

CAUSA ACUMULADA No. 0794-2011-TCE

1	TRIBUNAL	Tribunal Contencioso Electoral
2	PAÍS	Ecuador
3	TEMÁTICA ELECTORAL	Proceso Electoral
4	NÚMERO DE SENTENCIA	794-2011-TCE
5	FECHA	26 de septiembre de 2012
6	DESCRIPCIÓN	<p>1. Acto impugnado Sentencia que declaró que el editorial materia de la denuncia no es un espacio contratado por alguna organización política, por lo tanto obedece a la opinión propia del medio de comunicación, es decir no constituye propaganda electoral.</p> <p>2. Fundamentos de la parte actora Accionante: Solicita la revocatoria íntegra de la sentencia, se sancione a los denunciados y de disponga iniciar acciones legales contra el gerente de la accionada. Accionada: Solicita la confirmación de la sentencia, se levante el llamado de atención a sus abogados patrocinadores y se declare la denuncia temeraria y maliciosa.</p> <p>3. Consideraciones jurídicas No se detectó vulneración de una solemnidad sustancial por parte de la Juez a quo, porque la audiencia oral de prueba y juzgamiento fue convocada una sola vez aunque fue suspendida en virtud de lo dilatado de su evacuación, por lo tanto se desestima la existencia de un vicio de nulidad que pueda afectar la validez procesal. Toda propuesta que dentro del periodo electoral tenga como objetivo inducir al voto popular debe ser entendida como propaganda electoral, y por lo tanto está sometida al régimen jurídico vigente. La existencia o no de un documento que deje constancia de la transacción es irrelevante, por ser una mera constancia más no una condición sine qua non para que la publicación sea o no calificada como propaganda electoral. La imposición de la sanción es proporcional al daño efectivamente causado, tomando en cuenta el tiraje de distribución nacional y la posición del medio de comunicación en el mercado. En la fecha que circuló el editorial se encontraba prohibida la difusión de propaganda electoral por lo que comprobó la violación al silencio electoral por parte de la accionada. Las personas naturales que autorizaron la publicación del editorial, no se las vinculó por no ser parte procesal, no obstante pueden ser sujetos pasivos de la infracción El abogado de los accionantes, durante el proceso, observó una conducta apegada a los principios de buena fe, por lo que se</p>

	<p>descarta calificar la denuncia como maliciosos y temeraria. Finalmente, para sancionar a un abogado, éste debe cometer alguna infracción. El Tribunal Contencioso Electoral concluye que la actuación de los abogados de las partes procesales no fue antijurídica por lo que revoca el llamado de atención de la Jueza a quo efectuó en la sentencia de primera instancia.</p> <p>4. Parte resolutive</p> <p>1) Conceder el recurso de apelación interpuesto por los accionantes; 2) Aceptar parcialmente el recurso; 3) Declarar que la accionada es responsable de la infracción; 4) imponer a la accionada una multa de quince mil dólares; 5) Revocar el llamado de atención impuesto por la Jueza a quo a los abogados de las partes procesales; 5) Notificar a las partes procesales y al CNE.</p>
--	---

CAUSA ACUMULADA No. 0794-2011-TCE

Quito, 26 de septiembre de 2012, las 19h00.

VISTOS: Agréguese al expediente la Resolución No. 036-14-09-2012, adoptada por el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, con fecha 14 de septiembre de 2012; en virtud de la cual, se aceptó el pedido de excusa presentado por el doctor Lenin Patricio Baca Mancheno, Juez Principal del Tribunal Contencioso Electoral, por encontrarse inmerso en la causal de excusa prevista en el artículo 128, numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; razón por la cual y, por así corresponder al orden de designación, se procedió a convocar a la abogada Angelina Veloz Bonilla, jueza suplente, para que integre el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral y de esta manera contar con el quórum indispensable para adoptar decisiones de naturaleza jurisdiccional.

1.-ANTECEDENTES AL CONOCIMIENTO DE ESTE RECURSO.

De las razones de notificación que obran a fojas 1597 y 1597 vuelta, del expediente, se desprende que la sentencia recurrida fue debidamente notificada, en el portal institucional en Internet, en los correos electrónicos señalados por las partes, en las casillas contencioso electorales asignadas y en la cartelera ubicada en las instalaciones del Tribunal Contencioso Electoral, el día lunes 12 de diciembre de 2011. Con fecha jueves, 15 de diciembre de 2011, Raúl Ocaña, en su calidad de Procurador Común de las causas acumuladas a la No. 794-2011, presentó su pedido de aclaración y ampliación de la sentencia dictada por la autoridad *a qua* (fs. 1598). El 14 de junio de 2012, conforme consta del acta de posesión ante la Asamblea Nacional fuimos designadas y designados Juezas y Jueces del Tribunal Contencioso Electoral, por haber resultado ganadoras y ganadores del concurso público de méritos, oposición e impugnación ciudadana, desarrollado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, por mandato del artículo 208, numeral 12 de la Constitución de la República. Mediante escrito firmado por el doctor Rafael Oyarte Martínez, abogado defensor de Rodrigo Bustamante Granda y Xavier Alvarado Roca, en sus respectivas calidades de Gerente General y Presidente; y como tal, representantes legales de Editores

Nacionales S.A. (ENSA) (en adelante, Revista Vistazo), recibido en la Secretaría de la Presidencia del Tribunal Contencioso Electoral, el 15 de diciembre de 2011; llegó a conocimiento del Pleno del Tribunal Contencioso Electoral el recurso vertical de apelación (fs. 1599) propuesto en contra de la sentencia dictada por la doctora Ximena Endara Osejo, el 12 de diciembre de 2011. Por otra parte, llegó a conocimiento de esta autoridad, el recurso vertical de apelación interpuesto por Víctor Ocaña, el 19 de diciembre 2011, en su calidad de actor en el presente proceso. A fojas 1611 del expediente, consta un auto en virtud del cual fueron admitidos a trámite los recursos interpuestos. Mediante providencia dictada de fecha 16 de diciembre de 2011, debidamente notificada a las partes el mismo día, mes y año, según se desprende de las razones sentadas por la señora Secretaria Relatora (fs. 1601 vta.) la jueza *a quo* atendió negativamente el aludido recurso horizontal (fs. 1601). Mediante escrito presentado, el 15 de diciembre de 2011, Rodrigo Bustamante Granda y Xavier Alvarado Roca, en sus respectivas calidad de Gerente General y Presidente y; como tal, representantes legales de la parte accionada, interpusieron un recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en la presenta causa por la Jueza Ximena Endara Osejo, de 12 de diciembre de 2011 (fs.1599). Con fecha lunes, 19 de diciembre de 2011; es decir, antes de fenecer el plazo de tres días, establecido por el artículo 278, inciso segundo del Código de la Democracia, la parte actora interpuso un recurso de apelación, en contra de la sentencia de 12 de diciembre de 2011 (fs. 16041610). Por su parte, el propio 19 de diciembre de 2011, la parte accionada interpuso un recurso de apelación, en contra de la sentencia de 12 de diciembre de 2011 , pieza procesal que aparece a fojas 1603 y 1603 vta.

2.-ANÁLISIS SOBRE LA FORMA

2.1.-COMPETENCIA.

El artículo 221, numeral 2 de la Constitución de la República determina que, el Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, la de *"Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales."*

El artículo 72, inciso tercero y cuarto del Código de la Democracia establece que, *"...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.*

En caso de dos instancias, la primera será tramitada por una jueza o un juez por sorteo para cada proceso, la segunda v definitiva que corresponde al Pleno del Tribunal." (el énfasis no corresponde al texto original).

