

CAUSA No. 148-2013-TCE

1	TRIBUNAL	Tribunal Contencioso Electoral
2	PAÍS	Ecuador
3	TEMÁTICA ELECTORAL	Derechos Electorales Fundamentales
4	NÚMERO DE SENTENCIA	148-2013-TCE
5	FECHA	18 de marzo de 2013
6	DESCRIPCIÓN	<p>1. Acto impugnado Sentencia de 11 de marzo de 2013, dictado por el juez a quo en el cual se aceptan las denuncias presentada en contra del candidato presidencial, y se lo sanciona con la suspensión de sus derechos políticos por un año y el pago de una multa equivalente a diez salarios básicos unificados.</p> <p>2. Fundamentos de la parte actora Inexistencia de declaraciones homofóbicas que le pudieran ser atribuibles al accionante.</p> <p>Las afirmaciones que hace el accionante hacen referencia a la palabra de Dios, haciendo ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y de su derecho fundamental a la libre profesión de su fe.</p> <p>No se ha valorado debidamente varias pruebas aportadas por el accionante durante la audiencia oral de prueba y juzgamiento, no compareció el perito para sustentar el contenido de su informe, violándose el debido proceso.</p> <p>La accionante en primera instancia no podía comparecer a nombre de una organización de hecho, lo que anularía el proceso.</p> <p>Que es necesario realizar una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a elegir la orientación sexual que consagra la Constitución.</p> <p>3. Consideraciones jurídicas En materia de infracciones electorales, la norma transcrita exige únicamente que la persona que denuncia tenga la calidad de electora o elector, por lo que la accionante de primera instancia estaba facultada para comparecer como tal.</p> <p>Del análisis del expediente se colige que el informe pericial no constituye el único elemento de prueba en el que juez a quo sustenta la configuración de los hechos probados, toda vez que los</p>

	<p>presuntos pronunciamientos discriminatorios que aluden a la comunidad GLBTTI (geys, lesbianas, bisexuales, travestis, transgénicos e intersexo) formulados por el candidato presidencial fueron recogidos por diferentes medios de comunicación, por lo que la presencia o no del perito no vicia de nulidad lo actuado, ya que el fallo se sustenta en hechos públicos y notorios, cuya naturaleza hace que no sea indispensable que se aporte elementos probatorios al respecto, por ser de dominio público.</p> <p>Garantizar el laicismo dentro de un sistema de derechos constituye una de las obligaciones básicas del Estado, de allí que el laicismo no tiene que ser incompatible con el derecho a la libertad de religión, por el contrario, un Estado laico es aquel en el que pueden convivir una multiplicidad de credos y recibir del Estado la misma protección y garantía de sus prácticas religiosas.</p> <p>Por otro lado ningún derecho fundamental es más o menos importante que otro, ya que solamente el pleno ejercicio de todos y cada uno de ellos permite que una persona desarrolle libremente su personalidad bajo los estándares de vida que están acorde a su dignidad como ser humano, es decir ningún derecho puede sobreponerse a otro.</p> <p>La discriminación por razones de preferencia sexual es una violación a los derechos humanos, ya que se repercute desfavorablemente en el ejercicio de otros derechos fundamentales de titularidad de las víctimas.</p> <p>Las expresiones discriminatorias provenientes de una persona que como candidato presidencial son ampliamente difundidas por los medios de comunicación y como tal, encuentran eco entre sus seguidoras y seguidores; así, señalar a un grupo humano como anti natural, inmoral y carente de derechos según la palabra de Dios, no solo ofende ilegítimamente a este grupo, sino también se incita a que personas que profesan un determinado credo puedan atentar contra la integridad física hasta con la vida de personas con la única razón de no compartir las preferencias sexuales de la mayoría de las ciudadanas y ciudadanos.</p> <p>Los miembros de la Función Electoral no pueden tolerar y mucho menos consentir que una persona y peor aún un candidato presidencial sea capaz de desconocer derechos expresamente reconocidos por el derecho internacional, derechos humanos y derecho interno, en base a sus muy particulares perjuicios religiosos, en tal virtud el CNE adoptó medidas administrativas e instó al candidato a que se abstenga de emitir opiniones que induzcan a la violencia y discriminación, pero aun cuando fue advertido por la administración electoral el candidato presidencial</p>
--	---

	<p>hizo caso omiso a tal disposición, y por el contrario indicó que el CNE promueve prácticas inmorales; reincidiendo en tal conducta más de una vez.</p> <p>Por lo expuesto, el Pleno concluye que las declaraciones realizadas por el candidato presidencial constituyeron claros actos de discriminación en contra de la comunidad GLBTI, ejecutado por medio del ejercicio abusivo de su derecho a la libertad de credo y a la libertad de expresión.</p> <p>4. Parte resolutive</p> <p>1) Negar el recurso 2) Ratificar en todas sus partes la sentencia del juez a quo. 3) Notificar a las partes procesales.</p>
--	--

CAUSA No. 148-2013-TCE

Quito, Distrito Metropolitano, 18 de marzo de 2013, a las 17H06

1. ANTECEDENTES

Mediante sentencia dictada por el Señor Juez Patricio Baca Mancheno, el 11 de marzo de 2013 (fs. 331-343), el mentado Juez Electoral aceptó la denuncia presentada por la ciudadana Karina Troya Báez e impuso a Nelson Zavala Avellán, candidato a la Presidencia de la República por el Partido Roldosista Ecuatoriano, una sanción pecuniaria de tres mil, ciento ochenta dólares de los Estados Unidos de América y la suspensión del ejercicios de sus derechos de participación por un año. La sentencia aludida fue debidamente notificada a las partes procesales el mismo 11 de marzo de 2013, según se desprende de las razones sentadas por la señora Secretaria Relatora de aquel despacho, pieza procesal que obra de fojas 344 del expediente.

Mediante escrito presentado en la Secretaría Relatora del Despacho del Juez *A quo*, por el citado candidato presidencial (fs. 345-357), el 14 de marzo de 2013 el compareciente interpuso un recurso de apelación para ante el Tribunal Contencioso Electoral, el mismo que fue calificado por el Juez de Primera Instancia, mediante providencia dictada el mismo día, mes y año (fs. 358).

