PÁGINA WEB-CARTELERA VIRTUAL DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.

A: PUBLICO EN GENERAL.

Dentro de la causa signada con el No. 055-2019-TCE, se ha dictado lo que a continuación me permito transcribir:

"SENTENCIA
CAUSA No. 055-2019-TCE

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano, 23 de abril de 2019.- las 16h41.- **VISTOS:** Agréguese a los autos: **a)** Oficio Nro. TCE-SG-OM-2019-0372-O de 9 de abril de 2019, suscrito por el Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral, mediante el cual se asigna a la señora María de Fátima Bermeo Abraham la casilla contencioso electoral No. 050. **b)** Oficio Nro. TCE-SG-OM-2019-0373-O de 9 de abril de 2019, firmado por el Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral y dirigido al doctor José Suing Nagua, Juez Suplente, mediante el cual se le convoca para integrar el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral y conocer el recurso interpuesto en esta causa. **c)** Copia certificada del Oficio Nro. TCE-SG-2019-0075-O de 22 de abril de 2019, suscrito por el Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral y dirigido al doctor José Suing Nagua, Juez Suplente, mediante el cual se le convoca para integrar el Pleno para la Sesión Extraordinario Jurisdiccional para el conocimiento de la presente causa. **d)** Copia certificada de la convocatoria a Sesión No. 073-2019-PLE-TCE, de fecha 23 de abril de 2019, mediante la cual se convoca a los señores jueces y señoras juezas, a la Sesión Extraordinario Jurisdiccional para el conocimiento de la presente causa.

I. ANTECEDENTES

1.1 El 3 de abril de 2019 a las 15h00, la doctora María de los Ángeles Bones Reasco, Jueza del Tribunal Contencioso Electoral, dictó sentencia en primera instancia en la presente causa. (Fs. 188 a 204 vuelta).

1.2 La sentencia fue notificada a la presunta infractora y a su procurador, el 3 de abril de 2019 a las 16h18, en el correo electrónico svemontero@gmail.com , tal como se desprende de la razón sentada por la secretaria relatora. (F. 272 a 272 vuelta)

1.3 El 6 de abril de 2019 a las 10h58, el abogado Diego Andrés Zambrano Álvarez, Procurador Judicial de la señora María Fátima Bermeo Abraham, presentó un escrito mediante el cual interpone el Recurso de Apelación en contra de la sentencia dictada por la Jueza de Primera Instancia. (Fs. 274 a 288)

1.4 En auto dictado el 7 de abril de 2019 a las 15h50, por la doctora María de los Ángeles Bones Reasco, Jueza del Tribunal Contencioso Electoral, concede el recurso interpuesto y ordena se remita el expediente a la Secretaría General del Tribunal. (Fs. 290 y 290 vuelta)

1.5 Razón sentada por el Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral, referente al resorteo electrónico de la causa No. 055-2019-TCE, mediante el cual se radica la competencia de segunda instancia en el doctor Arturo Cabrera Peñaherrera, como Juez Sustanciador. (Fs. 300)

1.6 Auto dictado el 9 de abril de 2019 a las 21H34, mediante el cual el doctor Arturo Cabrera Peñaherrera admite a trámite la presente causa. (F. 301 a 301 vuelta)

1.7 Oficio Nro. TCE-SG-2019-0075-O de 22 de abril de 2019, suscrito por el Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral y dirigido al doctor José Suing Nagua, Juez Suplente, mediante el cual se le convoca para integrar el Pleno para la Sesión Extraordinario Jurisdiccional para el conocimiento de la presente causa.

1.8 Copia certificada de la convocatoria a Sesión No. 073-2019-PLE-TCE, de fecha 23 de abril de 2019, mediante la cual se convoca a los señores jueces y señoras juezas, a la Sesión Extraordinario Jurisdiccional para el conocimiento de la presente causa.

II. ANÁLISIS DE FORMA

2.1 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 221, numeral 2, confiere al Tribunal Contenciosos Electoral la función de: "Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales.".

La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, dispone en el artículo 278:

> "Para el juzgamiento de las infracciones señaladas en esta Ley, existirán dos instancias en el Tribunal Contencioso Electoral. La primera instancia se tramitará en el plazo de treinta días, conforme al procedimiento establecido en los artículos 249 y siguientes del presente código.
> (...) De la sentencia de primera instancia se podrá apelar en el plazo de tres días desde su notificación. Concedida la apelación, el proceso será remitido al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral para su conocimiento y resolución en mérito de lo actuado, en el plazo de 10 días desde la interposición del recurso.".

Por su parte, el Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral determina en el artículo 42, lo siguiente:

> "En los casos de doble instancia, se podrá interponer recurso de apelación de los autos que den fin al proceso y de la sentencia de la juez o juez de primera instancia. La segunda y definitiva instancia corresponde al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral.".

2.2. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PRESENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN

En el expediente se observa que, la señora María de Fátima Bermeo a través de su abogado Procurador Diego Andrés Zambrano, fue parte procesal en primera instancia y por tanto cuenta con legitimación activa para presentar el recurso de apelación motivo de la presente causa.

2.3. OPORTUNIDAD EN LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE APELACIÓN

La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, en su artículo 278 inciso tercero, señala que el recurso de apelación, se puede interponer ante este órgano de administración de justicia electoral en el plazo de (3) tres días desde la notificación de la sentencia.

