

**CAUSA No. 404-2009**

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL TRIBUNAL DE ALZADA.- VOTO DE MAYORÍA** Quito, Distrito Metropolitano, 15 de julio de 2009; las 17h00.- **VISITOS: ANTECEDENTES.- a)** Con fecha 11 de junio de 2009, por medio de Secretaría General, llega a conocimiento de este Tribunal, el recurso de apelación a la sentencia, dictada por el Abogado Juan Paúl Ycaza, en calidad de juez *a quo*, dentro de la causa signada con el número 404-2009; en virtud, de la cual se declaró culpable a la señora Dolores Emperatriz Hernández Ruiz, de la infracción tipificada en el artículo 159, letra c) de la Ley Orgánica de Elecciones, en concordancia con el artículo 288, numeral 3 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, **b)** Una vez realizado el sorteo prescrito por el artículo 5 del Reglamento para la aplicación de las normas constitucionales y legales que corresponden al juzgamiento de las infracciones electorales, contempladas en la Ley Orgánica de Elecciones, el señor Secretario General del Tribunal Contencioso Electoral sentó razón respecto de la jueza y de los jueces que resultaron asignados y por tal, que serían llamados a conformar el Tribunal de Alzada (fojas 156). Así, el Tribunal *a quem* quedaría, en un primer momento conformado por la doctora Nelly Cevallos Borja, y por los doctores Douglas Quintero Tenorio y Jaime Segovia Medina. Una vez convocados los jueces a asumir dicha función, el doctor Jaime Segovia Medina hizo conocer, por medio de Secretaría General que el 17 de noviembre de 2008 presentó su renuncia a su nombramiento ante la Asamblea Nacional. Por tal razón, los otros dos miembros del Tribunal de Alzada, mediante providencia de 15 de junio de 2009, decidieron que era improcedente conocer esta causa hasta que el Tribunal estuviese debidamente integrado de conformidad con las normas jurídicas aplicables, a fin de garantizar el debido proceso se devolvió mediante providencia el expediente el expediente a la Secretaría General. **c)** Una vez que el Tribunal de Alzada pudo ser conformado, en virtud de la incorporación de la doctora Amanda Páez Moreno, jueza suplente del Tribunal Contencioso Electoral, mediante providencia de fecha 7 de julio de 2009, se procede a avocar conocimiento de esta causa. Encontrándose el recurso en estado de resolver, se considera: **PRIMERO: Competencia.- a)** De conformidad con el artículo 221, numeral 2 de la Constitución de la República, corresponde al Tribunal Contencioso Electoral "*sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales*". Asimismo, el artículo 15 del Régimen de Transición obliga a los órganos de la Función Electoral a aplicar todo lo dispuesto en la Constitución, la Ley Orgánica de Elecciones y demás normativas conexas en cuanto fuese compatibles con el nuevo orden constitucional. Dicha atribución se extiende a sanciones por faltas, violaciones o delitos en materia de derechos de participación, que se expresan a través del sufragio. En tal virtud, este Tribunal de Alzada es competente para juzgar las presuntas infracciones tipificadas en la Ley Orgánica de Elecciones que fuesen sometidas a su conocimiento; **b)** En nuestra calidad de jueces suplentes del Tribunal Contencioso Electoral, asumimos la competencia para resolver la presente causa, en segunda y definitiva instancia, toda vez que los cinco jueces titulares de esta judicatura, conocieron y se pronunciaron en el recurso contencioso electoral de apelación No. 0362-2009, el mismo que dio origen a la instauración del proceso de juzgamiento del que en esta oportunidad se recurre. Por otra parte, el artículo 5 del Reglamento para la aplicación de las normas