Con los antecedentes expuestos y por así corresponder al estado de la causa, se procede a analizar y resolver, lo que en derecho corresponde.

2. ANÁLISIS SOBRE LA FORMA

a)

El artículo 70, número 5 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia prevé, entre las atribuciones del Tribunal Contencioso Electoral, la de “sancionar el incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y, en general, las vulneraciones de normas electorales” (El énfasis no corresponde al texto original).

Por su parte, el artículo 72, inciso tercero e inciso cuarto del mismo cuerpo legal, en su orden respectivo, manifiestan:

“2. Para la resolución de la acción de queja, para el juzgamiento y sanción de las infracciones electorales, así como para resolver los temas internos de las organizaciones políticas sometidos a su competencia, existirán dos instancias en el Tribunal Contencioso Electoral (...) 3. 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.” (El énfasis no corresponde al texto original).

En el caso en concreto, la apertura de la Segunda Instancia se deriva de la interposición de un recurso de apelación planteado en contra de la sentencia dictada por el juez de primer nivel, dentro de un proceso de juzgamiento, instruido en razón del presunto cometimiento de una infracción electoral; de ahí que, efectivamente el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral es la autoridad competente para conocer y resolver la presente instancia, por lo que asume la competencia, conforme a derecho corresponde.

b)

La interposición del recurso vertical de apelación se realizó el 14 de marzo del mismo año; es decir, dentro del plazo concedido por la ley, por lo que el recurso es declarado oportunamente planteado.

d) Debido Proceso

Durante el desarrollo de la primera instancia, se siguió el trámite previsto en la sección segunda, del capítulo segundo, del título cuarto de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

La parte accionada fue citada en legal y debida forma, con el auto de admisión. La realización de la audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento fue convocada dentro de un plazo razonable a fin que la parte accionada pueda contar con el tiempo suficiente para preparar su defensa y ejercerla de manera efectiva.

Durante el desarrollo de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, desarrollada el 4 de marzo de 2013, las partes procesales contaron con la oportunidad de presentar las pruebas de cargo y de descargo con las que cada una de ellas contaba, teniendo además la posibilidad de contradecir la prueba actuada por su contraparte y la de formular alegatos y contra alegatos, al respecto.

A la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, el accionado contó con defensa técnica de sus derechos e intereses.

En definitiva, el proceso ha sido sustanciado con total observancia a todas y a cada una de las garantías del debido proceso y; por no haber solemnidad que hubiere sido irrespetada, se declara la validez de todo lo actuado.

Analizados que han sido los presupuestos de forma, se procede con el análisis sobre el fondo del asunto.

3. ANÁLISIS SOBRE EL FONDO

a) Argumentos de la parte recurrente

El escrito que contiene el recurso de apelación interpuesto se sustenta en los siguientes argumentos:

Que, nunca existieron declaraciones homofóbicas que le pudieren ser atribuibles, según consta de la prueba reproducida durante la audiencia oral de prueba y juzgamiento.

Que, sus afirmaciones hacen referencia a *“la palabra de dios”*.

Que, las expresiones del pastor Nelson Zavala fueron hechas en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y de su derecho fundamental a la libre profesión de su fe.

Que, el Juez de primer nivel no debió admitir la intervención de Karina Pamela Troya Báez, toda vez que ella actuó en representación del “Colectivo Igualdad de Derechos Ya”, sin haber presentado documento que justifique tal legitimación.

Que, el derecho a la libertad de opinión prevalece sobre el derecho a la libertad de sexual toda vez que *“... esto concierne a la decisión propia del ser humano que haga uso de la facultad (sic) de elegir una orientación de tipo sexual distinta a la natural con la que este sujeto nació, DE TAL FORMA EL DERECHO A ELEGIR LA SEXUALIDAD TIENE UN MEDIANO O MÍNIMO VALOR, ya que este se ejecuta en la práctica solo de forma personal, ya que la naturaleza sabia en esencia nos ha otorgado un*

*sexo a cada ser humano al momento de nacer, **en cambio el derecho a la libertad de Expresión se manifiesta desde las primeras palabras que el hombre pronuncia como una forma de comunicarse con su semejantes...*** (el énfasis corresponde al texto original).

Que, se consideró como prueba el informe de un perito que ni siquiera ha comparecido a sustentarlo, por lo que esta prueba fue indebidamente actuada.

b) Puntos materia de análisis

En virtud a los argumentos que sustentan en recurso de apelación materia de análisis, al Tribunal Contencioso Electoral le corresponde pronunciarse respecto de:

- a) La alegada falta de legitimación activa de Karina Pamela Troya Báez.
- b) La no comparecencia del perito para sustentar el contenido de su informe.
- c) Los límites a los derechos fundamentales y el principio de ponderación y su aplicación en el caso en concreto.
- d) El presunto cometimiento de una infracción electoral por las declaraciones expresadas por el candidato a la Presidencia de la República por el partido Roldosista ecuatoriano.

4. ANÁLISIS Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

a) Sobre la alegada falta de legitimación activa de Karina Pamela Troya Báez.

El artículo 280 de la ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia “...*concede acción ciudadana a los electores y electoras para denunciar el cometimiento de las infracciones a las que se refieren los artículos de esta ley.*”

En materia de infracciones electorales, la norma transcrita exige únicamente que la persona que denuncia tenga la calidad de electora o elector.

De ahí que, aún cuando Karina Troya Báez no hubiere justificado ser representante legal del Colectivo Igualdad de Derechos Ya, esto no restringe su “*derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas...*” reconocido en el artículo 66, número 23 de la Constitución de la República, tanto más que la normativa de desarrollo solo exige la calidad de electora o electora, la misma que la accionante cumple.