La sentencia de primera instancia fue dictada el 3 de abril de 2019, a las 15h00 y fue notificada el mismo día al abogado Luis Hernán Cisneros Jaramillo, Director de la Delegación Provincial Electoral de Loja en el correo electrónico luiscisneros@cne.gob.ec y en la casilla contencioso electoral No. 008; a la señora María de Fátima Bermeo Abraham y a sus patrocinadores, abogados Gustavo Crespo y Diego Zambrano Álvarez en el correo electrónico svemontero@gmail.com ; y, al Consejo Nacional Electoral en la casilla contenciosa electoral No. 003.

El recurso de apelación del procurador judicial de la señora María de Fátima Bermeo Abraham, fue presentado el 6 de abril de 2019 a las 10h50, por tanto fue oportunamente interpuesto.

III. ANÁLISIS JURÍDICO

3.1 CONTENIDO DEL RECURSO

La recurrente sustenta su recurso en los siguientes argumentos:

> "... se colige que a cualquier tipo de sanción derivada de una infracción de cualquier naturaleza, le ha de preceder la realización de **UN ACTO**. Un acto no es otra cosa que la manifestación corporal que nacido de la psiquis de una persona, se manifiesta externamente por intermediación de ella; es decir consistiría en un movimiento consciente, libre y voluntario de un ser humano que genera un impacto perceptible por los demás.
>
> En lo que respecta a los actos que pueden acarrear la responsabilidad de una persona jurídica, es indispensable establecer la existencia de una conducta consciente, libre y voluntaria que le sea propia y distinta a la demás sujetos o personas naturales que pueden ser parte de esta como es el caso de las sociedades como personas ficticias o de derecho. En el caso de las personas ficticias, como es el caso de Radio Cariamanga, considerada como una "entidad" u organización que solo puede actuar por medio de la formación colectiva de su voluntad, la misma que solamente puede configurarse a través de resoluciones adoptadas por sus órganos directivos, estatutariamente facultadas para obligar a la misma.". (SIC)

Afirma que la Jueza de Primer Nivel sanciona a Radio Cariamanga, por un acto que le resulta ajeno a la realidad y que no es imputable directamente a la representante legal de la misma, pues la formación de la voluntad y en caso de "una expresión" de un medio de comunicación se da en virtud de las disposiciones la Ley Orgánica de Comunicación.

Dice la apelante que, para demostrar la responsabilidad del medio es necesario evidenciar que la imputada hubiese desarrollado tal conducta con conciencia y voluntad

En su defensa sostiene que resulta innegable que el medio de comunicación no ha difundido publicidad electoral y las afirmaciones de sus trabajadores no pueden comprometer a la radio, salvo que hubieran sido realizados por sus cuerpos directivos o personas con aptitud estatutaria para obligar al medio de comunicación como tal.

Sostiene además, que en el expediente no consta ningún tipo de prueba que avale la existencia de propaganda o publicidad difundida de manera ilegítima por Radio Cariamanga, lo cual puede verificarse del acta y la grabación que constan de la audiencia oral de prueba y juzgamiento, sustanciada ante la jueza *a quo*.

En el fallo materia del presente recurso, la señora Jueza de primera instancia sostiene que: "... a la responsabilidad de las personas, respecto de un auto u omisión contrarios a la ley, se la atiende 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 realiza.". Concuerda plenamente con ese criterio doctrinario; no obstante dice que hay una contradicción lógica en la que incurre la juzgadora, puesto que sanciona a radio Cariamanga por un hecho que no es suyo sino del periodista, que no pudo conocer que se produciría y que tampoco lo ha aceptado como propio, por lo que no existe relación con el acto típico y la voluntad de actuación de la Radio.

Ataca la actuación de la parte denunciante pues asumió para así la carga de demostrar que quien cometió la supuesta infracción ocupa una posición ejecutiva de tal relevancia de radio Cariamanga, que le permite actuar en su representación y comprometer a una persona jurídica por medio del ejercicio de tal representación legal.

Aclara que el señor Jorge Montero Rodríguez, supuestamente es quien habla en los audios que se incorporaron al proceso, la parte actora jamás certificó que se trataba de la persona en cuestión, es un locutor que no trabaja bajo relación de dependencia de radio Cariamanga y que no ocupa cargo directivo, ni es miembro del consejo editorial, ni es jefe de noticias, ni ejerce la representación legal de la radiodifusora; es decir, se trata de una persona que no cuenta con la aptitud jurídica para responsabilizar a Radio Cariamanga para que sea posible imputarle una actuación antijurídica.

Afirma que la señora Jueza dentro del fallo materia de apelación citó como soporte normativo al artículo 20 de la Ley Orgánica de Comunicación, texto normativo que textualmente expone: "Responsabilidad ulterior de los medios de comunicación (...), cuando los contenidos difundidos sean asumidos expresamente por el medio o no se hallen atribuidos explícitamente a una persona. (El énfasis no corresponde al texto original)

> Conforme lo dispone la Ley de Orgánica de Comunicación, en su artículo 17:
>
> Derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Para el desarrollo y aplicación de la presente Ley, toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, e incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones.
>
> No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel, de periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de

enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera como otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la Ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo". (SIC)

La recurrente sostiene que la libertad de expresión es un derecho inalienable de los seres humanos, constituye uno de los valores más importantes del estado democrático de derecho, tanto en su estándar nacional como internacional; por el que se protege a las opiniones de quienes ejercen una idea respecto de un estado situacional, de lo que la ciudadanía avizora en diario vivir a través de su actividad pública.