El artículo 281 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia (en adelante, Código de la Democracia) dispone que, las *"infracciones electorales a que se refiere esta ley serán juzgadas y sancionadas en última instancia por el Tribunal Contencioso Electoral, conforme al procedimiento señalado en esta Ley, sin perjuicio de la competencia de la Fiscalía General del Estado para investigar y de los jueces penales para juzgar"* (El énfasis no corresponde al texto original).

El presente recurso, tiene como materia de fondo la revisión de la sentencia dictada por la jueza de Primera instancia, respecto de la acción planteada ante el presunto cometimiento de una de las infracciones electorales tipificadas en el artículo 277 del Código de la Democracia.

En consecuencia, el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral es la autoridad competente para conocer y resolver los recursos interpuestos, conforme así se lo declara.

2.2.-LEGITIMACIÓN ACTIVA

En virtud de lo dispuesto por el artículo 280 del Código de la Democracia, "*se 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.*" (el énfasis no corresponde al texto original).

De lo indicado, se concluye que la parte actora no estaba en la obligación jurídica de demostrar su calidad de sujeto político o la vulneración de algún derecho subjetivo que fuere de su titularidad; razón por la cual, bastó y basta su calidad de ciudadano y parte procesal para contar con la legitimación activa suficiente para interponer la acción y el recurso, motivo de análisis.

De la revisión del expediente, se desprende que el doctor Rafael Oyarte Martínez actuó en calidad de abogado patrocinador de la parte accionada; en tal virtud, el recurrente cuenta con la legitimación activa suficiente para interponer el presente recurso, conforme así se lo declara. Asimismo, se desprende que Víctor Raúl Ocaña García actuó, en primera instancia, como procurador común de la parte actora; en consecuencia, cuenta con la legitimación activa suficiente para interponer el presente recurso vertical, conforme así se lo declara.

2.3.-OPORTUNIDAD EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO, MATERIA DE ANÁLISIS

Según consta en el acápite primero de esta sentencia (antecedentes); el 16 de diciembre de 2011, la jueza *a qua* dictó una resolución por la cual, se declaró atendido el pedido de aclaración y ampliación, solicitado por la parte actora; parte procesal que, con fecha, lunes 19 de diciembre de 2011 interpuso su recurso vertical de apelación para ante el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, momento en el que, su contraparte ya lo había hecho. En consecuencia, toda vez que la sentencia dictada por la jueza *a qua* no llegó a ejecutoriarse y puesto que, los recursos verticales, en cuestión, fueron interpuestos dentro del término de tres días, contados a partir de la fecha de notificación, se declara que los respectivos recursos verticales han sido interpuestos de manera oportuna.

3.-ANÁLISIS SOBRE EL FONDO

J. J.-Argumentos que sustentan al fallo recurrido:

3.1.1.-Que, los hechos denunciados no permitieron establecer que Revista Vistazo hubiere infringido lo dispuesto en el artículo 244 del Código de la Democracia, toda vez que, con esta norma se activa la instancia jurisdiccional ante el Tribunal Contencioso Electoral y nada de lo dicho en el editorial contravendría dicha disposición (Sentencia de primera instancia, apartado No. 7.3, párrafo 13, fs. 1595, vta.). 3.1.2.-Que, el mencionado editorial no contraviene lo establecido en el artículo 202 del Código de la Democracia, cuyo tenor literal expone:

"El Consejo Nacional Electoral en la convocatoria para elecciones directas determinará la fecha de inicio y de culminación de la campaña electoral, que no podrá exceder de cuarenta y cinco días. "

Durante este período, 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 "

La jueza *a quo* llegó a tal conclusión, considerando que el editorial, tantas veces citado, no constituye propaganda electoral, sino una opinión y; puesto que, las opiniones formuladas por los medios de comunicación, no están prohibidas por el Código de la Democracia, la actuación de Revista Vistazo no puede encuadrarse en la conducta típica establecida en el artículo 202, previamente citado. (Sentencia de primera instancia, apartado 7.3, párrafo 16).

3.1.3.-Que, Revista Vistazo tampoco vulneró el artículo 205 del Código de la Democracia que "... *prohíbe cualquier tipo de publicidad con fines electorales con excepción de las dispuestas por el Consejo Nacional Electoral*" a partir de la convocatoria a elecciones; toda vez que Revista Vistazo no contrató el espacio en el que aparece el cuestionado editorial. (Sentencia de primera instancia, apartado 7.3, párrafo 15, fs. 1595 vta., y 1596).

3.1.4.-Que, Revista Vistazo tampoco vulneró el artículo 277, numeral 2 del Código de la Democracia que tipifica, entre las infracciones electorales que pueden cometer los medios de comunicación, la de difundir propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral; en virtud de que, no se trata de propaganda ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral, sino que obedece a la opinión propia del medio de comunicación que hace uso de sus espacios tradicionales para hacer conocer opiniones oficiales. (Sentencia de primera instancia, apartado 7.3, párrafo 15, fs. 1595 vta., y 1596).

3.1.5.-Que, el acto, sobre el cual versa la denuncia, no se encuentra tipificado como infracción electoral. (Sentencia de primera instancia, apartado 7.3, párrafo final, fs. 1595 vta., y 1596).

3. 2.-El escrito que contiene el recurso de apelación planteado por la parte actora (fs. 1604 a 1610) se sustenta en los siguientes argumentos:

3.2.1.-Que, la Revista Vistazo realizó un burdo llamado a votar por la opción "NO" en la consulta popular. 3.2.2.-Que, la jueza *a quo* vulneró el procedimiento establecido en el Código de la Democracia para el juzgamiento de infracciones presuntamente cometidas por medios de comunicación toda vez que habría convocado a tres audiencias, cuando la norma procesal establece que la audiencia sea única. 3.2.3.-Que, la jueza *a quo* habría negado sistemáticamente la práctica de las diligencias probatorias solicitadas por la parte denunciante. 3.2.4.-Que, la jueza *a quo* exculpó a varias personas naturales que fueron denunciadas pese a que, en la propia sentencia, se establece que las personas jurídicas son incapaces relativas y, como tal, requieren realizar su actividad por medio de personas físicas. La parte recurrente considera que la jueza, al excluir a varias personas naturales, quienes habrían escrito el editorial, en cuestión, se las habría exculpado anticipadamente, sin permitir a la parte actora que argumente y demuestre procesalmente su responsabilidad. 3.2.5.-Que, la jueza *a qua* exculpó a Revista Vistazo bajo el argumento que la revista fue diseñada, diagramada, impresa y distribuida antes del 6 de mayo, fecha en la que estaba prohibida toda clase de publicidad con fines electorales; lo cual consideran un insulto a su inteligencia, si se considera que la propaganda hace alusión al proceso electoral de referendo del día 7 de mayo de 2011. 3.2.6.-Que, la jueza *a qua* expuso en su fallo que los