Por estas razones, se declara que Karina Troya Báez contó con la legitimación activa suficiente para presentar la denuncia, materia de análisis y como tal, se desestima lo afirmado por el recurrente en lo que a este punto se refiere.

b) Sobre la no comparecencia del perito para sustentar el contenido de su informe

El artículo 76, número 4 de la Constitución de la República consagra el principio según el cual “*las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*”

El artículo 253 de la ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia manifiesta que *“en la Audiencia de Prueba y Juzgamiento se presentarán todas las pruebas con que cuenten las partes.”*

Del acta de la Audiencia Oral de prueba y Juzgamiento (fs. 316-325 vta.), así como del audio de la referida diligencia (fs. 327) se conoce que el informe pericial no constituye el único elemento de prueba en el que el Juez de Primer Nivel sustenta la configuración de los hechos probados.

Por el contrario, las presuntas pronunciamientos discriminatorios formulados por el candidato Nelson Zavala fueron recogidas por diferentes medios de comunicación como Ecuadorinmediato.com¹, Radio i99,² Radio Atalaya,³ Radio Pública del Ecuador⁴ en entrevistas en las que de viva voz el Candidato Nelson Zavala da declaraciones que aluden a la comunidad GLBTTI⁵ de diferentes maneras.

En este sentido, si bien no se contó con la presencia del perito, el fallo de primera instancia se basa en otras pruebas que analizadas en conjunto demuestra que se trata de hechos públicos y notorios que son capaces de crear convicciones en la autoridad jurisdiccional correspondiente, por lo que, la no presencia del perito no vicia de nulidad lo actuado, no solo por no haberse inobservado precepto procesal alguno, también lo es, en cuanto el fallo se sustentan el hechos públicos y notorios, cuya naturaleza hace que no sea indispensable que se aporte elementos probatorios al respecto, por ser de dominio público.

En definitiva, se desestima lo argumentado por el candidato Nelson Zavala, en lo que a este punto se refiere.

c) Sobre los límites a los derechos fundamentales y el principio de ponderación y su aplicación en el caso en concreto.

El artículo 1 de la Constitución de la República concibe al Estado ecuatoriano, a partir de sus elementos constitutivos al expresar: *“El Ecuador es un Estado **constitucional de derechos** y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y **laico...**”* (el énfasis no corresponde al texto original).

Garantizar el laicismo dentro de un sistema de derechos constituye una de las obligaciones básicas del estado, según lo contenido en el artículo 3, número 4 de la Constitución de la República. De ahí que la moralidad que corresponde defender y tutelar a Estado no es otra que aquella que es indispensable para garantizar un adecuado quehacer público y respetar el ordenamiento jurídico.

¹ Entrevista realizada el 23 de noviembre de 2012, cuyo titular es: *“Candidato Presidencial Nelson Zavala: ‘La homosexualidad es un acto de inmoralidad’* (fs. 19).

² *“...yo tengo que obedecer a dios antes que a los hombres, y si a mí me vuelven a preguntar diré toda mi vida: amo profundamente como dios ama al homosexual, al adúltero, al fornicario, al estafador, al borracho, pero nunca aceptaré este estado de homosexualidad, de delincuencia y de borrachera.”* (fs. 607).

³ *“... hablo de la verdad contra la homosexualidad que es un pecado, pero no son discriminadores ellos que hablan contra la familia heterosexual en el momento en que se favorece la inmoralidad sexual de una minoría...”* (fs. 61).

⁴ *“...los homosexuales son seres humanos; lo que he hablado es que no se les puede dar derechos que dios no los considera, eso de que un hombre se case con otro hombre, eso es una aberración...”* (fs. 61).

⁵ La comunidad GLBTTI agrupa a personas geys, lesbianas, bisexuales, travestis, transgéneros e intersexo.

El laicismo, desde la concepción que sostenemos no es, ni tiene que ser incompatible con el derecho a la libertad de religión; por el contrario, un estado laico es aquel en el que pueden convivir una multiplicidad de credos y recibir del Estado la misma protección y garantía de sus prácticas religiosas, situación impensable en un Estado Confesional en el que la razón de ser del Estado radica en la defensa de una única fe cuya posibilidad de realizarse, implica necesariamente la exclusión de todas las demás que pudieren existir y, como tal la obligación de reprimir a todo aquel que realice prácticas religiosas o formas de espiritualidad diferente a la oficial, lo cual, elimina la libertad religiosa como derecho humano.

Es por ello que el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, en su número 3 aclara que “la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”; disposición que a su vez se repite, casi textualmente en el artículo 18, número 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo tenor literal manifiesta: “*La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.*” (el énfasis no corresponde al texto original)

Desde otro punto de vista, el Estado de Derechos, desde su base conceptual, más allá del pluralismo de fuentes jurídicas que invoca, identifica a los derechos humanos y fundamentales como la máxima Fuente jurídica, entre todas las posibles, tanto por su jerarquía, como por contener la carga axiológica básica que fundamenta el desarrollo normativo en todos sus niveles y por constituir límites y vínculos para la actuación del Estado, como de personas naturales y jurídicas de derecho privado.

El artículo 32, número 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al referirse a la evidente correlación entre derechos y deberes consustanciales a todas las personas señala: “*Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*”

La norma transcrita implica que los derechos humanos y fundamentales, para poder convivir armónicamente dentro de un mismo ordenamiento jurídico no pueden tener carácter de absolutos porque esta característica implicaría que el ejercicio extremo de uno de ellos pueda afectar a otro, de tal manera que tienda a su desaparición.

Por esta razón, y bajo el entendido que todos y cada uno de los derechos humanos y fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por el derecho interno, conforme lo establece el artículo 11, número 6 de la Constitución de la República establezca que “*todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.*” (el énfasis no corresponde al texto original).

Lo hasta aquí sostenido implica que, contrariamente a los que sostiene el recurrente (*DERECHO A ELEGIR LA SEXUALIDAD TIENE UN MEDIANO O MÍNIMO VALOR, ya que este se ejecuta en la práctica solo de forma personal*) ningún derecho fundamental es más o menos importante que otro ya que solamente el pleno ejercicio de todos y cada uno de ellos permiten que una persona

desarrolle libremente su personalidad bajo los estándares de vida que están acorde a su dignidad como ser humano.

De la igualdad de jerarquía que existe entre los derechos fundamentales, se hace necesario utilizar la ponderación como método argumentativo para dirimir conflicto entre derechos, dentro de un caso en concreto, toda vez que en abstracto, como ya se dijo, ningún derecho puede sobreponerse a otro.

