda electoral no autorizada por el CNE referente a promoción de candidaturas – elecciones del 24 de marzo de 2019, durante los días 20 y 21 de marzo de 2019.
4. Informe de promoción electoral No. 001-UPE-DIPEGY-CNE-2019, de fecha 2 de mayo de 2019, suscrito por la funcionaria que ejerció en calidad de Responsable de la Unidad de Promoción Electoral de esta dependencia electoral, Lcda. María Fernanda Tinoco, en el cual consta que la emisora RADIO MIX, dial 90.9 FM, no fue calificada - registrada como proveedora de productos comunicacionales electorales, en relación al proceso electoral efectuado el 24 de marzo de 2019 acorde a lo que determina el artículo 15 del Reglamento de Promoción Electoral, expedido por el Pleno del Consejo Nacional Electoral mediante Resolución aprobada el 14 de noviembre de 2018.
5. Informe de Fiscalización y Control del Gasto Electoral No. 005-UFCGE-DIPEGY-CNE-CNE-2019, de fecha 4 de julio de 2019, suscrito por la Lcda. Priscila Gualpa Bodero, en calidad de Responsable de la Unidad de Fiscalización y Control del Gasto

Electoral de la Delegación Provincial Electoral del Guayas – CNE, en el cual consta un detalle de las transiciones (sic) de publicidad electoral no autorizada, efectuadas por la emisora RADIO MIX, dial 90.9, durante los días 20 y 21 de marzo de 2019, sin ser proveedora autorizada de productos comunicacionales electorales, determinándose en este mismo informe que, en mérito a lo determinado en el artículo 8 del Reglamento para el Control de la Propaganda o Publicidad y Promoción Electoral, Fiscalización del Gasto Electoral y su Resolución en Sede Administrativa, se ha podido determinar que la estación radial en referencia ha incurrido en las contravenciones electorales determinadas en los numerales 1 y 2 del artículo 277 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

6. Informe Jurídico No. 385-UPAJ-DPEG-CNE-2019 de fecha 17 de julio de 2019, suscrito por el Responsable de la Unidad de Asesoría Jurídica de la Delegación Provincial Electoral del Guayas –CNE, en el cual se determina que, en base a las evidencias recopiladas, se ha podido determinar que la emisora RADIO MIX, dial 90.9 FM, al haber transmitido publicidad electoral no autorizada por el CNE los días 20 y 21 de marzo de 2019, incurrió de manera presunta en la ejecución de las contravenciones electorales determinadas en el artículos 227 numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, ante lo cual solicita el inicio de la respectiva denuncia sobre el hecho en mención ante el Tribunal Contencioso Electoral, con el fin de que se imponga la sanción que hubiere lugar en derecho.
7. Resolución No. 393-CNE-DPEG-DIR-JGY-2019 de fecha 19 de julio de 2019, suscrito por el Ing. John Gamboa Yanza, en calidad de Director de la Delegación Provincial Electoral del Guayas – CNE, en virtud de la cual se autoriza al Responsable de la Unidad de Asesoría Jurídica de la Delegación Provincial a su cargo para que interponga el trámite de denuncia pertinente en contra de la emisora RADIO MIX, dial 90.9, por haber transmitido publicidad electoral no autorizada por el CNE, los días 20 y 21 de marzo de 2019.
8. Copias certificadas de las Resoluciones expedidas por el Pleno del CNE el 21 de enero y el 31 de enero de 2019, en las cuales al detallarse las razones sociales de las empresas de radio, televisión, prensa escrita y de vallas publicitarias debidamente registradas y

SECRETARIO A RELATOR

autorizadas como proveedoras de productos comunicacionales – proceso electoral efectuado el 24 de marzo de 2019, no consta como tal la emisora RADIO MIX, dial 90.9 FM, propiedad de la Compañía Radiodifusora Sol Equinoccial S.A.

9. Un (1) CD original, donde consta el detalle de la publicidad electoral no autorizada, transmitida por la emisora RADIO MIX, dial 90.9 FM, los días 20 y 21 de marzo de 2019, durante el periodo de campaña electoral – comicios efectuados el 24 de marzo de 2019..."