En este sentido, señala que la parte actora estuvo en la obligación jurídica de demostrar quien cometió la supuesta infracción ocupa una posición ejecutiva de tal relevancia dentro de Radio Cariamanga, que le permite actuar en su representación y comprometer a una persona jurídica por medio del ejercicio de tal representación legal.

La presunta infractora destaca que en ningún momento se ha probado de manera EXPRESA, que órganos directivos de Radio Cariamanga hubieren manifestado que asumen como suyos los comentarios de sus locutores, o que la Radio, por medios ejecutivos hubieren solicitado, condicionando o sugerido a un locutor para que favorezca a candidatura alguna.

Manifiesta la apelante que le llama profundamente la atención que en el fallo, la doctora María de los Ángeles Bones, literalmente exprese: "es irrelevante determinar quién es la persona que transmitía las expresiones de precampaña o propaganda electoral anticipada, pues ello no revela de responsabilidad al medio de comunicación; más aún si, a pesar de que se requirió a Radio Cariamanga los audios del noticiero del día 19 de noviembre de 2018, por parte de la Delegación Provincial de Loja...".

Contrariamente a lo que sostiene la juzgadora, resulta absolutamente relevante determinar quien fue la persona que realizo las afirmaciones materia de juzgamiento, para establecer a quien le corresponde el *dominio del acto* y solo así poder proceder legítimamente a la imputación de un acto antijurídico, en caso de corresponder y de haber sido probado en la etapa procesal correspondiente. Así la norma citada por la jueza no guarda coherencia con su razonamiento inmediatamente posterior, y mucho menos con la decisión de sancionar a Radio Cariamanga, lo que le deduce a una

decisión errada e incoherente que adolece de falta de motivación por error de logicidad.

La supuesta infractora señala que la jurisprudencia constitucional, dentro del Caso No. 0664-14-EP, sentencia 004-18-SEP-CC de fecha 3 de enero de 2018, la Corte Constitucional del Ecuador estableció que para entender que un acto jurisdiccional para que se encuentre debidamente motivado, debe tener:

a) Razonabilidad, entendida esta como la identificación de las fuentes de derecho empleadas por la autoridad en su decisión y su relación con la naturaleza y objeto de la acción o recurso en el contexto del cual fue emitida la resolución.
b) Lógica, la misma que hace referencia a la existencia de la pertinente coherencia entre las premisas y de estas con la decisión final, así como el cumplimiento del mínimo de carga argumentativa que el derecho exige para la decisión de la que se trate; y,
c) Comprensibilidad, que hace relación a la claridad en el lenguaje utilizado en el fallo o resolución, con la finalidad de la que pueda ser entendido por cualquier otro ciudadano.

La señora María Bermeo Abraham sostiene que es lamentable que la señora jueza cite normas referentes a la responsabilidad de la persona natural y la persona jurídica, las condiciones que deben existir para responsabilizar a un ente ficticio y que concluya sancionando a un ente colectivo por actuaciones que no son propias de la voluntad del ente y que no existía forma de predecir expresiones de un locutor y evitarlas, si ese hubiera sido el caso. Dice la recurrente: *"(...) La falta de motivación de las sentencias acarrean su nulidad absoluta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República; sin perjuicio de ser una actuación violatoria al derecho a la defensa y al derecho a la seguridad jurídica porque abriría la puerta a cualquier clase de arbitrariedad en contra de los justiciables, en los términos del artículo 82 de la Constitución de la República."*.

Según la defensa de Radio Cariamanga, ésta persona jurídica no puede ser sancionada por un acto que no le es propio, que no se podía controlar o impedir; y como tal, no puede ser responsabilizada por ello. Por tanto, dada la ausencia de acto, solicitan ratificar al estado de inocencia de su representante legal.

En el recurso de apelación también se hace referencia a la tipicidad y a la culpabilidad en relación al acto y analiza la norma contenida en el artículo 275, numeral 6 del Código de la Democracia, en lo referente a la realización de actos de campaña o precampaña:

El escrito en el numeral 2 expresamente contiene lo siguiente:

"...De conformidad con la denuncia planteada, los supuestos actos de precampaña corresponderían a declaraciones realizadas en nuestro medio de comunicación por uno de los candidatos a la Alcaldía del cantón Cariamanga de la provincia de Loja, durante el mes de enero de 2019, así como por su audiencia y locutores.

Debemos enfatizar que en el presente caso existe una AUSENCIA DE ACTO por parte de Radio Cariamanga puesto que las afirmaciones o declaraciones no fueron realizadas por personeros de la Radiodifusora, que puedan comprometer con sus puntos de vista. Claramente, como persona jurídica, su voluntad que es constitutiva de todo acto sujeto a sanción jurídica, solamente puede emanar de su directorio, representantes legales y de cualquier instancia institucional con facultades estatutarias para obligar a Radio Cariamanga.