Desde el punto de vista del derecho a la libertad de opinión invocada por el recurrente, cabe señalar que efectivamente la Constitución de la República, en su artículo 66, número 6 reconoce a todas las personas en derecho fundamental a *“El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”*.

El Derecho Internacional, tanto en el sistema universal de protección de derechos como en sistemas regionales como el Interamericano, recoge este principio.

En cuanto al Sistema de Naciones Unidas, el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que *“todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, norma de desarrollo a la Declaración Universal, en su artículo 19, números 2 y 3, en su orden respectivo manifiestan que *“2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección... 3 El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”*

En cuanto al sistema Interamericano, el artículo 13, número 1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”*

En las normas transcritas queda claro que el derecho a la libertad de expresión y opinión, al igual que todos los demás derechos humanos no son absolutos y, como tal existen restricciones legítimas a su ejercicio.

En el caso del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la primera restricción permitida por el sistema es el respeto a los derechos de los demás; normativa que además, debe ser interpretada a la luz del artículo 2, número 1 del mismo cuerpo normativo, según el cual *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna”* (el énfasis no corresponde al texto original).

Es así que, el Estado, como mayor garante de los derechos humanos y fundamentales de los individuos que se encuentren en su territorio, tiene la obligación de adoptar las medidas legislativas, jurisdiccionales o de cualquier otra índole que fueren necesarias para su tutela efectiva, *so pena* de incurrir en responsabilidad ante la Comunidad Internacional.

En cuanto a los límites necesarios al ejercicio de la libertad de expresión, como parte fundamental del *corpus iure* de los Derechos Humanos está el principio de no discriminación, disposición que en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye una norma de *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general, que, de conformidad con lo establecido en la disposición 53 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados “...es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.” (el énfasis no corresponde al texto original).

Así, en la sentencia de fondo que resolvió el caso Yatama Vs. Nicaragua, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”

De ahí que, el derecho a la libertad de expresión del candidato Nelson Zavala y de cualquier otra persona es legítimamente ejercida, en tanto y cuanto no constituya un llamado a la discriminación de cualquier otra persona; de ahí que, la propia Convención Americana, en su artículo 13, número 2 establece que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores...”, que se desprenden del ejercicio abusivo de este derecho; responsabilidad que encuentra eco en la ley Orgánica Electoral y De Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, cuyo artículo 331, número 7 señala como una de las obligaciones de las organizaciones políticas, el “*Abstenerse, en su propaganda política o electoral, de cualquier expresión que discrimine o afecte a la dignidad de las personas o utilicen símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso en su propaganda...*”, principio armónico con la prescripción constitucional contenida en el artículo 11, número 2, cuya parte pertinente indica: “*La ley sancionará toda forma de discriminación.*”

Siguiendo esta línea de pensamiento, no se puede dejar de señalar que, mientras el artículo 11, número 2, inciso primero de la Constitución de la República prescribe expresamente que “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual...”; el candidato presidencial por el Partido Roldosista Ecuatoriano califique de aberrante, inmoral, anti natural o de pecado el ejercicio pleno del derecho de todo ser humano a vivir libremente su sexualidad, sin que por ello puedan ser blanco de ataques y violación a sus derechos.

Finalmente, este Tribunal no puede dejar de pronunciarse en cuanto a la violación de otros derechos que se derivan de las actuaciones discriminatorias del candidato Nelson Zavala, a la luz de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales, expresamente reconocidos por el artículo 11, número 6 de la Constitución de la República.

En efecto, la discriminación por razones de preferencia sexual siendo en sí mismo una violación a los derechos humanos, repercute desfavorablemente en el ejercicio de otros derechos fundamentales de titularidad de las víctimas.

La Corte interamericana de derechos Humanos, en la sentencia en la que resolvió el caso Atala Riffo y Niñas VS. Chile, en su párrafo 139, manifestó que:

“El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo¹⁵⁸. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional.” (el énfasis no corresponde al texto original).

Siguiendo el criterio de la Corte, las expresiones discriminatorias provenientes de una persona que como candidato presidencial son ampliamente difundidas por los medios de comunicación y como tal, encuentran eco entre sus seguidoras y seguidores, de ahí que, en el caso jamás consentido que la Función Electoral permitiere con su inacción que dentro de las campañas electorales se pudiere agredir a cualquier persona o colectivo, por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente; el Estado como tal, estaría incumpliendo con sus obligaciones internacionales de tutela efectiva de derechos humanos, pero muy particularmente resultaría inobservada la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la misma que reconoce que la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la **paz** y el desarrollo de la región; toda vez que, señalar a un grupo humano como anti natural, inmoral y carente de derechos según “la palabra de dios”, no solo se ofende ilegítimamente a este grupo; también se incita a que personas que profesan un determinado credo puedan atentar contra la integridad física y hasta contra la vida de personas con la única razón de no compartir las preferencias sexuales de la mayoría de ciudadanas y ciudadanos.

Pero es justamente su condición de minoría la que hace que la comunidad GLBTTI constituya un grupo vulnerable. Esta condición, lejos de producir un efecto que permita a cualquier persona denigrar a sus miembros, les convierte en sujetos dignos de mayor nivel de protección por parte del Estado, dada la desventaja *de facto* en la que viven, en atención a criterios única y específicamente cuantitativos.

El Tribunal Contencioso Electoral y el Consejo Nacional Electoral, como parte una de las Funciones del Estado no pueden tolerar y mucho menos consentir que ninguna persona y peor aún, un ciudadano que aspira gobernar el país sea capaz de desconocer derechos expresamente reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Interno, en base a sus muy particulares prejuicios religiosos; en tal virtud, vale la pena reconocer que el

Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de sus competencias de control establecidas en el artículo 219, número 3 de la Constitución de la República adoptó medidas administrativas e instó al candidato Zavala y a los demás sujetos políticos a que se abstengan de emitir opiniones que induzcan a la violencia, la discriminación, el sexismo, la intolerancia, mediante resolución No. PLE-CNE-1-30-1-2013, de 30 de enero de 2013, por lo que, aún cuando fue advertido por la administración electoral, en candidato Presidencial por el Partido Roldosista Ecuatoriano hizo caso omiso a tal disposición; por el contrario, indicó que el Consejo Nacional Electoral promueve prácticas sexualmente inmorales; reincidiendo en tal conducta más de una vez, conforme quedó debidamente probado durante este proceso.