denunciantes ampliaron el contenido de su demanda al argumentar sobre el supuesto uso indebido de la imagen de la papeleta de votación en el editorial, materia de denuncia; no obstante, a criterio de la parte actora, no existió ningún alcance a la denuncia toda vez que desde el escrito inicial se han referido al mismo editorial de la Revista Vistazo. 3.2.7.-Que, la jueza *a qua* sostuvo, en su fallo, que al presente caso no le puede ser aplicable el artículo 244 del Código de la Democracia toda vez que Revista Vistazo no tiene la calidad de sujeto político, cuando; por el contrario, lo que se denunciaba era que, Revista Vistazo, sin tener la calidad de sujeto político y por tal, sin estar autorizada para difundir propaganda electoral, lo hizo. 3.2.8.-Que, la jueza *a qua* estableció que un editorial no puede ser considerado propaganda electoral; sin embargo, no define en su fallo lo que debe entenderse por publicidad o propaganda electoral y se ampara en la falta de definición de la Ley para omitir administrar justicia, conforme correspondía, de acuerdo con la Constitución de la República y varias normas procesales de desarrollo. 3.2.9.-Que, de acuerdo con lo expresado por la jueza *a qua*, para que una actividad proselitista pueda ser considerada publicidad o propaganda electoral, era indispensable que exista un contrato escrito y medios de comprobación de la existencia de dicha contratación, como facturas. 3.2.10.-Que, la jueza *a qua* violó el principio de legalidad, previsto en materia de infracciones y sanciones, en el artículo 76, numeral 3 de la Constitución de la República toda vez que procedió a absolver a la denunciada, alegando falta de norma, cuando la conducta se encuentra debidamente tipificada en el artículo 277, numeral 2 del Código de la Democracia. 3.2.11.-Que, la jueza *a qua* llamó la atención a los abogados de la parte actora por considerar que han actuado de forma indebida, por el hecho de haber solicitado la práctica de diligencias probatorias que, a criterio de la juzgadora, son impertinentes, lo cual es un criterio meramente especulativo. 3.2.12.-Que, la jueza *a qua* debió llamar la atención a Rodrigo Bustamante Granda, quien pretendió engañar a la autoridad al ocultar su calidad de Gerente General de la compañía denunciada.

3.3.-Por medio del recurso de apelación interpuesto, la parte accionada solicita a la autoridad a quem, lo siguiente (fs. 1603): 3.3.1.-"... que el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral confirme su Sentencia, en cuanto desestima las denuncias por improcedentes, pero que, además, declare que las sentencias son temerarias y maliciosas. " 3.3.2.-" ... que se deje sin efecto el llamado de atención a nuestros abogados Dr. Jorge Alvear y Dr. Rafael Oyarte.

4.-HECHOS PROBADOS

4.1.-En la página 17 de la Revista Vistazo, No. 1049, de 6 de mayo de 2011, la misma que corresponde a las fojas 13 del expediente, dentro del Editorial Institucional aparece una réplica, a colores, de la "Propuesta de Papeleta Electoral para Referéndum y Enmienda Constitucional" correspondiente al proceso electoral de 7 de mayo de 2011. 4.2.-Dentro de la réplica de la papeleta de votación, descrita en el numeral anterior, se encuentran marcados, con una "x" de color rojo, el casillero de la opción "NO" de las preguntas 3, 4 y 5 de la propuesta de enmienda constitucional; así como las casillas de la opción "NO" que corresponde a la novena pregunta, del proceso de consulta popular. 4.3.-El título del editorial, en cuestión es "*Un NO rotundo*". (La utilización de letras mayúsculas corresponde al texto original). 4.4.-El último párrafo del mentado editorial textualmente expone:

"en defensa de 54 años de periodismo, ejercido con absoluta independencia de los poderes políticos y económicos, Vistazo se pronuncia NO en la pregunta número tres y por considerar que la pregunta nueve, que crea un consejo de regulación de los medios, tiene como objetivo ulterior afectar la libertad de expresión y establecer controles a los medios,

también se pronuncia por el NO. Finalmente, las preguntas cuatro y cinco que permiten al Ejecutivo reformar la Justicia son una injerencia en el poder judicial y afectan el equilibrio de poderes que debe primar en una democracia, éstas también merecen un NO rotundo. En definitiva, el referéndum que originalmente debía ser convocado para mejorar la seguridad ciudadana, no resolverá ese problema. " (el texto resaltado en mayúsculas, corresponde a la referencia).

4.5.-La revista Vistazo No. 1049 entró en circulación el 6 de mayo de 2011, conforme consta en su portada, lo que implica que su proceso de redacción, diagramación, edición y publicación fue realizado con la debida antelación, aunque no se pueda determinar, con exactitud, las fechas en las que se desarrollaron cada una de las etapas del descrito proceso.

5.-PROBLEMAS JURÍDICOS, MATERIA DE ANÁLISIS

En virtud de lo expuesto, al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral le corresponde pronunciarse sobre:

- a) Si, la jueza *a qua* hubiere vulnerado el procedimiento previsto en el Código de la Democracia, al convocar, por tres ocasiones, a la instalación de la audiencia oral de prueba y juzgamiento.
- b) Si un editorial puede ser, o no, considerado como propaganda electoral, en base a su contenido y a los efectos que con él se pretendió producir.
- e) Si el hecho de no actuar como sujeto político permite que personas naturales o jurídicas realicen actos de proselitismo político, durante el tiempo de silencio electoral.
- d) Sobre el período de silencio electoral y su presunta vulneración, por parte de Revista Vistazo.
- e) Sobre la responsabilidad de las personas naturales por la publicación de los artículos a su cargo, ante la autoridad contencioso electoral.
- f) Sobre la actuación de los abogados de cada una de las partes; la procedencia, o no del llamado de atención proferido a los abogados de la parte actora y sobre la actuación maliciosa y temeraria alegada por los accionados.

5.1.-Si, la jueza *a quo* vulneró el procedimiento previsto en el Código de la Democracia, al convocar, por tres ocasiones, a la instalación de la audiencia oral de prueba y juzgamiento.

El artículo 249 del Código de la Democracia, al referirse al proceso que debe agotarse para el juzgamiento de las infracciones electorales establece que, "*El juez o la jueza, una vez que avoque conocimiento, inmediatamente señalará el lugar, día y la hora en que se realizará la Audiencia Oral de Prueba y Juzgamiento, en la que se sustentarán las pruebas de cargo y de descargo. De lo actuado en la audiencia se dejará constancia en un acta que será suscrita por el Juez o Jueza y el secretario.*"

La parte actora, dentro del escrito que contiene su recurso de apelación, sostuvo que la jueza *a*

quo habría vulnerado el procedimiento, establecido en la ley de la materia.

Sin perjuicio de ello, lo que se aprecia en el fallo de primer nivel, pieza procesal que aparece de fojas 1583 vuelta a fojas 1596, vta.; la audiencia oral de prueba y juzgamiento fue suspendida, por dos ocasiones.

De lo expuesto, se puede colegir, que si bien existió una sola audiencia, ésta fue suspendida en virtud de lo dilatado de su evacuación; lo cual, en principio, no sería motivo de observación, siempre que su reinstalación se hubiere producido dentro en un plazo razonable. La reinstalación de la audiencia, después de 12 días, constituye una actuación contraria a los fines perseguidos por un sistema oral, de corte adversaria!, modelo acogido por la ley electoral ecuatoriana.

En esta línea de pensamiento, la Constitución de la República (Art. 169) establece que, *"El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"*; tanto más que, la inmediación y la celeridad, según lo establece el artículo 75 de la Constitución constituyen derechos fundamentales de protección, atinentes a toda persona que se encontrare en el territorio de este país. (el énfasis no corresponde al texto original).

Por lo expuesto, esta autoridad no puede dejar de observar que, si bien es cierto, la suspensión y la consecuente reinstalación de la audiencia oral de prueba y juzgamiento no constituye una violación de solemnidad sustancial que pueda afectar a la validez y eficacia del proceso en su conjunto; no es menos cierto que, la actuación de la jueza *a quo* deja mucho que desear, por haber vulnerado los principios fundamentales, anteriormente citados.

Por lo expuesto, y por no tratarse de la vulneración de una solemnidad sustancial, se desestima la existencia de algún vicio de nulidad que pueda afectar la validez procesal de la presente causa.

5.2.-Si un editorial puede ser, o no, considerado como propaganda electoral, de acuerdo con su texto y con los efectos que con él se pretendió producir.