constitucionales y legales que corresponden al juzgamiento de las infracciones electorales, contempladas en la Ley Orgánica de Elecciones, prevé que una vez *"concedida la apelación sin más dilaciones, el proceso pasará a conocimiento de tres miembros del Tribunal que serán seleccionados mediante sorteo electrónico de entre las juezas y jueces que no hubieran resuelto el caso en primero instando..."*. Con lo indicado, en observancia del principio de imparcialidad que rige a todo organismo de administración de justicia y por haberse cumplido con el procedimiento para el conocimiento y trámite de este recurso, este Tribunal se declara competente para resolver, en segunda y definitiva instancia, el recurso de apelación presentado en contra de la referida sentencia condenatoria. **SEGUNDO: Trámite.-** El recurso, materia de este análisis, fue presentado dentro de las cuarenta y ocho horas previstas por el artículo 4 del Reglamento, para la aplicación de las normas constitucionales y legales que corresponden al juzgamiento de las infracciones electorales contempladas en la Ley Orgánica de Elecciones, por quien posee legitimación jurídica suficiente para el efecto. En este sentido y una vez revisado el expediente se observa que se ha dado a la causa el trámite correspondiente, por lo que no existe o misión de solemnidad sustancial o inobservancia de algún principio básico del debido proceso. En tal sentido, se declara la validez de todo lo actuado, procediéndose con el análisis de fondo. **TERCERO: Argumentos de la recurrente.-** En el escrito de apelación, la recurrente solicita a este Tribunal, proceda a revocar la sanción impuesta por el juez *a quo*, fundamentando su pretensión en los siguientes puntos: **1)** que "se recoge de manera errónea los dichos por la Defensa, dado que en la exposición esgrimida en día de la audiencia, ella dijo claramente que **"nunca me negué a firmar el acta general de escrutinios y que el señor Secretario por motivos que él sabrá explicar no nos presentó dicha acta..."** (El énfasis corresponde al texto original); **2)** Que "...la sesión se encontraba suspendida hasta que el señor Secretario entregue al Pleno de la Junta provincial Electoral para que en reunión final, lea, revise, corrija, apruebe y firme en unidad de acto dicha acta por parte de todos los miembros de la Junta"; **3)** Que no pudo convocar al Pleno de la JPEO para que apruebe y firme el acta; **4)** Que se le "endosa" única y exclusivamente a ella una culpabilidad que no le pertenece; **5)** Que se le han aplicado dos sanciones por un mismo hecho; **6)** Que no ha cometido la omisión de la que se le imputa; **7)** Violación del principio de legalidad toda vez que, a decir de la recurrente, se le habría aplicado una sanción prevista en una ley que no habría entrado en vigencia; **8)** Caso fortuito; **9)** Que se le habría "aplicado sanciones extremadamente duras..."; y, **10)** Que se debió "optar por una de las sanciones existentes, entre ellas; **Destitución del cargo, Suspensión de los Derechos Políticos** y privación de la libertad...". (El énfasis corresponde al texto original) (fojas 146 - 151). **CUARTO: Argumentos de la defensa.-** La recurrente hace referencia al quinto punto considerativo de la sentencia del juez *a quo*, sosteniendo que dicho juzgador interpretó de manera errónea, el sentido de su argumentación. Revisada el acta de la audiencia pública de juzgamiento (fojas 49-52), realizada el 4 de junio de 2009 y suscrita por todas y todos los intervinientes, se observa que el considerando quinto de la sentencia emitida por el juez de primera instancia, se refiere a la argumentación realizada por el abogado defensor; por el contrario, dicho abogado, en su escrito de apelación hace referencia, a la versión rendida por la presunta infractora, por lo que cabe precisar, que no se trata del mismo texto. Por otra parte y como bien lo expone el juez de primera instancia, resulta irrelevante constatar si existió intención, negativa deliberada o dolo por parte de la encausada, para que su conducta cubra los presupuestos fácticos de la infracción prevista en el artículo 159, letra c) de la Ley Orgánica de Elecciones, toda vez que el sólo hecho de omitir la firma en el acta, te-



niendo la obligación jurídica de hacerlo consumaría la infracción juzgada. En suma, se trata de una infracción de estructura culposa, por lo que debemos atenernos a la constatación de sus consecuencias objetivas o materiales, mas no al nexo de la conducta punible con la intencionalidad de la persona a la que dicho acto u omisión se le imputa. En este sentido, no existe errónea interpretación de lo sostenido por la defensa, razón por la cual se rechaza el punto argumentativo No. 1, en el que la recurrente fundamenta su petición. **QUINTO: Sobre la Audiencia única de Escrutinios.-** La recurrente sostiene que la audiencia única de escrutinios no fue clausurada, puesto que no se dijeron las palabras rituales del caso; por tanto, el secretario de la Junta procedió a remitir el Acta sin que fuese el momento de hacerlo. Analizada el Acta de Audiencia de Sesión Pública Permanente de Escrutinio de la Junta Provincial Electoral de la Provincia de Orellana, de las elecciones del 26 de abril del año 2009 (fojas 2-25 vuelta) se concluye que, desde el 26 de abril de 2009, fecha en la que se instaló la sesión mencionada, hasta el 6 de mayo del mismo año, cada vez que se declaraba suspensa dicha sesión, se hacía referencia expresa a dicha declaratoria; asimismo, se hacía constar su reinstalación cuando esto ocurría. En este sentido, consta de dicha acta que la Presidenta de la Junta Provincial Electoral de Orellana, declara clausurada dicha sesión a las 21H00 del día 6 de mayo de 2009, sin que exista reinstalación posterior que nos lleve a pensar que la anterior se trataba de una mera suspensión. En todo caso, los hechos prevalecen sobre cualquier "frase sacramental" y estos nos indican que pese a haberse clausurado la sesión pública de escrutinios, por parte de la Presidenta, ésta omitió firmar el acta correspondiente, con lo cual se rechaza el punto argumentativo No. 2 del escrito presentado por la recurrente. **SEXTO: Sobre la supuesta imposibilidad de convocatoria al Pleno de la JPEO.-** La recurrente sostiene que se encontraba imposibilitada de convocar al Pleno de la Junta Provincial Electoral de Orellana y que por tal razón le fue imposible reunirse con los demás vocales a fin de dar lectura Y suscribir el acta correspondiente. El artículo 89 de la Ley Orgánica de Elecciones prescribe que una vez *"finalizado el escrutinio provincial se extenderá acta par duplicado, dejando constancia de la instalación de la sesión (...)* El acta se redactará y aprobará en la misma audiencia, debiendo ser firmada, al menos, por el Presidente y Secretario...". Debemos considerar que de acuerdo con el artículo 85 del mismo cuerpo normativo *"el escrutinio provincial no durará más de diez días cantados desde el día siguiente al que se realizaran las elecciones."* Según se desprende del acta única de escrutinios, que obra de autos; la sesión permanente y pública de escrutinios duró hasta el 6 de mayo de 2009; es decir, se encontraba dentro del término previsto por la norma legal. En este sentido, si la sesión es permanente, es decir se la desarrolla en unidad de acto; no puede durar más de diez días; y, ésta fue clausurada por la Presidenta, dentro del término previsto en la ley. En el Acta Única de Escrutinios se hace constar la participación de la Presidenta en la clausura de la sesión en referencia, así en su parte pertinente se hace constar: *"La señora Presidenta de la Junta provincial Electoral de la Provincia de Orellana, de conformidad con lo que establece las artículos 86,87 de la Codificación de las normas generales para las elecciones dispuestas en el régimen de transición de la Constitución de la República, expedidas por el Consejo Nacional Electoral y en consideración que se han (sic) concluido con el proceso de recuentos de votos de las elecciones del día 26 de abril del año 2009, en las dignidades de Presidente de la República, Asambleístas Nacionales y Provinciales, Prefectos y Vice Prefectos, Alcaldes Municipales, Concejales urbanos y Rurales de lo provincia de Orellana, declara **CLAUSURADA LA SESIÓN PUBLICA PERMANENTE DE ESCRUTINIO, INICIADA EL DÍA 26 DE ABRIL DEL AÑO 2009, A LAS 21H00"***. Por