Así, se deja expresa constancia que el Consejo Nacional Electoral al haber adoptado medidas para evitar que siga perpetrándose este actos de discriminación en contra de la comunidad GLBTTI; así como el señor Juez de Primera instancia actuaron con absoluta sujeción a lo preceptuado en el artículo 9 de la carta Democrática Interamericana que consagra como uno de los imperativos ineludibles para sus estado parte, propender a *“La **eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.**”* (el énfasis no corresponde al texto original).

En definitiva, esta autoridad jurisdiccional concluye que las declaraciones realizadas por Nelson Zavala, candidato a la Presidencia por el Partido Roldosista Ecuatoriano constituyen claros actos de discriminación en contra de la comunidad GLBTTI, ejecutado por medio del ejercicio abusivo de su derecho a la libertad de credo y a la libertad de expresión.

c) Sobre el presunto cometimiento de una infracción electoral por la declaraciones expresadas por el candidato a la Presidencia de la República por el partido Roldosista Ecuatoriano.

El artículo 11, número 2, inciso segundo de la Constitución de la República, en su parte pertinente, sostiene: *“La ley sancionará toda forma de discriminación”*.

El artículo 308 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia establece que:

“Los partidos y movimientos políticos son organizaciones públicas no estatales, que constituyen expresiones de la pluralidad política del pueblo y sustentarán concepciones filosóficas, políticas, ideológicas, incluyentes y no discriminatorias.”

Concordantemente, el artículo 331, número 7 del Código de la democracia, identifica entre las obligaciones propias de las organizaciones políticas, la de *“abstenerse, en su propaganda política o electoral, de cualquier expresión que discrimine o afecte a la dignidad de las personas o utilicen símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso en su propaganda”*

Por su parte, el artículo 275, número 2 *ibidem*, tipifica como infracción propia de los sujetos políticos, de las personas naturales y jurídicas *“La inobservancia de las resoluciones y sentencias del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral”*.

Conforme se lo expuso en el párrafo anterior, el Consejo Nacional Electoral en cumplimiento de sus obligaciones oficiales, notificó a los sujetos políticos la Resolución No. PLE.CNE-1-30-1-2013, de fecha 30 de enero de 2013, en cuyo artículo 3 expresamente señala: *“en observancia del artículo 275, número 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, conminar al señor Nelson Zavala, Candidato a la Presidencia de la República, auspiciado por el partido Roldosista Ecuatoriano que, en caso de reincidencia en la emisión de opiniones que induzcan a la violencia, la discriminación, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos, el Consejo Nacional Electoral remitirá el expediente respectivo para el juzgamiento y, de ser el caso, proceda la sanción que corresponda por parte del Tribunal Contencioso Electoral.”*

Sin perjuicio de la advertencia formulada por la autoridad administrativa de la Función Electoral, el candidato Nelson Zavala, durante los días 2 y 3 de febrero del mismo año, insistió en declaraciones como *“... la homosexualidad como pecado, es una desgracia para el hombre...”* (Radio CRE, publicado por ecuadorinmediato.com el 2 y 3 de febrero) (fs. 27); de ahí que, el candidato en referencia adecuó su conducta a la tipificación prevista en el transcrito artículo el artículo 275, número 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, conforme así lo declaró el señor Juez de Primera Instancia y es ratificada por el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral.

Por las razones expuestas, el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

- 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por Nelson Martín Zavala Avellán, en contra de la sentencia de primera instancia dictada por el doctor Patricio Baca Mancheno, con fecha 11 de marzo de 2013.
- 2) Confirmar, en todas sus partes, la sentencia subida en grado.
- 3) Ratificar la sanción impuesta por el Juez *a quo* así como su decisión de remitir el expediente a la Fiscalía General del Estado, por haberse establecido presunciones de responsabilidad penal.
- 4) Notificar, con el contenido de la presente sentencia a las partes procesales en las casillas contencioso-electorales asignadas y direcciones electrónicas que hubieres señalado para el efecto.
- 5) Notificar, con el contenido de la presente sentencia al Consejo Nacional Electoral, en la persona de su señor Presidente.
- 6) Publicar una copia de la presente sentencia en la cartelera virtual y página web del Tribunal Contencioso Electoral.
- 7) Actúe el señor Secretario General del Tribunal Contencioso electoral.

Cúmplase y notifíquese.- f) Dra. Catalina Castro Llerena, **JUEZA PRESIDENTA**; Dra. Patricia Zambrano Villacrés, **JUEZ**; Dr. Guillermo González Orquera, **JUEZ (VOTO CONCURRENTE)**; Dr. Miguel Angel Pérez, **JUEZ**; Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera, **JUEZ**.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.- Quito, D.M., 18 de marzo de 2013.- Las 17H06

En relación a la presente causa, si bien concuerdo en esencia con el criterio básico de la mayoría, considero que existen ciertos puntos que pueden mejorarse, consecuentemente en conformidad con lo dispuesto en el Art. 38 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales, se emite el presente VOTO CONCURRENTE contenido en el texto de sentencia propuesto a continuación:

VISTOS:

Agréguese al expediente la disposición, según la cual, el señor Secretario General procedió a convocar al Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera, Juez Suplente del Tribunal Contencioso Electoral para que integre el Pleno del organismo, toda vez que el Dr. Patricio Baca Mancheno, Juez Principal, se encuentra impedido de hacerlo por haber actuado en calidad de Juez de Primera Instancia, dentro de la presente causa.