Pese a este enunciado normativo, descontextualizadamente citado por el accionante, nos remite a una etapa del proceso electoral denominado precampaña, disposición que no puede interpretarse aisladamente sino de forma sistemática, en consonancia con otras normas de la misma ley.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo **208, inciso primero** del Código de la Democracia:

Desde la convocatoria a elecciones las organizaciones políticas podrán realizar, por su iniciativa, las **actividades tendientes a difundir** sus principios ideológicos, programas de gobierno, **planes de trabajo y candidaturas**, siempre que no implique la **contratación** en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias.

El 21 de noviembre de 2018, el Consejo Nacional Electoral procedió a convocar al proceso electoral seccional, cuyas votaciones se realizaron el 24 de marzo de 2019. En ese sentido, desde la fecha indicada, las candidaturas estuvieron legalmente facultadas para realizar actividades proselitistas, que no sean de aquellas que por su naturaleza no le sean propias al fondo de promoción electoral.

En lo que respecta a la promoción electoral, el artículo 202, incisos segundo y tercero del Código de la Democracia, textualmente señala,

- Durante este periodo, 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.

De lo expuesto se deduce, que no es cierto que esté prohibida la opinión dentro de los medios de comunicación, lo que se proscribe es la CONTRATACION de franjas publicitarias puesto que esto, y solamente este aspecto corresponde al fondo de promoción electoral, tanto es así, que la Corte Constitucional del Ecuador, en referencia al inciso tercero, del articulo sin número, ubicado a

continuación del artículo 202 del Código de la Democracia, cuyo tenor literal indica: "Los medios de comunicación social se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta, **ya sea a través de reportajes, especiales o cualquier otra forma de mensaje,** que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis política. El Consejo Nacional Electoral ordenara al medio de comunicación social la suspensión inmediata de la publicidad o propaganda que no cumpla con las excepciones previstas en el presente artículo, sin necesidad de notificación previa al anunciante, o, de ser el caso podrá disponer el anunciante la modificación de la publicidad o propaganda, sin perjuicio del juzgamiento de conformidad con esta Ley" mediante Dictamen de la de constitucionalidad No. 28, publicada en Registro Oficial Suplemento 811 de 17 de Octubre de 2012declaró (SIC) la inconstitucionalidad del texto en negrillas; con lo cual, se excluye definitivamente la posibilidad de sancionar, como infracción electoral a quien realice entrevista, reportajes o una opinión de la ciudadanía, emitida en un medio de comunicación social.

Conforme se desprende de la tipificación de la infracción materia de análisis, queda claro que cualquier persona natural o jurídica incurriría en este ilícito electoral cuando concurran las siguientes condiciones: **a)** la difusión de propaganda electoral en favor de cualquier candidatura; **b)** que la difusión de dicha propaganda haya sido pautada en virtud de un contrato de publicidad; y **c)** que en esta propaganda sea análoga a aquella que debe pautarse con autorización del Consejo Nacional Electoral.

Resulta evidente, señores Jueces, que todas las candidaturas, al momento en el que se habría cometido la presunta infracción, estuvieron legítimamente facultados para difundir su programa de gobierno, plan de trabajo y promocionar las candidaturas de cualquier organización política puesto que el tenor literal de la ley, se trata de una actuación potestativa para cualquier organización política.

También queda claro que, Radio Cariamanga no difundió publicidad o propaganda electoral durante este periodo; por el contrario, los audios incorporados al proceso hacen referencia a pronunciamientos de terceras personas, que no representan el criterio del Medio de Comunicación; sino que emitieron criterios de valoración a título personal, entendiéndolo como una persona jurídica cuya voluntad se configura en función de sus autoridades y no de una persona que contacta telefónicamente con la Radio para pronunciar se(SIC) adhesión a la propuesta de una propuesta política. Corresponde pues, a cada uno de los contertulios o de los regentes de los programas de la Radio la responsabilidad de los criterios emitidos por cada uno de ellos; en este sentido, colindante con la Ley Orgánica de Comunicación, mismas que estable (SIC) el régimen de los medios de comunicación, no existe prohibición alguna sobre los temas a tratarse en el medio, respondiendo a otra función, los medios de comunicación estamos en la obligación con la ciudadanía de informar, y respetar la opinión ciudadana que es un resultado de lo que se hace como medios, conforme lo establece la Ley de Comunicación.

La información que se propone en el programa de radio obviamente establece criterios diversos desde cada uno de los ciudadanos; lo que difiere conceptualmente de lo que es la publicidad y propaganda electoral. Además basados en lo dispuesto en la propia Ley de Comunicación respecto de la censura previa, la prohibición es:

"**Artículo 18.-** Prohibición de censura previa. Se prohíbe la censura previa por parte de una autoridad, funcionario público, que en ejercicio de sus funciones o en su calidad apruebe, desapruebe o vete los contenidos previos a su difusión a través de cualquier otro medio de comunicación."

En suma, como medio de comunicación estamos cumpliendo estrictamente lo que se nos dispone en la labor de informar, por lo que la generación de contenidos tendientes al debate político no corresponde a algo premeditado, sino a un ejercicio pleno y libre de la expresión de la persona, en este caso de carácter político.