El artículo 115 de la Constitución de la República prescribe:

"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.

Se prohíbe el uso de los recursos y la infraestructura estatales, así como la publicidad gubernamental, en todos los niveles de gobierno, para la campaña electoral.

La ley establecerá sanciones para quienes incumplan estas disposiciones y determinará el límite y los mecanismos de control de la propaganda y el gasto electoral."

El artículo 202 del Código de la Democracia establece que:

"El Consejo Nacional Electoral en la convocatoria para elecciones directas determinará la fecha de inicio y de culminación de la campaña electoral, que no podrá exceder de cuarenta y cinco días.

Durante este período, 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."

El artículo 205 del Código de la Democracia prevé: *"A partir de la convocatoria a elecciones se prohíbe cualquier tipo de publicidad con fines electorales con excepción de las dispuestas por el Consejo Nacional Electoral."*

De conformidad con el régimen jurídico vigente, se establece que la propaganda o la publicidad electoral tienen, como única finalidad, la de promocionar una candidatura o cualquier tipo de posición electoral con el objeto de adquirir la adhesión ciudadana a la postura respaldada por quien emite el mensaje. Sus efectos consustanciales consisten en que la candidatura o posición electoral pueda ser favorecida por el voto soberano, en ejercicio de su derecho al sufragio.

La Constitución de la República y el Código de la Democracia, al limitar la propaganda electoral a los sujetos políticos y al designar al Consejo Nacional Electoral para que realice el reparto equitativo de los espacios publicitarios, en los medios de comunicación de alcance masivo (prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias) pretende establecer mínimos de competencia leal e igualdad de condiciones entre los promotores de las diferentes propuestas; situación que se complementa con la obligación de garantizar que la ciudadanía no sea bombardeada con publicidad de una sola postura, que la induzca a votar por ésta, sin conocer a las demás, lo que definitivamente es una limitación a la libertad del sufragio activo de las ciudadanas y ciudadanos.

Es por ello que, únicamente aquellas personas y grupos que cuentan con la debida autorización del

Consejo Nacional Electoral pueden promocionar sus preferencias electorales. Es decir, para poder ejercer un verdadero control de la publicidad y, con ello, garantizar la equidad durante el tiempo de campaña, la autoridad encargada de controlar la propaganda electoral no puede tolerar que personas o grupos no autorizados, por el hecho de ser tales, realicen propaganda de manera indiscriminada y que, por el sólo hecho de no ser considerados sujetos políticos, puedan quedar al margen del régimen sancionador cuando; por el contrario, la publicidad electoral no autorizada debe ser sancionada, de acuerdo con la ley; así como, son sancionables los excesos en los que pudieren incurrir los sujetos políticos autorizados que sobrepasen los máximos de gasto electoral, de conformidad con el tipo de proceso electoral del que se trate y a la dignidad a la que se postula.

De la lectura del texto que aparece en la página 17, de la Revista Vistazo No. 1049, de 6 de mayo de 2011, se desprende que el editorial titulado "Un NO rotundo" y la utilización de una réplica de la papeleta electoral, marcada con una "x" roja en la casilla correspondiente a la opción "NO" de las preguntas 3, 4 y 5 de la propuesta de enmienda constitucional y pregunta 9 de la consulta popular es, sin lugar a dudas, una manifestación de una opinión de un medio de comunicación, expuesto de tal manera que constituye un llamado a votar según las preferencias electorales del medio que lo publica.

La intención de inducir al voto es evidente, en cuanto se refiere a las preguntas que le son de directo interés a Revista Vistazo, dada su posición en el mercado de la comunicación social. Tanto es así que, en el párrafo final del editorial, en cuestión, Revista Vistazo se pronuncia negativamente sobre aquella pregunta cuyo fin consiste en la creación de un consejo de regulación de medios de comunicación y otros mecanismos de control atinentes a la actividad de los medios de comunicación social.

En definitiva, toda propuesta que, dentro del proceso electoral tenga como objetivo buscar la adhesión a una de las opciones de voto y como tal, pretenda favorecerla, induciendo al voto popular es y debe ser entendida como propaganda electoral y, como tal, está sometida a este régimen jurídico; por lo que, la suscripción o no de un contrato escrito, la emisión o no de una factura o cualquier documento que deje constancia de una transacción resulta ser irrelevante en cuanto a los efectos jurídicos que produce, por ser una mera constancia, mas no, una condición *sine qua non* para que la publicación pueda o no ser calificada como propaganda electoral.

De la sola lectura del editorial que aparece en la página 17 de la Revista Vistazo, No. 1049, de 6 de mayo de 2011 se concluye que tal publicación constituye publicidad electoral dada su intencionalidad de posicionar a una de las opciones electorales de la consulta popular del 7 de mayo de 2011; y, por guardar íntima relación entre esta "*opinión*" y la fecha de realización de los comicios; por lo que, corresponde que el Tribunal Contencioso Electoral analice la juridicidad de esta actuación, conforme así se procederá.

5.3.-Sobre la situación jurídica de los medios de comunicación que difundieren publicidad electoral, sin ser sujeto autorizado por la autoridad administrativa Electoral.

El artículo 115, inciso primero, de la Constitución de la República consagra: "*El Estado, a través de los medios de comunicazon, 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.*"

De conformidad con el texto constitucional, únicamente los sujetos políticos; es decir, quienes obtuvieren su registro en el Consejo Nacional Electoral tienen el derecho de contratar y difundir publicidad electoral en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias, de acuerdo con los montos límites establecidos por el propio Código de la Democracia.

Por lógica elemental, quienes no ostentaren este estatus jurídico están prohibidos de participar en la campaña electoral y; como tal, de difundir publicidad de esta naturaleza.

En concordancia con lo dicho, el Código de la Democracia establece algunos deberes para los sujetos políticos; por ejemplo, aquel según el cual, en la inscripción de ciertas candidaturas es obligación señalar a una persona responsable del manejo económico de la campaña, según lo previsto en el último inciso, del artículo 97 del Código de la Democracia; asimismo, los sujetos políticos están obligados a rendir cuentas respecto de su manejo económico de campaña, emisión de propaganda y el gasto electoral en el que incurrieren.

Como consecuencia de la exclusividad que tienen los sujetos políticos inscritos en el Consejo Nacional Electoral para participar en la campaña electoral, el Código de la Democracia establece

sanciones para quienes, por fuera de la Constitución y la Ley, realicen actos de campaña, en beneficio de una candidatura o postura electoral, lo que ciertamente produce una distorsión en el sistema por cuanto ciertas candidaturas o propuestas políticas adquieren ventajas ilegítimas por sobre las demás; de ahí que, el artículo 275, numeral 3 del Código de la Democracia establece, como sujetos activos de una infracción electoral a los sujetos políticos. a las personas naturales y a las personas jurídicas, cuando incurrían en " ... *El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el capítulo referente al financiamiento y control del gasto establecido en esta ley, o la infracción de las prohibiciones y límites en las mismas materias ...* ". (el énfasis no corresponde al texto original).

En complemento a la presente disposición, el propio Código de la Democracia tipifica como infracción electoral, propia de los medios de comunicación social, *"la difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral."*

Del estudio del expediente, se colige que Revista Vistazo realizó propaganda electoral a favor de la postura negativa, dentro del proceso de referendo y consulta popular de 7 de mayo de 2011, sin contar con la autorización del Consejo Nacional Electoral, lo que la responsabiliza por el cometimiento de la infracción electoral, tipificada en el artículo 275, numeral 3 del Código de la Democracia, conforme así se lo declara.

5.4.-Sobre el período de silencio electoral y su presunta vulneración, por parte de Revista Vistazo.