3.2. Contestación a la denuncia

El señor Fausto Valentín Acurio Ocampo, en calidad de Gerente General de la Compañía Radiodifusora Sol Equinoccial S.A., compareció a la Audiencia de Prueba y Juzgamiento con su abogado patrocinador y, en lo principal, expuso que la emisora RADIO MIX, DIAL 90.9 FM de la ciudad de Guayaquil no tiene autorización por parte del Consejo Nacional Electoral, y por tanto no ha contratado con ninguna organización política el pautaje de propaganda electoral, así como tampoco ha difundido propaganda electoral de ningún sujeto político.

3.3. Análisis jurídico del caso

3.3.1. Garantías del debido proceso

El debido proceso, definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se lo identifica como un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (Corte Interamericana de Derechos Humanos - Garantías Judiciales en Estados de Emergencia – Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117).

El debido proceso consagra diversas garantías en favor de las personas, entre ellas, las relacionadas con el ejercicio del derecho a la defensa, que en opinión de la Corte Constitucional del Ecuador, se trata de uno de los elementos esenciales del debido proceso, en tanto se convierte en el principio jurídico procesal o sustantivo, por el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas para asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, de tener la oportunidad para ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

El derecho a la defensa -ha señalado la Corte Constitucional- "exige que nadie sea privado de los medios necesarios para proclamar y hacer respetar sus derechos dentro de un proceso legal, equilibrando, en lo posible, las facultades que tienen tanto el sujeto procesal accionante como el accionado, para contradecir la prueba de cargo, aportar medios de prueba que consoliden su condición e impugnar las decisiones legales que le sean contrarias, a efectos de salvaguardar la vigencia efectiva del Estado constitucional de derechos y justicia" (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 039-13-SEP-CC, expedida en el caso No. 2114-11-EP).

Al efecto, este Tribunal deja constancia de que, en la presente causa, se ha garantizado a la parte denunciada, esto es, al medio de comunicación RADIO MIX, DIAL 90.9 FM, de la ciudad de Guayaquil, el ejercicio del derecho a la defensa, pues ha comparecido ante este órgano jurisdiccional sin restricciones de ninguna clase, ha contado con la debida defensa técnica en la audiencia de prueba y juzgamiento, ha tenido la oportunidad de presentar los medios probatorios permitidos en nuestro ordenamiento jurídico, así como ha ejercido el derecho a replicar y contradecir las alegaciones y pruebas presentadas en su contra, de lo cual se infiere el respeto a las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República.

3.3.2. Planteamiento de problemas jurídicos

A fin de resolver la presente causa, es necesario dilucidar y analizar las alegaciones de las partes, así como la documentación y demás medios probatorios aportados por aquellas; para el efecto, este Tribunal estima necesario pronunciarse en relación a los siguiente problemas jurídicos: 1) Cuál es la obligación de los medios de comunicación, para poder hacer promoción y publicidad de campaña electoral? y, 2) La emisora RADIO MIX, DIAL 90.9 FM de la ciudad de Guayaquil, ha incurrido en las infracciones electorales que se le imputa en la presente causa?

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, este órgano jurisdiccional efectuará el siguiente análisis:

1) Cuál es la obligación de los medios de comunicación, para poder hacer promoción y publicidad de campaña electoral?

De conformidad con la norma contenida en el artículo 83, numeral 1 de la Constitución de la República, constituye un deber y obligación de todas las

personas acatar las normas constitucionales y legales, así como las decisiones legítimas de autoridad competente. En este contexto, en el ámbito de la jurisdicción electoral, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, establece una serie de deberes, obligaciones y prohibiciones a las personas naturales y jurídicas, así como a los medios de comunicación, relacionados con sus acciones u omisiones antes y durante el periodo electoral, y cuya inobservancia pueden constituir causales de infracción electoral.

El Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 219, numeral 1 de la Constitución de la República y el artículo 25, numeral 1 del Código de la Democracia, mediante Resolución No. PLE-CNE-3-21-11-2018, del 21 de noviembre de 2018, declaró el inicio del periodo electoral, con miras al proceso eleccionario del 24 de marzo de 2019, para renovar a las autoridades de los Gobiernos Autónomos Descentralizados provinciales, municipales, concejales urbanos y rurales, vocales a las Juntas Parroquiales, así como para elegir, mediante sufragio universal, a las Consejeras y Consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Para el desarrollo de los procesos eleccionarios, la Función Electoral se sujeta al principio de calendarización, en virtud del cual la actividad electoral se presenta como una secuencia de actos regulada por el ordenamiento jurídico. El proceso electoral, por consiguiente, está constituido por una serie de actos que integran etapas definidas, ubicadas temporalmente y en forma secuencial y a los cuales deben sujetarse los sujetos políticos, entre ellos la convocatoria a elecciones, la inscripción y calificación de candidaturas, con la correspondiente fase de impugnación de tales candidaturas, el inicio de campaña electoral, el silencio o veda electoral, el proceso eleccionario, la etapa de escrutinios, con su fase de impugnación, la proclamación de resultados y posesión de los dignatarios elegidos mediante votación popular.

En lo referente a la campaña electoral, el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de su potestad reglamentaria que le confieren la Constitución y la Ley, mediante Resolución No. PLE-CNE-5-14-11-2018-T del 14 de noviembre de 2018, expidió el "Reglamento de Promoción Electoral", cuyo objeto es normar las actuaciones y procedimientos de los sujetos políticos, instituciones estatales en todos los niveles de gobierno, responsables del manejo económico de las organizaciones políticas, sociales o alianzas,

proveedoras del Estado, medios de comunicación, empresas de vallas publicitarias y, cualquier otra persona natural o jurídica en lo que respecta a la realización, autorización, contratación y pago de la promoción electoral, así como la autorización de publicidad de entidades públicas durante el periodo de campaña electoral, como lo señala el artículo 1 del citado cuerpo normativo.

Para el efecto, el Consejo Nacional Electoral efectuó la respectiva convocatoria a los medios de comunicación, a fin de que se inscriban o registren como proveedores de servicios comunicacionales de promoción electoral.

Por tanto, los medios de comunicación y las empresas de vallas publicitarias interesados en participar como proveedores de productos comunicacionales de promoción electoral, tienen la obligación de inscribirse y obtener la respectiva autorización por parte del Consejo Nacional Electoral, previo el cumplimiento de los requisitos previstos en el antes enunciado Reglamento de Promoción Electoral, condición sine quanón, sin la cual no están habilitados para efectuar promoción o difusión de propaganda electoral, y la inobservancia de estas disposiciones deriva en la comisión de infracciones sancionadas por la normativa electoral.

2) La emisora Radio Mix, dial 90.9 FM de la ciudad de Guayaquil, ha incurrido en las infracciones electorales que se le imputa en la presente causa?

En el presente caso, se imputa a la emisora RADIO MIX, DIAL 90.9 FM de la ciudad de Guayaquil, haber incurrido en las infracciones electorales tipificadas en el artículo 277, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, que dispone:

> *"Art. 277.- Constituyen infracciones por parte de los medios de comunicación social, las siguientes:*
>
> *1.- La venta de tiempo de transmisión, en cualquier modalidad de programación, a los sujetos políticos, directa o indirectamente, en periodos de elecciones*
>
> *2.- La difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral".*

Conforme queda expuesto en el primer problema jurídico planteado, los medios de comunicación y las empresas de vallas publicitarias, que no estén inscritos y autorizados por el Consejo Nacional Electoral, se hallan impedidos de hacer difusión o publicidad de propaganda electoral relativos a procesos electorales convocados por el Consejo Nacional Electoral; por tanto, corresponde a este órgano jurisdiccional analizar los hechos referidos por el Director de la Delegación Provincial Electoral del Guayas, a fin de determinar, en primer lugar, la materialidad de las infracciones electorales denunciadas, y en segundo lugar, la supuesta responsabilidad que se imputa a la emisora RADIO MIX, DIAL 90.9 FM, de la ciudad de Guayaquil.