Debe enfatizarse, en que no existe contratación alguna de pautas publicitarias en este medio de comunicación, que no hubiesen sido ordenadas, dispuestas y calificadas por el Consejo Nacional Electoral, y del medio en calidad de proveedor de promoción electoral, por lo que en ningún momento se difundió publicidad electoral antes de iniciarse oficialmente la campaña electoral, por lo que no se cumple con los elementos constitutivos que integran la tipificación del acto sancionatorio.

Adicionalmente, debe recordarse que el fondo de promoción electoral financiado por el Estado, por medio del presupuesto asignado por el Consejo Nacional Electoral consiste en spots publicitarios, capsulas; es decir, publicidad en sentido estricto, y con la calificación previa del organismo electoral como dispone el Reglamento para la Promoción Electoral por parte del CNE en el caso de candidaturas de elección seccional; y en este caso, también a la elección de miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. En este sentido, todas las demás formas de difusión de las propuestas efectuadas por una candidatura son absolutamente posibles y legitimas en el ámbito privado.

En definitiva, de las pruebas aportadas por la Delegación Provincial de Loja no se desprende que Radio Cariamanga hubiere contratado publicidad electoral o difundido publicidad electoral; y como tal, no se puede hablar del cometimiento de la infracción electoral en la que hemos sido acusados; bajo ninguna circunstancia existe acto, y por ende, tampoco la configuración de un sujeto pasivo de la infracción, por lo que no se cumple con la premisa fáctica de un licito o infracción de carácter electoral.

La señora jueza cita una obra de Ernesto Albán Gómez y apoya su decisión el concepto según el cual el acto concreto, ejecutado por el sujeto activo, debe acomodarse plenamente a esa descripción hipotética. La tipicidad, el segundo elemento esencial del delito, 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, 11 Edición – Ediciones Legales – año 2017).

Efectivamente, la tipicidad resulta de la coincidencia que existe entre la actuación del sujeto activo y la descripción de la consulta antijurídica. No obstante, cuando esta descripción legal tiene como objetivo establecer responsabilidad de una persona natural o ficta, entramos al ámbito de la CULPABILIDAD, en tanto, una conducta punible se imputa a una persona jurídica, es indispensable tener en cuenta a quien es posible atribuirle al acto jurídicamente reprochable, situación que no sucede en este caso.

Si esto no fuere suficiente, también se imputa a Radio Cariamanga la infracción electoral prevista en el artículo 277, num. 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, cuyo texto manifiesta: "Constituyen infracciones por parte de los **medios de comunicación** social, las siguientes:... 2. La difusión de **propaganda política o electoral**, pagada o gratuita, **ordenada** por personas distintas al Consejo Nacional Electoral..."

Esta tipificación, no puede ser entendida e interpretada de forma aislada, sino a partir de los principios constitucionales de los que se derivan. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 115, inciso primero de la Constitución de la Republica, "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."

Para el análisis de tipificación, es importante remitimos al verbo rector del tipo, el mismo que se refiere a "contratar publicidad". El Consejo Nacional Electoral no podrá probar, porque nunca ocurrió, que Radio Cariamanga hubiere celebrado contrato alguno con ninguna candidatura, tampoco nuestra programación ha sido **ordenada** por ningún sujeto político, ni se ha emitido propaganda electoral de ninguna naturaleza, salvo aquella dispuesta por el Consejo Nacional Electoral, acatando la ley en tiempo y forma.

Resulta lamentable que la señora jueza señale que no importa si la publicidad fue pagada o gratuita; lo que si importa es que no existe publicidad, y también resulta relevante el hecho que la supuesta publicidad hubiere sido **contratada** u **ordenada**. La relevancia de la contratación, independientemente que es pagada o gratuita, no radica en este hecho; sino en la conformación de la voluntad de la persona jurídica puesto que solamente es capaz de contratar, quien tiene la aptitud jurídica para obligar al medio de comunicación.

Un locutor, en virtud de su posición dentro de un medio de comunicación no puede contratar a nombre de este por que no representa a la institución, de lo cual se ha de colegir, que así como esta persona no puede contraer obligaciones a nombre de la radio, tampoco puede representar sus derechos, ni hacer que sus actos sean transferidos a la persona jurídica como autora de una infracción electoral.

En tal virtud, al no haberse probado contrato alguno, ni orden alguna que condiciones la programación de Radio Cariamanga, no se cumplen con los presupuestos de tipicidad; y en consecuencia, no corresponde sancionar a un medio de comunicación por un acto típico que no ha sido demostrado.".

El Procurador Judicial de la recurrente, se refiere al Art. 13 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con esa base también sostiene lo siguiente:

"(...) Por su parte la señora Jueza de Primera Instancia, literalmente expone:

> *"Este Tribunal considera que, si bien Radio Cariamanga FM 104.5 **no está facultado para impedir las expresiones pronunciadas por el locutor** del noticiero de dicho medio de*

comunicación, pues ello ***implicaría imponer un régimen de censura previa,*** *que se encuentra prohibida en nuestro texto constitucional, en cambio ello* ***no le exonera de la responsabilidad ulterior que también se encuentra prevista en la Carta Suprema*** *de la Republica (artículo 18, numeral 1).*

Al respecto, vuelvo a insistir en las repetidas faltas que comete la autoridad a las reglas mínimas de la lógica formal y del sentido común. Concordamos con el hecho que Radio Cariamanga no está facultada para impedir pronunciamientos de sus locutores. En este sentido, la Jueza reconoce que las expresiones de los locutores son actos personalísimos que no pueden ser controlados por la estación radial; no obstante, e inmediatamente después indica, que aún cuando le esta jurídicamente vetado a la radio impedir afirmaciones emitidas por los locutores, sobre las que además no puede tener control, por imposibilidad física y por imposibilidad jurídica en virtud de que existiese una imputabilidad ajena a quien realiza la acción.

