REPÚBLICA DEL ECUADOR
TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

VOTO SALVADO DEL DR. JORGE MORENO YANES Y AB. JUAN PAUL YCAZA DENTRO DE LA CAUSA Nº 470-2009.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano, 26 de octubre del 2009.- Las 13h00.- Ha subido a conocimiento del Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, integrado por las juezas y jueces principales: Dra. Tania Arias Manzano, Dra. Ximena Endara Osejo, Dr. Jorge Moreno Yanes, y por la Dra. Amanda Páez Moreno y Ab. Juan Paúl Ycaza, en sus calidades de Jueza y Juez Suplentes, conforme consta de las providencias de fechas 22 de septiembre y 5 de octubre del 2009; las 11h16, con la respectiva rectificación y aclaración realizada mediante providencia de fecha 12 de octubre de 2009, así como de los Oficios Nº 609-09-TJ-SG-TCE y 621-09-TJ-SG-TCE, de fechas 23 de septiembre y 5 de octubre del 2009, respectivamente, el expediente signado con el Nº 470-2009, el mismo que contiene el recurso de apelación interpuesto por el doctor Arturo Cabrera Peñaherrera, en su calidad de Director de la Delegación Provincial de Pichincha del Consejo Nacional Electoral, de la sentencia dictada, en primera instancia por la doctora Alexandra Cantos Molina, Jueza del Tribunal Contencioso Electoral, el 20 de agosto de 2009, en la que: "En aplicación del principio de legalidad, al no enmarcarse los hechos denunciados por la Delegación Provincial de Pichincha del Consejo Nacional Electoral, dentro de la infracción tipificada en los artículos 126 y 130 de la Codificación de las Normas Generales para las Elecciones dispuestas en el Régimen de Transición de la Constitución de la República, expedidas por el Consejo Nacional Electoral no procede imponer sanción a los señores María de la Paz Robalino Herrera y Patricio Donoso Chiriboga, Tesorera única de Campaña y candidato a Asambleísta por Pichincha de la Alianza Unión Demócrata Cristiana y Partido Social Cristiano Listas 5-6...". El recurso ha sido presentado el 24 de agosto de 2009, a las 16h40. **COMPETENCIA.**- El Tribunal Contencioso Electoral, en aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 15 del Régimen de Transición de la Constitución de la República, que le autoriza a "dictar las normas necesarias para viabilizar la aplicación del nuevo ordenamiento constitucional", expidió las "Normas indispensables para viabilizar el ejercicio de las competencias del Tribunal Contencioso Electoral, conforme a la Constitución" (R.O. Nº 472, Segundo Suplemento, de 21 de noviembre de 2008), instrumento jurídico que, en el artículo 12, dispone que, en el ámbito de sus competencias, el Tribunal tiene jurisdicción para conocer, entre otros, el recurso contencioso electoral de apelación, y expidió también el "Reglamento de trámites en el Tribunal Contencioso Electoral" (R.O. Nº 524, Segundo Suplemento, de 9 de febrero de 2009), en cuyo artículo 93 se señala que, en el tramite y juzgamiento de las infracciones por control del gasto y propaganda electoral, la sentencia dictada por un Juez del Tribunal Contencioso Electoral (primera instancia) puede ser apelada, dentro del plazo de tres días contados a partir de la fecha de la notificación, para ante un Tribunal de Alzada conformado por tres miembros del organismo. Esta última disposición sobre el Tribunal de Alzada, a la fecha actual no puede ser aplicada, en virtud de que la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, vigente desde el 1 de julio de 2009, por culminación de los procesos electorales del 26 de abril y 14 de junio del año en