El artículo 291 del Código de la Democracia establece que *"se sancionará con multa equivalente al cincuenta por ciento de una remuneración mensual básica unificada a: ... 2 "quien haga propaganda electoral en los días en que dicha propaganda se encuentra prohibida por la ley. "*

Este mismo cuerpo normativo, por medio de su artículo 85 concede al Consejo Nacional Electoral la facultad de realizar la convocatoria a elecciones, en la que debe establecer el respectivo calendario electoral; acto en virtud del cual, la autoridad administrativo electoral establece el período en el que se puede realizar actos de campaña y; por simple exclusión, establece los días en los que todo tipo de publicidad, con fines electorales, está prohibida.

En el caso en concreto del proceso electoral de enmienda constitucional y consulta popular, realizado el 7 de mayo de 2011, la convocatoria a proceso electoral, debidamente realizada por el Consejo Nacional Electoral estableció, en el numeral 4, del artículo 12 de la Resolución PLE-CNE1-4-3-2011, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 399, de 9 de marzo de 2011, que contiene la convocatoria al proceso electoral de 7 de mayo del mismo año que *"la campaña electoral durará cuarenta días comprendidos entre el sábado 26 de marzo y el miércoles 4 de mayo de 2011."* (el énfasis no corresponde al texto original).

La difusión de publicidad electoral, para el día 6 de mayo de 2011, fecha de circulación de la Revista Vistazo No. 1049, se encontraba absolutamente prohibida, inclusive para aquellos sujetos políticos que sí contaban con la debida autorización para participar en la campaña.

En el caso en concreto, Revista Vistazo, conforme ya fue analizado, puso en circulación su revista No. 1049, el 6 de mayo de 2011; es decir, precisamente un día antes de los comicios, fecha en la

cual se encontraba, en plena vigencia, el período de silencio electoral.

Sin pretender describir el proceso de redacción, diagramación, impresión, distribución y venta de una revista, esta autoridad no puede hacerse eco de un argumento; según el cual, la jueza *a quo* consideró que los ejemplares de la Revista Vistazo número 1049 fueron distribuidos el 4 de mayo, fecha en la que no entraba en vigor el período de silencio electoral. Por el contrario, esta autoridad considera que los órganos directivos de Revista Vistazo planifican sus publicaciones, con la debida anticipación, para lo cual consideran, entre otras circunstancias, la coyuntura política.

Si las personas que ejercen actividades directivas de este medio de comunicación consintieron en publicar un editorial que encubre publicidad electoral, a sabiendas que los ejemplares de la revista No. 1049 serían distribuidos el 4 de mayo de 2011, cuando el pueblo ecuatoriano estaba convocado a ejercer su derecho al sufragio para el sábado 7 de mayo de 2011; no existe duda en que, Revista Vistazo a sabiendas de la existencia de la prohibición legal, posicionó a una de las opciones de la consulta, permitiendo su publicación, bajo la excusa de realizarla en una publicación periódica, con formato y título de editorial.

La fecha en la que empezó a circular la revista Vistazo No. 1049 devela la intención en incidir en la decisión del electorado; obviamente, el efecto descrito no hubiese tenido el mismo impacto si se lo hacía en los ejemplares de la Revista Vistazo No. 1048 o en los ejemplares de la Revista Vistazo No. 1050, períodos en los que este tipo de opiniones cubiertas podían tener una difusión legal, por no afectar al normal desarrollo del proceso electoral.

Del análisis realizado, esta autoridad jurisdiccional llega a la conclusión que Revista Vistazo violó la prohibición de difundir publicidad electoral, durante el tiempo establecido por el Consejo Nacional Electoral en la convocatoria a elecciones, conforme así se lo declara.

5.5.-Sobre la Imposición de la pena

El artículo 76, numeral 6 de la Constitución de la República señala que, *"La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*

El inciso final del artículo 277 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia establece que, una vez declarado el cometimiento de una de las infracciones propias de los medios de comunicación social " ... *se suspenderá la publicidad en dicho medio y se le sancionará con una multa de cincuenta a cien mil dólares.*" (el énfasis no corresponde al texto original).

De la lectura de estas disposiciones transcritas, se puede establecer que la Constitución, por delegación, concede a la Ley, y sólo a la ley, la facultad de determinar sanciones o penas en todas y cada una de las ramas del Derecho; para lo cual, el Legislador actúa bajo el marco señalado por el principio de proporcionalidad que instaura una relación entre la gravedad de la infracción y la pena a ser impuesta.

Así, cuando la Ley prevé un mínimo y un máximo para determinar las sanciones, transfiere esta delegación constitucional a las autoridades jurisdiccionales competentes; quienes dentro de ese legítimo marco de discrecionalidad y en base a las circunstancias propias del caso en concreto, se puede establecer una sanción mayor o menor, la misma que debe ser calculada en virtud del daño

causado a los derechos de las organizaciones políticas, de las personas y del sistema jurídico electoral.

Para el caso, en concreto, una vez que se ha establecido, conforme a derecho, que Revista Vistazo incurrió en una de las infracciones establecidas en el artículo 277 del Código de la Democracia, concretamente la tipificada en su numeral 2, al difundir propaganda electoral, sin ser sujeto político y dentro del período de vigencia de silencio electoral que rigió antes de los comicios convocados para el 7 de mayo de 2011, corresponde a esta autoridad, establecer una pena proporcional, la misma que, de acuerdo con el propio artículo 277, inciso final, del mismo cuerpo normativo oscila entre los cincuenta y los cien mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, fundamento sobre el cual, se procede a reflexionar.

La participación electoral bajo condiciones de igualdad es un bien jurídicamente protegido por el Estado, por medio de la Función Electoral; así como, es un derecho fundamental la libertad de sufragio, los mismos que, conforme se ha expuesto en líneas anteriores fueron vulnerados por Revista Vistazo.

Bajo este criterio, a fin de determinar el daño efectivamente causado por Revista Vistazo, al difundir publicidad o propaganda de forma inconstitucional e ilegal, se debe atender a su alcance de difusión, no solo desde el punto de vista espacial, sino también, en cuanto al número de suscripciones, tiraje, ventas; así como, el posicionamiento del medio en el mercado de la comunicación social.

Es público y notorio que Revista Vistazo tiene una distribución a nivel nacional y una presencia en el mercado de más de 55 años, lo que demuestra su alta recepción entre los lectores.

Por lo dicho, el daño causado por Revista Vistazo no puede compararse al que hubiese producido un semanario de difusión parroquial o cantonal, dado el número de electores al que se llegó con su mensaje pero tampoco a aquel que produciría, por citar a una televisora, de alcance nacional, dado el número de personas que pueden alcanzar, de manera simultánea o en un período determinado de tiempo. De tal forma que, habiendo un daño importante pero que; sin embargo, no es capaz de llegar al estándar máximo de difusión e impacto comunicacional, la sanción que se impondrá, de forma proporcional, en atención al daño efectivamente causado por el acto antijurídico, en cuestión.

5.6.-Sobre la responsabilidad de las personas naturales por la publicación de artículos a su cargo.

El artículo 291, numeral 2 del Código de la Democracia establece como infracción electoral, propia de las personas naturales, hacer " *...propaganda electoral en los días en que dicha propaganda se encuentra prohibida por la ley*".

De conformidad con el artículo 143 de la Ley de Compañías "*la compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones.*" (el subrayado no corresponde al texto original).

De este concepto, se aprecia que una de las características esenciales de las compañías anónimas es precisamente que las obligaciones y responsabilidades que adquiere la compañía, son

independientes a las que asuman sus socios a título personal, salvo en cuanto a las obligaciones de carácter pecuniario.