1. ANTECEDENTES

1. Con fecha de 15 de marzo de 2013, a las 17h34. (fs. 345-357), el Dr. Patricio Baca Mancheno emitió Sentencia en la causa 148-165-2013 (acumulada), mediante la cual aceptó la denuncia presentada por la ciudadana Pamela Troya Bàez; y, por el Consejo nacional Electoral en contra del señor Nelson Martín Zavala Avellan, en su calidad de candidato a la Presidencia de la República del Ecuador, por haber adecuado su conducta a lo estipulado en el artículo 275 numeral 2 de la Ley Orgànica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Còdigo de la Democracia, sancionàndole en consecuencia CON LA SUSPENSIÒN DE SUS DERECHOS POLÌTICOS POR UN AÑO y al pago de una MULTA equivalente A DIEZ SALARIOS BÀSICOS UNIFICADOS.
2. Mediante Oficio No. 109-SMM-VP-TCE-2013, de fecha 15 de marzo de 2013, dirigido al Ab. Fabián Haro Aspiazu, Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral, suscrito por la Dra. Sandra Melo Marín, Secretaria Relatora, se remitió el expediente signado con el número 148-2013-TCE (ACUMULADA 165-2013-TCE) mediante el cual, se hace conocer que el señor Nelson Martín Zavala Avellan, Representante Legal de la Unidad Plurinacional de las Izquierdas, Listas 15-18, interpuso el Recurso Contencioso Electoral de Apelación, para ante el Tribunal Contencioso Electoral, de la Sentencia materia de la presente.
3. Resolución PLE-CNE-1-15-1-2013 de 15 de enero de 2013 del Pleno del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se resuelve: Artículo 2 inciso segundo *“Recordar que, conforme nuestro ordenamiento jurídico está prohibida la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos; así como, la utilización de niñas, niños y adolescentes en programas, espectáculos o actos de proselitismo, y la Disposición General Cuarta del Reglamento General a la Ley Orgànica de Educación Intercultural.”*(fs. 10-11)

4. Resolución PLE-CNE-1-30-1-2013 de 30 de enero de 2013 del Pleno del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se resuelve: *“Artículo 1.- Las candidatas y candidatos de elección popular en su actividad electoral deben respetar las disposiciones contenidas en los artículos 11 numeral 2 y 19 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 331 numerales 1 y 7 de esta Ley Orgánica Electoral y Organizaciones Políticas, Código de la Democracia; y, artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia, por lo que se dispone a las candidatas y candidatos de elección popular participantes en el proceso electoral 2013 y dirigentes de las organizaciones políticas y alianzas electorales, abstenerse de emisión pública de cualquier expresión que discrimine o afecte la dignidad de las personas, o utilicen símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso; y, a usar niñas, niños y adolescentes en programas, espectáculos o actividad cuya finalidad sea el proselitismo político. Artículo 2.- Las personas que consideren han sido afectadas por la inobservancia de las normas constitucionales y legales convocadas o la disposición contenida en esta resolución, podrán ejercer las acciones legales pertinentes de las que se crean amparados, a través de la jurisdicción ordinaria o electoral según corresponda, para la tutela y garantía de sus derechos. Artículo 3.- En observancia del artículo 275 numeral 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, conminar al señor Nelson Zavala, candidato a la Presidencia de la República, auspiciado por el Partido Roldosista Ecuatoriano que, en caso de reincidencia en la emisión de opiniones que induzcan a la violencia, la discriminación, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y todo aquella que atente contra los derechos, el Consejo Nacional Electoral remitirá el expediente respectivo para el juzgamiento y, de ser el caso, proceda la sanción que corresponda por parte del Tribunal Contencioso Electoral.”* (fs. 12-13)
5. Oficio No. 002-2013-CIDY del 07 de febrero de 2013, suscrito por Pamela Troya, del Colectivo IGUALDAD DE DERECHOS ¡YA!, Rashell Erazo, Asociación ALFIL, Karen Barba, CAUSANA y Sandra Álvarez, OEML, mediante el cual denuncian el incumplimiento por parte del candidato Nelson Zavala a la Resolución PLE-CNE-1-30-1-2013 de 30 de enero de 2013.(fs. 36-45)
6. Resolución PLE-CNE-2-9-2-2013 de 09 de febrero de 2013 del Pleno del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se resuelve: Artículo 2.- Disponer al señor Secretario General (E.), remita el expediente aperturado por la Dirección Nacional de Fiscalización y Control del Gasto Electoral, en contra del señor Nelson Zavala, candidato a la Presidencia de la República, auspiciado por el Partido Roldosista Ecuatoriano, debidamente foliado, al Tribunal Contencioso Electoral, por cuanto se presume la violación del artículo 275 numeral 2 de la Ley Orgánica Electoral y Organizaciones Políticas, Código de la Democracia.(fs.46-47vta)
7. Escrito presentado por la señora Pamela Karina Troya Báez, mediante el cual denuncia el incumplimiento por parte del candidato Nelson Zavala a la Resolución PLE-CNE-1-30-1-2013 de 30 de enero de 2013; y enuncia como pruebas las expresiones del presunto en: entrevistas en Radio i99, Guayaquil, Radio Atalaya, Guayaquil y Radio Pública del Ecuador, Quito y Guayaquil, archivos 04 de febrero de 2013. (fs. 59-66 y 79)
8. El 20 de febrero de 2013; a las 10h20 el Dr. Patricio Baca Mancheno dispone la citación del ciudadano Nelson Martín Zavala Avellán y señala el día 04 de marzo de 2013, a las 11h30 para la realización de la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento.(fs. 81 vta)

9. Mediante Oficio No. 075-2013-J.PZ-mfp-TCE de 23 de febrero de 2013 suscrito por la Dra. María Fernanda Paredez Loza, se pone en conocimiento la Providencia de 23 de febrero de 2013; a las 08h10 de la Dra. Patricia Zambrano Villacrés, en la que dispone la acumulación de la causa No. 165-2013-TCE a la causa No. 148-2013-TCE. (fs. 84)
10. Acta de Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, realizada el 04 de marzo de 2013, a las 11h30. (fs. 316-325)

Con los antecedentes descritos y por corresponder al estado de la causa, se procede a analizar y resolver:

2. ANÁLISIS SOBRE LA FORMA

2.1.- COMPETENCIA

El artículo 221, número 1 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 70, número 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia (en adelante, Código de la Democracia) establece que, *“El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes:... 1. Conocer y resolver los **recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados**, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas.”* (El énfasis no corresponde al texto original).