Sobre la materialidad de la infracción

Para que un hecho u omisión sea considerado como infracción penal o administrativa, debe hallarse prevista en el ordenamiento jurídico y con anterioridad a su comisión, lo que exige la existencia de la tipicidad, uno de los elementos constitutivos de la infracción, en virtud del principio de reserva legal y que tiene fundamento en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República, que dispone:

> *"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3.- 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...".*

Con relación al concepto de tipicidad, la doctrina ha señalado que las leyes penales, mediante hipótesis abstractas, prevén las características que una conducta humana debe reunir para que sea considerada como infracción; y el acto concreto, ejecutado por el sujeto activo, debe acomodarse plenamente a esa descripción hipotética. La tipicidad viene a ser entonces la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley. Si se produce tal coincidencia, estaremos frente a un acto típico (Ernesto Albán Gómez; Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General, II Edición - Ediciones Legales - año 2017 - pág. 155).

En el presente caso, se investiga la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 277, numerales 1 y 2, de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia; por tanto, a efectos de determinar la materialidad de la infracción se analiza lo siguiente:

a) De fojas 4 consta el Memorando No. CNE-DTPPPG-2019-0066 de fecha 27 de marzo de 2019, suscrito por el Ing. John Vásquez Avilés, Director Técnico Provincial de Participación Política de la Delegación Provincial Electoral del Guayas, mediante el cual comunica al Director Provincial Electoral del Guayas, que en el portal de monitoreo de medios-CNE dignidades 2019, efectuado por la empresa DI UNIVERSAL (contratada por el CNE), se ha reportado que la emisora RADIO MIX, DIAL 90.9 FM y otras estaciones de radio, han difundido propaganda electoral desde el 7 de marzo hasta el 21 de marzo de 2019, medios que según Resoluciones PLE-CNE-1-21-1-2019 y PLE-CNE-2-31-1-2019 "no constan como medios calificados". A dichos memorando se adjunta las matrices de control, que, según el referido funcionario, contiene "detalles y horarios de transmisión de propaganda electoral" que se atribuye a la referida estación radial, y que consta de fojas 5 a 37 vta.
b) De fojas 57 a 63, consta el Informe Técnico No. 005-UFCGE-DPEGY-CNE-2019, suscrito por la funcionaria Priscila Paola Gualpa Bodero, Responsable de la Unidad de Fiscalización y Control del Gasto Electoral de la Delegación Provincial Electoral del Guayas, en cuya conclusiones se señala: "(..) revisados los audios (1 CD) entregados en un CD con 48 grabaciones íntegras (...) audios en los cuales solo reporta grabación de espacios musicales de la programación de radio MIX correspondiente a los días 20 y 21 de marzo de 2019 y en los cuales no se reporta grabación de promoción electoral de ningún partido o sujeto político; sin embargo el Consejo Nacional Electoral y la Delegación Provincial Electoral del Guayas cuenta con el monitoreo de medio realizado a Radio Mix en base a los reportes emitidos por la Empresa DI Universal"
c) De fojas 137 consta el CD adjuntado por la Delegación Provincial Electoral del Guayas, y que fue remitido por la emisora RADIO MIX DIAL 90.9 FM al órgano electoral desconcentrado, mismo que, al decir del denunciante contiene "el detalle de la publicidad electoral no autorizada transmitida por la emisora Radio Mix, dial 90.9 FM los días 20 y 21 de marzo de 2019".

d) En la audiencia de prueba y juzgamiento celebrada en la presente causa, la emisora denunciada, a través de su representante legal presentó como prueba una copia de un CD, que contiene los audios de la programación transmitida durante las 24 horas de los días 20 y 21 de marzo de 2019; una vez anunciado como medio probatorio por la parte denunciada (Radio MIX) y puesta en conocimiento de la contraparte, en virtud del principio de contradicción, fue incorporado al proceso en legal y debida forma, por lo cual hace prueba.
e) Al escuchar los referidos audios, por espacios de tiempo seleccionados de manera aleatoria en virtud del principio de economía procesal, no se advirtió en ningún momento la difusión de propaganda o publicidad electoral referente con las candidaturas y/o los sujetos políticos participantes en las elecciones del 24 de marzo de 2019.