Finalmente, debemos recordar que la responsabilidad ulterior le corresponde única y exclusivamente a la persona que emite un comentario o publica algún tipo de contenido violatorio de derechos o contrario al orden jurídico. Por tanto, resulta absurdo pensar que una persona pueda ser sancionada por un acto que no le es propio; además de considerarse una carga injusta porque se colocaría en la radio un dilema lógico y jurídico, porque al prohibir tales tipos de expresiones de sus locutores, viola la constitución y el derecho internacional, por incurrir en censura previa; y si por el contrario cumple con este mandato, resultaría sancionado por lo que sus locutores hubieren manifestado.

Cabe recalcar además que conforme lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos, por medio de la sentencia de fondo dictada en el (Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrafo 70)

"es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción de censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión." (el énfasis no corresponde al texto original).

Por su parte, la Ley Orgánica de Comunicación, en su artículo 17 recoge literalmente este precepto proveniente del derecho internacional de los derechos humanos; con lo cual, la jueza de primera instancia pretendería, que Radio Cariamanga adopte medidas preventivas en relación a sus locutores, lo que nos estaría obligando a incurrir en una violación a los derechos de la libertad de pensamiento y expresión de nuestros trabajadores, cánones jurídicos de la más alta jerarquía normativa en la configuración de un estado constitucional de derechos de justicia.

Señores miembros del Tribunal Contencioso Electoral, nos encontramos ante una antinomia aparente, creada por la inconsulta interpretación de la jueza de instancia, puesto que si se interpreta el contenido del derecho en cuestión, en el contexto del derecho interno, quien asume la responsabilidad ulterior es quien emite el pronunciamiento, y no el medio de comunicación; puesto

que como se hace notar, Radio Cariamanga se encontraba jurídicamente impedida de adoptar medidas preventivas que restrinjan el pleno ejercicio de los derechos de sus trabajadores". (SIC)

Finalmente la recurrente, a través de su procurador judicial, solicita que se revoque la sentencia subida en grado.

3.2 ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL

Al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, le corresponde resolver el siguiente problema jurídico.

¿La sentencia dictada por la jueza de primera instancia cumple con la garantía de motivación que asegura el derecho al debido proceso, en los términos señalados en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador?

El Ecuador, por mandato constitucional se define como un Estado Constitucional de derechos y justicia en el que el deber primordial es garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales.

Para quienes habitan en el Ecuador, en cuanto al ejercicio de derechos y garantías constitucionales, se aplica el principio de igualdad y de aplicación directa e inmediata así como aquel que impide restringirlos, por lo que los derechos son plenamente justiciables; y, es obligación de los servidores públicos, incluidos los jueces contencioso electorales, el aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia.

Cuando la Constitución del Ecuador se refiere a los derechos de protección, de manera pormenorizada determina cuales son las garantías básicas del debido proceso y entre ellas constan la presunción de inocencia, la validez de las pruebas y el derecho a la defensa.

En la garantía del derecho a la defensa prevista en el numeral 7 del Art. 76 de la norma fundamental, expresamente se dispone:

" l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados".

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, señala:

> "...la garantía de la motivación actúa por un lado como derecho de las personas a tener pleno conocimiento de por qué se ha tomado una decisión que les afecta directa o indirectamente y por otro, como deber de los funcionarios públicos, entre ellos, las autoridades jurisdiccionales, están obligados a motivar sus resoluciones.". (Sentencia No. 103-14-SEP-CC).
>
> "...Así definida, la motivación constituye un ejercicio permanente de rendición de cuentas respecto de la racionalidad utilizada por parte de la autoridad al momento en que adopta una decisión. La trascendencia de la motivación estriba, entonces, en la necesidad de que las partes en un procedimiento administrativo o proceso judicial, y la sociedad en general, reciban una justificación respecto de las actuaciones que les afecten positiva o negativamente; comprendan dicha justificación y, eventualmente por medio de los canales establecidos por la Constitución y la Ley para el efecto, la cuestionen y exijan su rectificación. (Sentencia No. 095-14-SEP-CC).
>
> "En consecuencia, este derecho evita la discrecionalidad por parte de los operadores de justicia, exigiendo transparencia en sus actuaciones, mediante la emisión de decisiones motivadas que permitan a las personas conocer con claridad su contenido". (Sentencia No. 004-15-SEP-CC).

Adicionalmente, el Pleno de la Corte Constitucional, en la sentencia No. 341-17-SEP-CC-CASO No. 0047-16-EP, define los parámetros que conforman la debida motivación y los define así:

> "a) Razonabilidad, el cual implica que la decisión se encuentre fundamentada en principios y normas constitucionales, referentes tanto a la competencia como a la naturaleza de acción.
>
> b) Lógica, en el sentido de que la decisión se encuentre estructurada de forma sistemática, en la cual las premisas que la conforman mantengan un orden coherente y,
>
> c) Comprensibilidad, requisito que exige que todas las decisiones judiciales sean elaborada con un lenguaje claro y sencillo, que permita su efectivo entendimiento por parte del auditorio social.".