Tratándose de responsabilidades separadas y, al existir infracciones electorales cuyo cometimiento únicamente puede ser realizado por los medios de comunicación social, conforme reza el artículo 277 del Código de la Democracia; así como, la existencia de infracciones cuyo cometimiento le son propias a las personas jurídicas, entre ellas, las tipificadas en el artículo 275 del precitado cuerpo normativo, se debe concluir que las personas que escribieron el editorial, titulado "*un NO rotundo*" deben responder por el presunto cometimiento de una infracción electoral, cuya responsabilidad sea estrictamente de carácter personal.

Sin perjuicio de lo expuesto y, toda vez que la jueza *a quo* excluyó del proceso a las personas naturales señaladas por la parte actora, éstas no han tenido la oportunidad de ejercer su legítimo derecho a la defensa, con todas y cada una de las garantías previstas en el artículo 76 de la Constitución de la República, por lo que esta autoridad, debe abstenerse de cualquier pronunciamiento al respecto, sin perjuicio, de dejar a salvo los derechos de la parte actora para iniciar las acciones de las que se creyere asistida.

5.7.-Sobre la actuación de los abogados de cada una de las partes; la procedencia, o no del llamado de atención proferido a los abogados de la parte actora y sobre la actuación maliciosa y temeraria alegada por los accionados.

El artículo 66, numeral 23 de la Constitución de la República reconoce a toda persona "*el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo*".

El artículo 280 del 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.*"

Por su parte, el artículo 335 del Código Orgánico de la Función Judicial, entre las prohibiciones atinentes al ejercicio profesional de abogadas y abogados en el patrocinio de las causas, establece, en su numeral 9, "*ejercer el derecho de acción o contradicción de manera abusiva. maliciosa o temeraria, violar el principio de buena fe y lealtad, a través de prácticas tales como presentación de prueba deformada, empleo de artimañas y ejecución de procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis*" (el énfasis no corresponde al texto original).

El abuso del derecho implica que la parte actora ejerza su derecho de acción de forma tan exagerada que lo hace incompatible con el ejercicio de otros derechos fundamentales que coexisten en un mismo sistema, como el derecho a la honra.

La temeridad, por su parte, consiste en ejercer el derecho de acción a sabiendas de no contar con ningún elemento de respaldo material o jurídico para sus pretensiones y aún así, se activa la vía jurisdiccional como una forma de presión en contra del accionado, lo cual es reprimido por el sistema de justicia ecuatoriano puesto que su última finalidad, de conformidad con el artículo 169 de la Constitución de la República es ser "*... un medio para la realización de la justicia ...*".

La malicia por su parte, demuestra la ilegítima intención de causar daño al accionado, por razones

extrajurídicas, que no tiene sentido analizar, dentro de esta sentencia.

Del análisis del expediente se puede observar que la parte actora, dotada de legitimación activa suficiente, en virtud de la acción ciudadana concedida por el Código de la Democracia y adjuntando, como principal evidencia de sus aseveraciones, un ejemplar de la Revista Vistazo No. 1049, de 6 de mayo de 2011, no hizo más que ejercer un derecho fundamental y exigir de la autoridad competente, en este caso, la jueza de primera instancia del Tribunal Contencioso Electoral, una respuesta jurídica a tales afirmaciones.

Durante el desarrollo de las diversas etapas procesales se puede apreciar que la jueza *a qua* negó la práctica de elementos probatorios solicitados por la parte actora, por considerarla impertinente, lo cual, pese a estar insuficientemente motivada, es una de sus facultades que como autoridad encargada de conducir el proceso, tanto más que la introducción impertinente de prueba puede producir una vulneración del principio de celeridad, reconocido en el artículo 75 de la Constitución de la República.

Así, lo considera la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuando en su artículo 16 establece que,

"La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente."

Sin pejuicio de lo indicado, no se observa una actuación abusiva de ninguna de las partes; por el contrario, se considera que cada una de ellas defendió su causa de forma leal y, como tal, pretendió utilizar todas las herramientas que le franquea el ordenamiento jurídico para demostrar las razones jurídicas en las que sustentaron sus posturas, dentro del proceso.

En definitiva, por no observarse actuaciones antijurídicas o abusivas por parte de ninguno de los profesionales del derecho que intervinieron en la causa, se procederá a revocar el llamado de atención impuesto por la jueza a quo; al mismo tiempo que, se declara que la parte actora no ha actuado con malicia y mucho menos con temeridad.

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 LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** resuelve:

I. Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia de primer nivel; y, en consecuencia, revocar, en todas sus partes, la sentencia subida en grado.

- 1 Negar el recurso de apelación, interpuesto por la parte accionada.
- 2 Declarar que Editores Nacionales S.A. es responsable del cometimiento de la infracción electoral tipificada en el artículo 277, numeral 2 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.
- 3 Imponer a la parte denunciada una multa de OCHENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD \$ 80.000).
- 4 Declarar que la acción no fue interpuesta con malicia, ni con temeridad.

- 5 Dejar a salvo los derechos de la parte actora o de cualquier ciudadana o ciudadano para interponer las acciones que considere pertinentes en contra de las personas naturales, responsables de la redacción y publicación del editorial titulado "Un NO rotundo" que consta en la página 17 de la Revista Vistazo No. 1049, de 6 de mayo de 2011.
- 6 Notifíquese con el contenido de la presente sentencia a las partes y al Consejo Nacional Electoral.

Actúe el señor Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral.-Cúmplase notifíquese.- (f) Dra. Catalina Castro Llerena, JUEZA-PRESIDENTA; Dra. Patricia Zarnbrano Villacrés, JUEZA; Dra. Angelina Veloz Bonilla, JUEZA; Dr. Gullernno González Orquera, JUEZ; y, Dr. Miguel Pérez Astudillo, JUEZ;

RAZÓN:

Siento por tal que, la sentencia que antecede fue suscrita por todos los miembros que integran, en la presente causa, el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral. Por no existir unanimidad de criterio en su contenido, la abogada Angelina Veloz Bonilla y el doctor Guillermo González Orquera, presentan un voto concurrente; el cual, a criterio de la mayoría constituye un voto salvado.-**Lo Certifico.**-Quito, 26 de septiembre de 2012 .

AL PUBLICO EN GENERAL, A TRAVES DE LA PAGINA WEB DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL, SE HACE CONOCER QUE EN LA CAUSA ACUMULADA No. 0794-2011-TCE: SE HA DISPUESTO LO QUE A CONTINUACIÓN ME PERMITO TRANSCRIBIR:

En relación a la presente causa si bien concordamos en la esencia con el criterio básico de la mayoría, consideramos 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:

TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL.-Quito, 26 de septiembre de 2012, las 19h00.

CAUSAACUMULADA No. 0794-2011-TCE

VISTOS: Agréguese al expediente la Resolución No. 036-14-09-2012, adoptada por el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, con fecha 14 de septiembre de 2012; en virtud de la cual, se aceptó el pedido de excusa presentado por el doctor Lenin Patricio Baca Mancheno, Juez Principal del Tribunal Contencioso Electoral, por encontrarse inmerso en la causal de excusa prevista en el artículo 128, numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

ANTECEDENTES

1. Denuncia a la Revista Vistazo, por el supuesto cometimiento de infracción electoral al poner en circulación la edición No. 1049, de viernes 6 de mayo de 2011, en la que se realizó campaña por el "NO" "fuera del período para realizar campaña electoral, que tuvo como límite el miércoles 4 de mayo de 2011 ", transgrediendo lo dispuesto en el numeral 3 del Art. 277 y del Código de la Democracia. (fs. 86 y 87);

2. Providencia de Aclaración de la Denuncia de

23 de junio 2011.