De la revisión del expediente, se colige que el recurso ordinario de apelación planteado, fue propuesto en contra de la sentencia de primera instancia, dictada en la presente causa por el Dr. Patricio Baca Mancheno.

Este Tribunal es competente para conocer y resolver la presente causa de conformidad con lo establecido en el artículo 278 del Código de la Democracia, que se refiere a que el juzgamiento de las infracciones electorales tendrá dos instancias; y, con el artículo 268 *ibídem*, que prevé al presente como uno de los recursos cuyo conocimiento y resolución corresponde al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral.

2.2.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 244, inciso segundo del Código de la Democracia, pueden proponer acciones y recursos contencioso electorales, *“...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.”*

El señor Nelson Martín Zavala Avellán actuó como parte procesal en la primera instancia y en esa misma calidad ha interpuesto el presente recurso, motivo de análisis, por lo que su intervención es legítima.

2.3.- OPORTUNIDAD DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

La sentencia recurrida fue notificada en legal y debida forma al recurrente el 11 de marzo de 2013, conforme consta a fojas trescientos cuarenta y cuatro (fs. 344) del expediente.

El recurso contencioso electoral en cuestión fue interpuesto ante el Tribunal Contencioso Electoral el 14 de marzo de 2013, conforme consta en la razón de recepción a fojas trescientos cincuenta y siete (fs 357) del expediente; en consecuencia, fue interpuesto 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 del fondo.

3. ANÁLISIS SOBRE EL FONDO

3.1. El escrito que contiene el presente recurso ordinario de apelación se sustenta en los siguientes argumentos:

- a) Que no se ha valorado debidamente varias pruebas aportadas por el recurrente durante la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento;
- b) Que la señora Pamela Karina Troya Baez, no podía comparecer a nombre del “Colectivo Igualdad de Derechos Ya” porque es una organización de hecho, lo cual fue materia de impugnación oportunamente lo que nulificaría el proceso.
- c) Que se han violentado los derechos constitucionales del Pastor Nelson Zavala en especial el derecho a la Libertad de Expresión.
- d) Que es necesario realizar una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a elegir la orientación sexual que consagra la Constitución.
- e) Que al haber valorado el informe pericial sin que el perito haya comparecido para sustentar el contenido de su informe se ha violado el debido proceso.

Ante lo afirmado por el recurrente, al Tribunal Contencioso Electoral le corresponde pronunciarse:

- a) Sobre la adecuada valoración de la prueba aportada por el recurrente en la primera instancia
- b) Sobre la alegada falta de legitimación activa de Karina Pamela Troya Báez.
- c) Sobre si cabe realizar una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión a la luz del presente caso.
- d) Sobre si la Sentencia fue emitida por el Juez de instancia en base a los méritos procesales.

3.2. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

a) Sobre la adecuada valoración de la prueba aportada por el recurrente en la primera instancia

De la revisión del expediente se observa que el Juez de primera instancia procedió a valorar las pruebas presentadas por las partes conforme al Art. 35 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del Tribunal Contencioso Electoral, que dispone: *“La prueba deberá ser apreciada en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y deberá observar los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, celeridad, pertinencia, oportunidad, publicidad y otros aplicables al derecho electoral”*.

La valoración de la prueba en conjunto es para salvaguardar los derechos de las partes, pues sería antijurídico que se apreciara parcialmente las pruebas aportadas. El proceso es un todo y de esa manera debe ser analizado y juzgado, como en efecto lo realizó el Juez a quo.

Además, el recurrente centra su defensa en argumentar que sus expresiones calificando como "...ANTINATURAL Y DESORIENTACIÓN SEXUAL, a la homosexualidad, lesbianismo y transgéneros, expresiones que se fundan en creencias religiosas, propias de la libertad de expresión...". Argumento que lo repite en su escrito que contiene el recurso de apelación, con lo cual queda en evidencia, por reconocimiento propio que realizó tales expresiones, aunque como dice, las haya realizado en el marco de la libertad de expresión.

Sin embargo, el presente juzgamiento es por el supuesto incumplimiento de la Resolución PLE-CNE-1-30-1-2013, emitida por el Consejo Nacional Electoral, en la que conminó al Pastor Nelson Zavala, en su calidad de candidato presidencial por el Partido Roldosista Ecuatoriano, que, en caso de reincidencia en la emisión de opiniones que induzcan a la violencia, la discriminación, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y todo aquella que atente contra los derechos, el Consejo Nacional Electoral remitirá el expediente respectivo para el juzgamiento y, de ser el caso, proceda la sanción que corresponda por parte del Tribunal Contencioso Electoral."; y, lo que se verifica es que pese a esta orden del organismo electoral, el apelante, en su condición de candidato, hizo caso omiso a la misma.

Por tanto, queda claro que no se juzga si las expresiones realizadas por el Pastor Nelson Zavala, en su calidad de candidato Presidencial, atentan a la honra y dignidad de las personas o colectivos GLBT, sino su incumplimiento a la Resolución del organismo electoral.

Adicionalmente y por otra parte, el artículo 76, número 4 de la Constitución de la República consagra el principio según el cual "*las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*"

El artículo 253 de la ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia manifiesta que "*en la Audiencia de Prueba y Juzgamiento se presentarán todas las pruebas con que cuenten las partes.*"

Del acta de la Audiencia Oral de prueba y Juzgamiento (fs. 316-325 vta.), así como del audio de la referida diligencia (fs. 327) se conoce que el informe pericial no constituye el único elemento de prueba en el que el Juez de Primer Nivel sustenta la configuración de los hechos probados.

Por el contrario, los presuntos pronunciamientos discriminatorios formulados por el candidato Nelson Zavala fueron recogidos por diferentes medios de comunicación como Ecuadorinmediato.com, Radio i99, Radio Atalaya, Radio Pública del Ecuador, en entrevistas en las que de viva voz el Candidato Nelson Zavala da declaraciones que aluden a la comunidad GLBTI de diferentes maneras.