La jurisprudencia de este Tribunal en relación a la garantía de motivación ha considerado en sentencias anteriores, lo siguiente:

> "... la motivación es un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico que consiste en un conjunto de razonamientos en los que el juez y la jueza, o la autoridad pública, apoyan su decisión. En este sentido, compartimos que la motivación debe ser expresa, clara, completa, legitima y lógica..." (Sentencia Causa No. 82-2009).
>
> "...la falta de motivación se da cuando se omite por completo normas o principios jurídicos en que se fundamenta o de la explicación de su aplicación a los antecedentes de hecho, como cuando

existe una fundamentación insuficiente o absurda, o si finaliza con una conclusión arbitraria.".(Sentencia Causa No. 538-2009).

"...La motivación como garantía del debido proceso obliga a los Juzgadores a expresar en sus fallos de manera lógica, coherente, clara y precisa las razones que justifican sus decisiones." (Sentencia de Segunda Instancia, Causa No. 068-2017-TCE).

La Constitución de la República del Ecuador también establece deberes y responsabilidades a sus ciudadanos y habitantes de su territorio, entre ellos el acatar y cumplir la Constitución y la Ley, así como las decisiones legitimas de autoridad competente; promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular; y, participar en la vida política cívica y comunitaria, de manera honesta y transparente. (Constitución, artículo 83).

Corresponde entonces a las personas naturales y jurídicas, entre las que se incluyen los candidatos, las organizaciones políticas y los medios de comunicación, observar y cumplir las normas electorales que permitan un desenvolvimiento normal e igualitario en todas las etapas de los procesos de elecciones para dignidades de autoridades públicas.

Las elecciones deben ser justas y desarrollarse en igualdad de condiciones para todos los que participan buscando el favor popular; deben permitir la participación político electoral de la ciudadanía; e impedir los abusos y subterfugios en la promoción electoral y en los periodos de pre campaña y campaña electoral.

Los electores y toda la colectividad deben exigir las garantías de confianza suficiente para que su voluntad expresada en las urnas, se refleje en la proclamación de resultados; es decir, el ejercicio de la soberanía popular debe manifestarse en los tiempos, condiciones y bajo las normas legales y reglamentarias que aseguran la permanencia y el perfeccionamiento de la democracia.

En el presente caso, examinado el expediente en su integralidad, se verifica que a partir de la denuncia de 30 de noviembre de 2018, presentada por el señor Gonzalo Alfredo Paz Tinitana, la Dirección Provincial Electoral de Loja, inició un proceso de control de propaganda y gasto electoral sobre los hechos denunciados y solicitó a la Representante Legal de Radio Cariamanga las grabaciones de audio de la programación del referido medio de comunicación social, en fechas específicas y en horarios claramente determinados, pedido que hasta la fecha de expedición de esta sentencia no ha sido cumplido por Radio Cariamanga. Las solicitudes de la Delegación

dirigidas a la Radio y a la Súper Intendencia de Comunicación (Zonal 7) constan a fojas (4) cuatro, (5) cinco, (14) catorce del expediente y las respuestas de la Superintendencia de Comunicación, obran a fojas (16) dieciséis y (17) diecisiete de los autos.

La acción de los servidores de la Delegación Provincial Electoral de Loja, se enmarca en las funciones que se le atribuyen como organismo desconcentrado del Consejo Nacional Electoral, como unidades de gestión técnica y administrativa de carácter permanente, facultades encargadas por mandato del Código de la Democracia y el Reglamento para el Control de la Propaganda o Publicidad y Promoción Electoral, Fiscalización del Gasto Electoral y su Resolución en Sede Administrativa.

Las presuntas infracciones electorales se sujetaron a un trámite que incluye la disposición de monitoreo respectivo y la entrega de las grabaciones, matrices de control y observaciones, varios informes jurídicos y la presentación de la correspondiente denuncia de conformidad con lo que disponen el Art. 82 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales y el Art. 10 del Reglamento para el Control de la Propaganda o Publicidad y Promoción Electoral, Fiscalización del Gasto Electoral y su Resolución en Sede Administrativa. Todo el procedimiento administrativo se evidencia de fojas (1) uno a (43) cuarenta y tres del cuaderno procesal.

En el procedimiento Contencioso Electoral de esta causa, la Jueza de primera instancia luego de citar en legal y debida forma a la presunta infractora haciéndole conocer la denuncia presentada en su contra, convocó a Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, realizada en la ciudad de Quito el 26 de marzo de 2019 y cuya acta se puede verificar de fojas de 172 a 184 del expediente. En la referida diligencia la denunciada solo presentó un alegato verbal por parte de su Procurador Judicial, sin embargo, no aportó ningún documento probatorio de las aseveraciones que efectuó. Mientras tanto la Delegación Provincial Electoral de Loja, a través de sus funcionarios practicó y aportó elementos de juicio a través de testimonios y solicitudes de reproducción de informes técnicos y jurídicos y las grabaciones de audio con las evidencias de la infracción denunciada.