curso, dispone, en su artículo 72, incisos 3 y 4 que, para el juzgamiento y sanción de las infracciones electorales, existirán dos instancias, la primera tramitada por una Jueza o un Juez, y la segunda y definitiva, por el Pleno del Tribunal, principio de competencia que, por garantía de derechos, es la aplicable. Por lo manifestado, el conocimiento y resolución de una apelación interpuesta de la sentencia dictada por una Jueza o Juez, corresponde al Pleno del máximo organismo de justica electoral, como es el caso que nos ocupa. **PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO**.- Al Tribunal le corresponde, en primer lugar, analizar si el recuso ha sido interpuesto de conformidad con las normas jurídicas sobre la materia, para determinar si procede o no el trámite correspondiente; al respecto, es necesario señalar que si bien el recurso fue presentado dentro del plazo establecido en la norma. Pero respecto a la legitimación activa del recurrente, el Tribunal hace las siguientes consideraciones estrictamente jurídicas: **a)** El artículo 13 de las "Normas indispensables para viabilizar el ejercicio de las competencias del Tribunal Contencioso Electoral, conforme a la Constitución", mencionada anteriormente, dispone que los recursos contencioso electorales de impugnación, apelación y queja, "podrán ser interpuestos únicamente por los sujetos políticos. Se denominan sujetos políticos los partidos políticos, movimientos políticos, alianzas electorales y los candidatos, quienes podrán actuar a través de sus representantes legales, apoderados o mandatarios especiales". En términos similares está concebida la disposición del articulo 18 del "Reglamento de trámites en el Tribunal Contencioso Electoral". En igual forma la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, establece, en el artículo 269, inciso segundo, que "Las organizaciones políticas por intermedio de su representante legal, nacional o provincial y los candidatos, podrán interponer ante el Tribunal Contencioso Electoral, el recurso de apelación en el plazo de tres dias desde la notificación"; y el artículo 244, inciso segundo, que "Las personas en goce de los derechos políticos y de participación, con capacidad de elegir, y las personas jurídicas, podrán proponer los recursos previstos en esta Ley exclusivamente cuando sus derechos subjetivos hayan sido vulnerados". **b)** El doctor Arturo Cabrera Peñaherrera, Director de la Delegación Provincial de Pichincha del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con las normas expresadas supra, no es representante de una organización política, ni fue candidato a dignidad alguna de elección popular en los últimos procesos electorales. Tampoco la sentencia dictada por la señora Jueza del Tribunal, de la que recurre el accionante, vulnera sus derechos subjetivos o los del organismo electoral desconcentrado de su dirección, pues, dicho fallo se concreta a declarar que no procede imponer sanción a los señores María de la Paz Robalino Herrera y Patricio Donoso Chiriboga, Tesorera Única de Campaña y candidato a Asambleísta por Pichincha de la Alianza Unión Demócrata Cristiana y Partido Social Cristiano, Listas 5-6, porque los hechos denunciados por la Delegación Provincial de Pichincha del Consejo Nacional Electoral, no están enmarcados dentro de la infracción tipificada en los artículos 126 y 130 de la "Codificación de las Normas Generales para las Elecciones dispuestas en el Régimen de Transición de la Constitución de la República", expedidas por el Consejo Nacional Electoral. En esta declaración constante en la sentencia recurrida, no existe, por ningún lado,

REPÚBLICA DEL ECUADOR
TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL

vulneración de los derechos subjetivos del doctor Arturo Cabrera Peñaherrera; pues, de acuerdo a la doctrina, no puede tenerse un derecho subjetivo sin una norma en que fundarlo, como tampoco encaja en el concepto mismo de derecho subjetivo como "una posibilidad de acción autorizada por una norma jurídica". Asimismo el derecho subjetivo, conforme lo indica el tratadista Enrique Alvarez Conde, "...puede ser definido como aquel poder conferido por el Derecho objetivo sobre la base de determinados intereses por él mismo reconocidos..." (Curso de Derecho Constitucional, Sexta Edición, año 2008, Tomo I, Pág. 304). En otras palabras, el órgano de administración y control electoral no puede aparecer en el proceso judicial como parte procesal, porque no lo es, salvo el caso de las causas que, a través del recurso de queja, se cuestionen actuaciones de sus miembros. En el caso de las delegaciones electorales provinciales, éstas no tienen la facultad de oponerse e impugnar las resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral, sobre los asuntos que le han sido remitidos para su juzgamiento; sólo en el caso de que el órgano jurisdiccional solicite o requiera del Consejo Nacional Electoral o de los organismos electorales desconcentrados informes, documentos, aclaraciones sobre el acto materia que se discute u otras diligencias dentro del trámite de juzgamiento, éstos tienen la obligación de cumplirlos, siendo éstas sus únicas actuaciones. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Contencioso Electoral, mediante voto de mayoría, en las causas N° 467-2009, 472-2009 y 464-2009. Por las consideraciones expuestas, se rechaza por improcedente el recurso de apelación interpuesto por el doctor Arturo Cabrera Peñaherrera, en su calidad de Director de la Delegación Provincial de Pichincha del Consejo Nacional Electoral, por carecer de legitimación activa para interponerlo, y ordena devolver el expediente a la señora Jueza de instancia, para los fines legales pertinentes. Póngase en cocimiento del Consejo Nacional Electoral, esta resolución. Actúe el Ab. Fabián Haro Aspiazu, en su calidad de Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral (E), conforme se desprende del memorando 0300-P-TCE-09, de fecha 23 de octubre de 2009.- Notifíquese.-