(fs

88

);

3. Providencia de Admisión a trámite en la que además se señala fecha
4. Escrito de contestación del Econ. Rodrigo Bustamante aduciendo que no es el Representante Legal ni Gerente General de la Revista Vistazo y designando abogado defensor (fs. 119);
5. Oficio No.SC.SGDRS.Q-2011.6010-17821 de 7 de julio de 2011, por el cual la Superintendencia de Compañías certifica que a esa fecha Vistazo no consta como compañía de comercio sujeta a su control. (fs 122);
6. Oficio No. SC.SG.DRS.G.11 0016236 de 13 de julio de 2011, por el que se indica que no consta registrada Vistazo, sin embargo Rodrigo Ernesto Bustamante Granda consta registrado como Gerente General de ENSA. (fs123);
7. Escrito de 21 de julio de 2011 designando abogado patrocinador al Dr. Pablo Baca Mancheno (fs 130);
8. Oficio de la Registradora Mercantil de Guayaquil, informando quien es la persona que ostenta la representación legal, judicial y extrajudicial de Editores Nacionales S.A. ENSA (fs. 154 a 190);
9. Providencia de 8 de agosto de 2011, de Acumulación de la causa 827 de la Dra. Alexandra Cantos a la causa 794 de la Dra. Ximena Endara (fs 310);
10. Providencia de 26 de agosto de 2011, de Acumulación de autos de la causa 0828 a la causa 794 (fs. 407);
11. Providencia de 24 de agosto de 2011, de Acumulación de la causa 0829 a la causa 794 (fs. 506);
12. Providencia de 26 de agosto de 2011, de Acumulación de la causa 0830 a la causa 794 (fs. 607);
13. Poder Especial y de Procuración Judicial que otorga el Sr. Rodrigo Bustamante Granda por sus propios derechos y por los que representa de la Compañía Editores Nacionales al Dr. Jorge Alvear Macias. (fs 626 a 630);
14. Providencia de 6 de septiembre de 2011, de Acumulación de causas No. 0827, 0828, 0829, 0830 en la que se dispone nombrar procurador común. (fs 609);
15. Escrito de los señores Víctor Raúl Oaña García, Juan Miguel Chimbo Narváez, Martín Felipe Ogaz Oviedo, Jaime Fausto Taquiza Chusín y Rita Concepción Tacle designando procurador común al Señor Víctor Raúl Oaña García; (fs 613)
16. Auto conteniendo la disposición de citación, para que ejerzan su derecho a la defensa, los señores Xavier Alvarado Roca, Presidente y Sr. Rodrigo Bustamante Gerente de ENSAy señalamiento de Audiencia Oral de Juzgamiento para el 19 de octubre de 2011. (fs. 635 y 636);
17. Escrito del Sr. Javier Alvarado Roca, Presidente de ENSA en el que ratifica la intervención de su abogado defensor Dr. Rafael Oyarte Martínez Fs.(687);

18. Certificación Original en que Editores Nacional, entregó a Corporación El Rosado S.A., Mi Comisariato, la revista Vistazo edición No. 1049 el 4 de mayo de 2011. (fs. 1203) y a Corporación Favorita (fs 1204);

19. Escrito de los demandados con alegatos para solicitar se deseche la denuncia (fs. 1526);

20. Acta de la Audiencia Oral de Juzgamiento del 19 de octubre de 2011. (fs. 1549) se reinstala el 31 de octubre de 2011 (fs. 1573);

21. Sentencia de 12 de diciembre de 2011 (fs. 1583);

22. Aclaración y Ampliación por parte del actor a sentencia de 12 de diciembre de 2011 (fs. 1598);

23. Auto de 16 de diciembre de 2011, con el que se niega por improcedente el pedido de aclaración y ampliación (fs. 1601);

24. Recurso de Apelación interpuesto por el accionado con fecha 19 de diciembre de 2011 (fs. 1603);

25. Recurso de Apelación interpuesto por el actor a la sentencia con fecha 19 de diciembre de 2011 (fs. 1604 a 610 a vlt);

26. Providencia por la que se acepta por oportunamente interpuestos, los recursos interpuestos por las partes con fecha 19 de diciembre de 2011 (fs 1611);

27. Memorando en el que consta la razón del Sorteo Electrónico del recurso de apelación el 22 de diciembre de 2012 (fs. 1615);

28. Providencia del Pleno que admite a trámite los recursos de apelación interpuestos por el actor y los accionados;

29. Oficio s/n de 6 de junio de 2012 de la Dra. Nelly Cevallos Borja quien en calidad de Jueza Ponente, devuelve a Secretaria General del Tribunal Contencioso Electoral el expediente de la presente causa acumulada No, 794-2011-TCE (Recurso de Apelación)-(fs 1648); y,

30. Providencia de la Jueza Sustanciadora en la que se dispone se proceda con el sorteo, se acepte la excusa del Dr. Lenin Patricio Baca y que se remita copias simples del expediente. (fs. 1649).

31. Principalización de la Juez Ab. Angelina Veloz como parte integrante del Pleno de este Tribunal para el conocimiento de esta causa

RECURSO DE APELACION

La Jueza de Instancia estableció que el Recurso fue interpuesto dentro del tiempo previsto por la ley, consecuentemente se remitió la presente causa a la Secretaría General del Tribunal Contencioso Electoral, en aplicación de lo previsto en los Arts. 42 y 107 del Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral.

En el Recurso de Apelación, las partes argumentan que:

EL ACCIONADO

1. Confirme la sentencia en cuanto desestima las denuncias por improcedentes, pero que además se declare a las denuncias temerarias y maliciosas.

2. Se deje sin efecto el llamado de atención a los abogados Dr. Jorge Alvear y Dr. Rafael Oyarte.

LOS ACCIONANTES

- 1 Se ha violado el debido procedimiento al haber realizado tres audiencias.
- 2 Negativa sistemática de atender la prueba de los denunciados.
- 3 Ausencia de imparcialidad.
- 4 Convocatoria ilegal a las partes, para la lectura de la sentencia.

Puntos Concretos; Los accionantes manifiestan además que "Sin perjuicio de los anotados anteriormente, que los reivindicamos expresamente, el recurso adicionalmente se contrae a lo siguiente:"

a) Se exculpó anticipadamente a personas denunciadas, violando la ley y su propio fallo.

b) Sobre la fecha de la Publicación.

Sobre la prueba, su negativa y la valoración en la sentencia: C.1 La pericia documentológica. C.2 Informe del Perito. C.3 Utilización de la papeleta electoral.

- d) Que no se ha violado el Art. 244 del Código de la Democracia
- e) Que no se ha violado el Art. 202 del Código de la Democracia
- f) El Editorial no es publicidad
- g) Vistazo no violó el Art. 208 del Código de la Democracia
- h) Vistazo no violó el Art. 277 Numeral 2 del Código de la Democracia
- i) Principio de legalidad.
- j) Sobre la conducta del Patrocinador de los denunciados.
- k) La falta de pronunciamiento de la conducta del denunciado Rodrigo

CONSIDERACIONES

PRIMERA.-De conformidad con lo establecido en los artículos 167, 168; y, numeral 2 del Art. 221 de la Constitución de la República, en concordancia con lo dispuesto en los numerales 5 y 13 del Art. 70 e inciso cuarto del Art. 72 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador-Código de la Democracia, el Tribunal Contencioso Electoral es competente, para conocer y resolver las causas que se refieran a vulneraciones de normas electorales, para el juzgamiento y sanción de las infracciones electorales existirán dos instancias, la primera será tramitada por una Jueza o Juez; la segunda y definitiva corresponde al Pleno del Tribunal.