En este sentido, si bien no se contó con la presencia del perito, el fallo de primera instancia se basa en otras pruebas que son capaces de crear convicciones en la autoridad jurisdiccional correspondiente, por lo que, la no presencia del perito no vicia de nulidad

lo actuado, no solo por no haberse ningún precepto procesal indispensable, también lo es, en cuanto el fallo se sustenta en todas las pruebas en su conjunto, cuya naturaleza hace que no sea indispensable que se aporten elementos probatorios adicionales ya que las pruebas constantes en el proceso son suficientes.

b) Sobre la alegada falta de legitimación activa de Karina Pamela Troya Báez.

El artículo 280 de la ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia “...concede acción ciudadana a los electores y electoras para denunciar el cometimiento de las infracciones a las que se refieren los artículos de esta ley.”

En materia de infracciones electorales, la norma transcrita exige únicamente que la persona que denuncia tenga la calidad de electora o elector.

De ahí que, aun cuando Karina Troya Báez no hubiere justificado ser representante legal del Colectivo Igualdad de Derechos Ya, esto no restringe su “derecho a dirigir quejas y motivadas...” reconocido en el artículo 66, número 23 de la Constitución de la República, tanto más que la normativa de desarrollo solo exige la calidad de electora o electoral, la misma que la accionante cumple.

Por estas razones, se declara que Karina Troya Báez contó con la legitimación activa suficiente para presentar la denuncia, materia de análisis y como tal, se desestima lo afirmado por el recurrente en lo que a este punto se refiere.

c) Sobre si cabe realizar una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión a la luz del presente caso.

A criterio del recurrente, el Tribunal debería realizar una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a elegir la orientación sexual, lo cual no es aplicable al presente caso porque no se está juzgando una presunta colisión entre estos dos derechos, sino que se juzga, como se mencionó anteriormente, el incumplimiento de la Resolución PLE-CNE-1-30-1-2013, de 30 de enero de 2013 emitida por el Pleno del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se resuelve:

“Artículo 1.- Las candidatas y candidatos de elección popular en su actividad electoral deben respetar las disposiciones contenidas en los artículos 11 numeral 2 y 19 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 331 numerales 1 y 7 de esta Ley Orgánica Electoral y Organizaciones Políticas, Código de la Democracia; y, artículo 52 del Código de la Niñez y Adolescencia, por lo que se dispone a las candidatas y candidatos de elección popular participantes en el proceso electoral 2013 y dirigentes de las organizaciones políticas y alianzas electorales, abstenerse de emisión pública de cualquier expresión que discrimine o afecte la dignidad de las personas, o utilicen símbolos, expresiones o alusiones de carácter religioso; y, a usar niñas, niños y adolescentes en programas, espectáculos o actividad cuya finalidad sea el proselitismo político”.

“Artículo 2.- Las personas que consideren han sido afectadas por la inobservancia de las normas constitucionales y legales convocadas o la disposición contenida en esta resolución,

podrán ejercer las acciones legales pertinentes de las que se crean amparados, a través de la jurisdicción ordinaria o electoral según corresponda, para la tutela y garantía de sus derechos.

“Artículo 3.- En observancia del artículo 275 numeral 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, conminar al señor Nelson Zavala, candidato a la Presidencia de la República, auspiciado por el Partido Roldosista Ecuatoriano que, en caso de reincidencia en la emisión de opiniones que induzcan a la violencia, la discriminación, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y todo aquella que atente contra los derechos, el Consejo Nacional Electoral remitirá el expediente respectivo para el juzgamiento y, de ser el caso, proceda la sanción que corresponda por parte del Tribunal Contencioso Electoral.” (fs. 12-13)

d) Sobre si la Sentencia fue emitida por el Juez de instancia en base a los méritos procesales.

El artículo 275, numeral 2 del Código de la Democracia, tipifica como infracción propia de los sujetos políticos, de las personas naturales y jurídicas *“La inobservancia de las resoluciones y sentencias del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral”*.

Conforme se lo expuso en el párrafo anterior, el Consejo Nacional Electoral en cumplimiento de sus obligaciones oficiales, notificó a los sujetos políticos la Resolución No. PLE.CNE-1-30-1-2013, de fecha 30 de enero de 2013, en cuyo artículo 3 expresamente señala: *“...En observancia del artículo 275, número 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, conminar al señor Nelson Zavala, Candidato a la Presidencia de la República, auspiciado por el partido Roldosista Ecuatoriano que, en caso de reincidencia en la emisión de opiniones que induzcan a la violencia, la discriminación, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos, el Consejo Nacional Electoral remitirá el expediente respectivo para el juzgamiento y, de ser el caso, proceda la sanción que corresponda por parte del Tribunal Contencioso Electoral. ”*

Sin perjuicio de la advertencia formulada por la autoridad administrativa de la Función Electoral, el candidato Nelson Zavala, durante los días 2 y 3 de febrero del mismo año, insistió en realizar declaraciones violando lo señalado en el artículo 3 de la Resolución No. PLE.CNE-1-30-1-201 emitida por el Pleno del Consejo nacional Electoral; de ahí que, adecuó su conducta a la tipificación prevista en el artículo 275, numeral 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, conforme así lo declaró el señor Juez de Primera Instancia.

Consecuentemente, no siendo necesario realizar otras consideraciones en derecho, el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve:

1. Negar el recurso ordinario de apelación interpuesto por el Pastor Nelson Martín Zavala Avellán en contra de la sentencia dictada por el Juez de primera instancia Doctor Patricio Baca Mancheno, de fecha 11 de marzo de 2013.
2. Ratificar en todas sus partes la sentencia venida en grado.
3. Notificar, con el contenido de la presente sentencia al recurrente en la casilla electoral No. 36 del Tribunal Contencioso Electoral y en la dirección electrónica luigilex1966@yahoo.com.
4. Notificar, con el contenido de la presente sentencia a la señora Pamela Karina Troya Báez en la casilla electoral No. 38 del Tribunal Contencioso Electoral y en las direcciones electrónicas igualdad.derechos.ya@gmail.com y yolanda.herrera17@foroabogados.ec.
5. Notificar al Consejo Nacional Electoral según lo establecido en el Art. 247 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.
6. Actúe el señor Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral.

Notifíquese y cúmplase.- f) Dr. Guillermo González Orquera, **JUEZ.**
Certifico, Quito, D.M., 18 de marzo de 2013.