Dra. Tania Arias Manzano
PRESIDENTA TCE

Dra. Ximena Endara Osejo
VICEPRESIDENTA TCE

Dr. Jorge Moreno Yanes
JUEZ TCE
VOTO SALVADO

Dra. Amanda Páez Moreno
JUEZA SUPLENTE TCE

Ab. Juan Paúl Ycaza
JUEZ SUPLENTE TCE
VOTO SALVODO

- 103 -
ciento tres

VOTO DE MAYORIA CAUSA Nº 470-2009.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, Distrito Metropolitano, 26 de octubre de 2009.-Las 13h00.- **VISTOS:** El 22 de septiembre de 2009, a las 13h00, llega a conocimiento del Pleno del Tribunal Contencioso Electoral el expediente No. 470-2009 JCAM-CR, que contiene el recurso de apelación interpuesto por el doctor Arturo Cabrera Peñaherrera, en su calidad de Director de la Delegación Provincial Electoral de Pichincha del Consejo Nacional Electoral, a la sentencia emitida el 20 de agosto de 2009, a las 12h30, por la doctora Alexandra Cantos Molina, Jueza del Tribunal Contencioso Electoral, que en su parte resolutiva declara "En aplicación del principio de legalidad, al no enmarcarse los hechos denunciados por la Delegación Provincial de Pichincha del Consejo Nacional Electoral, dentro de la infracción tipificada en los artículos 126 y 130 de la Codificación de las Normas Generales para las Elecciones dispuestas en el Régimen de Transición de la Constitución de la República, expedidas por el Consejo Nacional Electoral no procede imponer sanción a los señores María de la Paz Robalino Herrera y Patricio Donoso Chiriboga, Tesorera Única de Campaña y candidato a Asambleísta por Pichincha de la Alianza Unión Demócrata Cristiana y Partido Social Cristiano Listas 5-6.". **I. OPORTUNIDAD** El articulo 263 inciso segundo del Código de la Democracia establece que "Transcurrido el plazo de tres días posterior a la notificación, la sentencia causara ejecutoria y deberá cumplirse inmediatamente", dando a entender que el plazo para presentar apelaciones es el de tres días. La sentencia del caso 470-2009 JACM-CR, fue notificada el 21 de agosto de 2009 y la apelación del señor doctor Arturo Cabrera Peñaherrera fue interpuesta el 24 de agosto de 2009, por tanto la misma se ha presentado en forma oportuna conforme lo señaló la señora jueza de primera instancia Dra. Alexandra Cantos Molina, (fojas 76) la cual textualmente indica que: "En virtud de que la apelación interpuesta a la presente sentencia ha sido presentada dentro de tiempo se la acepta a trámite, por lo que conforme al Art. 93 del Reglamento de Trámites en el Tribunal Contencioso Electoral, remítase la presente causa a Secretaría General del Tribunal para el trámite correspondiente...". En el mismo auto se notifica al Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera y sus abogados defensores, y, mediante providencia de 1ro. de septiembre de 2009, se notifica a María de la Paz Robalino Herrera y Patricio Donoso Chiriboga. **II. PROCEDIBILIDAD. A)** El 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, vigente desde el 1ro. de julio de 2009, dispone que "Para la resolución de la acción de queja, para el juzgamiento y sanción de las infracciones electorales, así como para resolver los temas interés de las organizaciones políticas sometidos a su competencia, existirán dos instancias en el Tribunal Contencioso Electoral. En caso de dos instancias, la primera será tramitada por una jueza o un juez por sorteo para cada proceso, la segunda y definitiva que corresponde al Pleno del Tribunal". Por lo