El Diccionario Electoral de CAPEL, Tomo II (p.885-887), sobre la propaganda Electoral indica que se trata de un conjunto de técnicas empleadas para sugestionar a las personas en la toma de decisiones y obtener su adhesión a determinadas ideas y afirma que algunos códigos electorales intentan definir este concepto:

"Se entiende por propaganda electoral todo mensaje difundido con el propósito de promover organizaciones políticas y candidaturas, exponer programas de gobierno y/o solicitar el voto.

La difusión puede hacerse con actos públicos de campaña o a través de mensajes pagados en medios de comunicación masivos o interactivos (Ley No. 026, Ley del Régimen Electoral, Bolivia, 2010, art 111).

Entre sus actos están:

(...) las reuniones públicas, asambleas, marchas y en general aquellos en que los candidatos o voceros de los partidos políticos se dirigen al electorado para promover sus candidaturas (y) el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la campaña electoral producen y difunden los partidos políticos, los candidatos registrados y sus, con el propósito de presentar ante la ciudadanía las candidaturas registradas (Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales de México, 2014, arts. 242, 2 y 3).

La ley chilena concibe la propaganda como

(...) todo evento o manifestación pública y la publicidad radial, escrita, en imágenes, en soportes audiovisuales u otros medios análogos, siempre que promueve a una o más personas o partidos políticos constituidos o en formación, con fines electorales. En el caso de los plebiscitos se entenderá por propaganda aquella que induzca a apoyar a alguna de las proposiciones sometidas a consideración de la ciudadanía (Ley No. 20.900, Chile, 2016, art 30).

Para el Tribunal Supremo Electoral de Costa Rica

(...) cuando se pondera o se combate a uno de los partidos políticos que participan en la contienda electoral o se pondera o se combate a uno de sus candidatos. Si una publicación se reitera en forma sistemática e inclusive se cita en forma continua el nombre de un candidato o de su partido, no cabe duda que se trata de propaganda político-electoral (Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica , Resolución No. 65).

En la línea de la jurisprudencia del Tribunal Superior Electoral de Brasil, para caracterizar la propaganda electoral hay que hacer referencia al cargo, a la candidatura y a la petición de votos, es decir, a los elementos que revelan la intención de conquistar la preferencia e interferir en la voluntad del elector (RESPE No. 3628-84/RN, DJE de 18.9.2014).".

En el trámite de primera instancia la denunciada intentó fortalecer la idea de que es ajena a la responsabilidad por los actos y expresiones que se evidencian en la programación de la radio de la que es Representante Legal y pretende evadir las normas que sobre responsabilidad ulterior se encuentran previstas en la Ley de Comunicación. Sin embargo, no logra su objetivo, pues lo que precisamente hace su locutor, responsable o conductor del programa en el que se hacen las expresiones objeto de la denuncia, es precisamente articular un discurso con el que se pretende inducir a la ciudadanía para la toma de decisiones electorales y lograr su adhesión a

determinadas ideas propuestas y programas de candidatos de una organización política totalmente identificada.

La sentencia de primera instancia cumple con los requisitos de motivación previstos en la Constitución de la República del Ecuador como garantía del debido proceso; y, en criterio de este Tribunal debería haber configurado también los presupuestos de la infracción prevista en el numeral 2 del artículo 277 del Código de la Democracia, en concordancia con lo que dispone el cuarto inciso del artículo 203 de la Ley Ibídem, pues, durante la campaña electoral: "los medios de comunicación social se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta, que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis política", por lo que la sanción impuesta debería ser incluso más grave.

No obstante y en atención al principio general del derecho "ne reformatio in prius" (no cabe empeorar la situación del recurrente), este Tribunal acepta como válida la cuantificación pecuniaria adoptada por la Jueza de primera instancia.

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

PRIMERO: Desechar el Recurso de Apelación interpuesto por la señora María de Fátima Bermeo Abraham, Representante Legal de la Radio Cariamanga, en contra de la sentencia de Primera Instancia, dictada el 3 de Abril de 2019 a las 15h00.

SEGUNDO: Notifíquese el contenido de la presente sentencia:

2.1 A la señora María Fátima Bermeo Abraham y a su procurador, en la casilla contencioso electoral No. 050 y en las direcciones de correos electrónicas svemontero@gmail.com y diegozambrano03@gmail.com .

2.2. Al abogado Luis Hernán Cisneros Jaramillo, Director de la Delegación Provincial de Loja, en la casilla contencioso electoral No. 008 y en la dirección de correo electrónica luiscisneros@cne.gob.ec .

2.3 Al Consejo Nacional Electoral, a través de su Presidenta, en la casilla contencioso electoral No 03, 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.

TERCERO: Actúe el abogado Alex Guerra Troya, Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral.

CUARTO: Publíquese la presente sentencia en la página web-cartelera virtual del Tribunal Contencioso Electoral.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-" F.) Dr. Joaquín Viteri Llanga, **Juez Presidente;** Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera, **Juez;** Dra. Patricia Guaicha Rivera, **Jueza;** Dr. Ángel Torres Maldonado, **Juez;** Dr. José Suing Nagua, **Juez.**

Certifico.-

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL
TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL
SECRETARÍA GENERAL

Ab. Alex Guerra Troya
Secretario General
Tribunal Contencioso Electoral
GM