El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos en el que la garantía de los derechos fundamentales se constituye como un pilar de la administración de Justicia. Nuestra Carta Magna ha establecido en el primer numeral del Art. 3: "*Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus*

habitantes." (El subrayado me pertenece).

SEGUNDA.-El recurso de apelación presentado tiene como materia de fondo la revisión de la sentencia dictada por la Jueza de Primera Instancia en la presente causa, dentro de la acción planteada por el presunto cometimiento de una de las infracciones electorales tipificada en el numeral 3 del artículo 277 del Código de la Democracia.

TERCERA.-En la tramitación del proceso no se ha observado la omisión de ninguna solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión o ser causa de nulidad, por lo que se declara su validez.

CUARTA.-De la revisión del expediente y análisis de los argumentos constantes en los recursos de apelación, se observa lo siguiente:

DEL ACCIONADO

1. No existen en el expediente méritos para declarar las denuncias como temerarias y maliciosas, por lo que se niega lo solicitado.
2. El llamado de atención no tiene que ver con la resolución de la causa en lo principal; adicionalmente, al no estar vigente una norma que establezca un "llamado de atención", este procedimiento resulta inaplicable, por lo que se acepta lo solicitado.

DE LOS ACCIONANTES

1. De la revisión del proceso no existen evidencias de haberse realizado varias audiencias; la única audiencia fue suspendida en dos ocasiones por la Jueza de Primera Instancia conforme lo permite la ley y conforme así lo estableció oportunamente.
2. Debido a que no estaba en discusión la existencia, contenido o autenticidad de la revista, puesto que la misma en su integridad fue ingresada al proceso y la Jueza la aceptó como prueba válida, las pericias documentológicas y la concurrencia de un profesional para que haga un análisis del contenido del editorial devinieron en innecesarias; es consecuentemente falsa la afirmación de que sistemáticamente se hayan negado pruebas.
3. De la revisión del expediente no se observa lo reclamado por los accionantes, que por lo demás no aportan nada al respecto de su afirmación.
4. La lectura de la sentencia no adolece de fallas. La ley establece que ésta debe ser notificada a las partes, la lectura del resumen de la misma no puede ser considerada como omisión de una formalidad inexistente. Consecuentemente este argumento es improcedente para esta apelación

En relación a los denominados "Puntos Concretos" de la Apelación de los Accionantes se considera:

- a) La denuncia fue presentada y sustentada contra un medio de comunicación; si se pretendía denunciar adicionalmente a las personas, se debió haber hecho constar así desde el principio; la Jueza actuó en cumplimiento del debido proceso

b) Si bien en la misma revista consta la fecha 06 de mayo de 2011, los abogados defensores de los representantes de EDITORES NACIONALES S.A. ENSA, han presentado pruebas de que en efecto fue remitida a los distribuidores con fecha 04 de mayo de 2011, e inclusive en un caso con fecha 03 de mayo de 2011; lo que se tendrá en consideración oportunamente.

e) Como ya se señaló en el numeral 2 (De los Accionantes), estas pruebas eran innecesarias; con relación a la utilización de logos del CNE en la papeleta electoral, este hecho no fue parte de la denuncia inicial; conforme así lo estableció la Jueza; se habría violado el debido proceso al obligar a los imputados a defenderse de una nueva acusación.

d) El artículo 244 del Código de la Democracia tiene como objetivo determinar a quienes se considera sujetos políticos a efectos de que puedan proponer los recursos previstos en esta ley; consecuentemente no tiene ninguna razón de ser el criterio esgrimido a este respecto por los accionantes, toda vez que, con esta norma se activa la instancia jurisdiccional ante el Tribunal Contencioso Electoral y nada de lo dicho en el editorial contravendría dicha disposición (Sentencia de primera instancia, apartado No. 7.3, párrafo 13, fs. 1595, vta.).

e) El artículo 202 tiene como objetivo establecer las fechas de inicio y culminación de la campaña electoral y el financiamiento de la misma por parte del Estado; si los accionantes querían denunciar además algo en relación al financiamiento de campaña, debían haberlo hecho en su denuncia inicial; una vez trabada la litis no se respetaría el derecho a la defensa si en cualquier momento se permitiría ampliar con nuevas denuncias en contra de los imputados.

f) La Jueza *a quo* llegó a tal conclusión sin considerar que la publicidad con fines electorales puede ser hecha de varias formas, en el presente caso, se observa que efectivamente el editorial constituyó una forma de publicidad con fines electorales conforme lo establece el artículo 205 del Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador-Código de la Democracia.

g) Conforme ya se señaló en el literal e) no es posible aceptar que se pretenda irrespetar el derecho a la defensa; consecuentemente este argumento es improcedente.

h) Del proceso, en especial de las declaraciones de los abogados defensores del medio de comunicación, se llega a la conclusión de que efectivamente la revista Vistazo, a cargo de EDITORES NACIONALES S.A. ENSA, realizó la publicación de un editorial cuyo resultado es la "difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral", hecho que además es concordante con la violación de lo dispuesto en el numeral 3 del mismo artículo que dice "Incumplir con las disposiciones referentes a propaganda durante la campaña electoral establecidas en esta Ley", ya que los abogados aceptaron no solo la publicación del editorial sino que arguyeron en su defensa que el mismo fue realizado el 04 de mayo de 2011. Al aceptar este hecho, han aceptado la realización del mismo en violación a las normas antes citadas.

i) Efectivamente, al haberse establecido la violación del artículo 277 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador-Código de la Democracia, encontramos que el mismo establece una sanción para dicha infracción; los

recurrentes por lo tanto, tienen razón en este argumento.

j) Como ya se manifestó en el análisis de la apelación presentada por el abogado de los representantes de EDITORES NACIONALES S.A. -ENSA, el llamado de atención no tiene que ver con la resolución de la causa en lo principal y no se aportan criterios que permitan inferir que la Jueza haya pretendido favorecer a Vistazo; sin embargo al no estar vigente una norma que establezca un "llamado de atención", este procedimiento resulta inaplicable.

QUINTA.-De las consideraciones anotadas se desprende que se ha probado el cometimiento de la infracción denunciada, esto es, que se ha infringido lo señalado en el Art. 277 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador -Código de la Democracia y consecuentemente se ha determinado la responsabilidad del medio de comunicación EDITORES NACIONALES S.A. ENSA., a cargo de la publicación de la revista VISTAZO.

SEXTA.-Que en la tramitación de la causa no se han omitido solemnidades, ni se han violado principios o derechos constitucionales o que se haya afectado a alguna de las partes de manera que se afecte a la validez del proceso

Por lo expuesto, y sin que sea necesario hacer otras consideraciones, el Pleno del Tribunal **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** resuelve:

- 1 Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia de primer nivel.
- 2 Aceptar parcialmente el recurso de apelación, interpuesto por la parte accionada, en lo que se refiere al punto 2 sobre el llamado de atención a los abogados.
- 3 Declarar que Editores Nacionales S.A. ENSA, a cargo de la publicación de la revista Vistazo, es responsable del cometimiento de la infracción electoral tipificada en el artículo 277, numerales 2 y 3 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.
- 4 Imponer a la parte denunciada la multa de QUINCE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USO\$ 15.000).

s. Revocar el llamado de atención impuesto por la Jueza de primer nivel a los profesionales del derecho que actuaron en esta causa.

- 1 Notifíquese con el contenido de la presente sentencia a las partes y al Consejo Nacional Electoral.
- 2 Actúe el señor Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral.
Cúmplase y Notifíquese. (f) Abg. Angelina Veloz Bonilla, JUEZA;Dr. Guillermo González Orquera, JUEZ.