Electoral, le corresponde al Pleno de este organismo. **B)** El artículo 59 del Código de la Democracia señala que los directores provinciales de las delegaciones ostentan la representación legal del Consejo Nacional Electoral en dicha provincia. Por otra parte, el inciso segundo del artículo 217 de la Constitución de la República del Ecuador, concede al Consejo Nacional Electoral personalidad jurídica propia, dicha disposición, en concordancia con el artículo 32, numeral 1 del Código de la Democracia que otorga a la presidenta o presidente del máximo órgano de la administración electoral la facultad de representarla judicialmente; nos lleva a concluir, que existe la aptitud constitucional y legal del Consejo Nacional Electoral y de sus organismos electorales desconcentrados, de actuar como parte procesal en el presente caso. Al ser parte de en este proceso, de acuerdo con la teoría del *derecho subjetivo público*, según la cual, la entidad estatal actúa como si se tratase de un particular, es decir, desprovista de su poder de *imperium;* el proceso debe dirigirse de acuerdo con el principio de *igualdad procesal*, de tal forma que ambas partes, en igualdad de condiciones se encuentren asistidas de todas y cada una de las herramientas procesales previstas en el ordenamiento jurídico para su defensa; tanto más que le corresponde en su actuación vigilar que se cumpla el principio fundamental de igualdad, entendido por un lado como aquel que impide un trato discriminatorio o diferenciado sin justificación lógica o racional alguna, que implica, en este caso sub judice, poner en las mismas condiciones a los intervinientes en este proceso contencioso electoral; y por otro, que la autoridad especializada de justicia electoral, está llamada a cumplir este principio, otorgándole a las partes idénticas facultades para intervenir en el proceso en todas sus fases, incluida la posibilidad de apelar, al no estar conforme con lo resuelto por el inferior. Adicionalmente, a fin de respetar el principio de la doble instancia, que para el caso de infracciones electorales, rige de conformidad con el Art. 72 incisos tercero y cuarto, del Código de la Democracia, disposiciones q ue o bligan a un órgano jurisdiccional de mayor jerarquía a revisar el fallo del juez *a quo*; en que podría vulnerarse un derecho fundamental de un ciudadano, así como, del interés público que representa la actividad de todo organismo de Estado, que para el caso analizado, lo ejerce el Director de la Delegación Provincial de Pichincha del Consejo Nacional Electoral. **C)** El artículo 60 del Código de la Democracia establece las atribuciones del Director Provincial del Consejo Nacional Electoral, y en el numeral cuarto indica que sus atribuciones pueden ser establecidas en Reglamentos, Instructivos y Resoluciones expedidos por el Consejo Nacional Electoral. En concordancia con esta norma el Consejo Nacional Electoral emite la Resolución PLE-CNE-68-22-12-2008 de lunes 22 de diciembre de 2008, mediante la cual resolvió designar al Dr. Arturo Cabrera como Director de la Delegación de Pichincha; y, mediante Resolución No. PLE-CNE-28-6-1-2009 de 6 de enero de 2009, se lo ratifica en sus funciones. De igual forma, la resolución PLE-CNE-2-14-1-2009 por la cual el Pleno del Consejo Nacional Electoral expide el "Reglamento de Funciones y competencias de las Juntas Provinciales Electorales, Secretarios, Directores y Coordinadores Provinciales de las Delegaciones

del Consejo Nacional Electoral" establece en el articulo 6 textualmente que: "Los Directores de las Delegaciones Provinciales del Consejo Nacional Electoral, ejercerán la representación legal de dichos organismos en el ámbito de su jurisdicción". Por lo anotado, al existir oportunidad procesal y dado que la Delegación Provincial Electoral del Consejo Nacional Electoral de la provincia de Pichincha ha actuado como legítimo contradictor en esta causa y, por tanto, ha sido parte procesal en la misma, en tal virtud, se admite a trámite la apelación interpuesta. Para los fines de ley, notifíquese este auto en la casilla electoral Número 03 del Consejo Nacional Electoral y de la Delegación Provincial de Pichincha del Consejo Nacional Electoral. Actúe el Abg. Fabián Haro Aspiazu, en calidad de Secretario General Encargado del Tribunal Contencioso Electoral, en ausencia de su titular, conforme se desprende del memorando No. 0300-P-TCE-09, de fecha 23 de octubre de 2009.-Notifíquese.-

DRA. TANIA ARIAS MANZANO
PRESIDENTA T.C.E.

DRA. XIMENA ENDARA OSEJO
VICEPRESIDENTA T.C.E.

DR. JORGE MORENO YANES
JUEZ T.C.E.
VOTO SALVADO

DRA. AMANDA PÁEZ MORENO
JUEZA SUPLENTE T.C.E.

AB. JUAN PAÚL YCAZA
JUEZ SUPLENTE T.C.E.
VOTO SALVADO

Lo certifico