De lo señalado, se colige que, en el presente caso, no se ha probado, conforme a Derecho, la existencia de la infracción imputada a Radio Mix, dial 90.9 de la ciudad de Guayaquil, pues si bien el Director de la Delegación Provincial Electoral del Guayas ha adjuntado como medios probatorios una serie de documentos relacionados con informe técnicos, jurídicos y de fiscalización de control electoral, así como una matriz que contiene la supuesta evidencia de la difusión ilegal de propaganda electoral, los mismos carecen de sustento fáctico, ya que del acervo probatorio incorporado al proceso, el elemento determinante de dicha infracción ha debido ser la existencia de la difusión de propaganda o publicidad electoral no autorizada por el Consejo Nacional Electoral, contenida en el CD que ha sido reproducido como prueba, lo cual no se ha acreditado de ninguna forma.

Sobre la responsabilidad de Radio Mix, dial 90.9 FM

En cuanto a la responsabilidad de las personas, respecto de un acto u omisión contrarios a la ley, se la entiende como la capacidad de conocer y aceptar las consecuencias de un acto suyo, inteligente y libre, así como la relación de causalidad que une al actor con el acto que se realiza.

Para atribuir responsabilidad a un presunto infractor, respecto de algún acto u omisión contrario al ordenamiento jurídico, es necesario comprobar primeramente -conforme a derecho- su participación en el acto objeto de investigación. Para el efecto, volvemos al análisis de la tipicidad, de la cual

se exige que sea una verdadera descripción, "que a través de ella se especifique concretamente cuál es la conducta prohibida, con todos sus elementos, referencias y requisitos" (Ernesto Albán Gómez; Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General, II Edición - Ediciones Legales - año 2017 - pág. 156).

En el presente caso, no se ha demostrado la existencia de la materialidad de las infracciones denunciadas, de lo cual deriva también la inexistencia del nexo causal entre éstas y la responsabilidad que se imputa a Radio Mix, dial 90.9 de la ciudad de Guayaquil. De lo expuesto se concluye entonces que la emisora radial denunciada, no ha adecuado sus actos a las infracciones tipificadas en el artículo 277, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador Código de la Democracia.

Consecuentemente, no siendo necesario analizar otras consideraciones en derecho, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelvo:

PRIMERO.- Declarar sin lugar la denuncia presentada por el Ing. John Fernando Gamboa Yanza, Director de la Delegación Provincial del Guayas del Consejo Nacional Electoral, en contra de la emisora Radio Mix, dial 90.9 FM de la ciudad de Guayaquil.

SEGUNDO.- Ratificar el estado de inocencia de la emisora denunciada, RADIO MIX, DIAL 90.9 FM de la ciudad de Guayaquil, por no haberse demostrado que haya incurrido en las infracciones tipificadas en el artículo 277, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

TERCERO.- Una vez ejecutoriada la presente sentencia, se dispone su archivo.

CUARTO.- Téngase en cuenta la autorización realizada por el señor Fausto Acurio Ocampo, Representante Legal de la Radiodifusora Sol Equinoccial S.A., propietaria de la Emisora Rodio Mix Dial 90.9, al doctor Bolívar Mestanza P.

QUINTO.- Notifíquese con el contenido de la presente Sentencia:

5.1. Al Denunciante, ingeniero John Gamboa Yanza y a su patrocinador en el correo electrónico **albertolucero@cne.gob.ec**, y en la **casilla contencioso electoral No. 017.**

5.2. Al Consejo Nacional Electoral en la persona de su presidenta, en la forma prevista en el artículo 247 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, y en los correos electrónicos **franciscoyepez@cne.gob.ec y dayanatorres@cne.gob.ec**, y en la casilla contencioso electoral No. 003.

5.3. Al señor Fausto Acurio Ocampo Representante Legal de la Radiodifusora Sol Equinoccial S.A., propietaria de la Emisora Rodio Mix Dial 90.9, y a su patrocinador al doctor Bolívar Mestanza P., en el correo electrónico **br@mestanza.org** .

SEXTO.- Siga actuando la Dra. Consuelito Terán Gavilanes, Secretaria Relatora de este Despacho.

SÉPTIMO.- Publíquese el contenido de la presente sentencia en la cartelera virtual-página web institucional **www.tce.gob.ec.- CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-** Dr. Joaquín Viteri Llanga.- **JUEZ TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL"**

Lo que comunico para los fines legales pertinentes.

Certifico.- Quito, D.M., 04 de septiembre de 2019.

Dra. Consuelito Terán Gavilanes
SECRETARIA RELATORA