ello, resulta absurdo pensar, que no tuvo oportunidad de convocar a la que según afirma, habría sido la reinstalación de la sesión en referencia. Por estos motivos, no se acepta el punto argumentativo No. 3 en el cual, la recurrente fundamenta su pretensión. **SÉPTIMO: Sobre el sujeto pasivo de la infracción juzgada.-** La recurrente sostiene que el juez *a quo* ha realizado una distinción peyorativa, en su contra por haber excluido del juzgamiento y sanción al Secretario de la Junta Provincial Electoral de Orellana, no así a ella, a la que se le impuso la pena, de la cual recurre, existiendo, según sostiene, responsabilidad compartida. El artículo 159, literal c) de la Ley Orgánica de Elecciones prevé la aplicación de la sanción correspondiente al "*Presidente o Secretario (...) que dejaren de firmar las actas a que están obligados por ley...*". En este sentido cabe precisar sobre dos puntos. En primer lugar, las únicas personas que pueden ser sancionadas, en virtud de la aplicación del artículo 159, literal c) son el secretario y/o el presidente o presidenta del organismo electoral desconcentrado. No obstante, el verbo rector que determina si las personas que ostentan tales cargos cometieron o no la infracción en referencia es "dejar de firmar"; por tanto, si bien ambos funcionarios, constituyen potenciales sujetos pasivos de la sanción correspondiente, del acta única de escrutinios, se desprende que únicamente la presidenta infringió lo determinado por la ley; no siendo el caso del secretario *cuya* firma consta en el acta en referencia (fojas 25 vuelta). En este sentido, el juez de primera instancia, no extendió el juzgamiento de la infracción, sometida a su conocimiento al Secretario de la Junta, dejando a salvo la posibilidad de establecer cualquier otro tipo de responsabilidad si la autoridad competente llegase a tal conclusión, luego del procedimiento previsto para el caso; asunto, que no es materia de este proceso. Por lo expuesto, no se acepta el punto argumentativo No. 4 del escrito de apelación por no existir la discriminación alegada por la recurrente, al no encontrarse las dos personas en cuestión en situación jurídica similar que ameritase el mismo trato por parte de este órgano de justicia. **OCTAVO: Sobre la supuesta duplicidad de sanción; la proporcionalidad de la pena; y, la posibilidad de aplicar penas alternativas.-** La recurrente sostiene que el juez de primera instancia ha aplicado dos penas en consideración a un mismo hecho. Del primer punto resolutivo de la sentencia recurrida se desprende que la señora Dolores Emperatriz Hernández Ruiz, fue condenada al pago de una multa de cuatro mil trescientos sesenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y suspensión de sus derechos políticos o de participación por 4 años. Para la aplicación de la sanción en referencia, el juez *a quo* se sustenta en el artículo 288, numeral 3 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, la misma que en cuanto a la pena aplicable a la "*Presidenta o Presidente y la Secretaria o Secretario de los organismos electorales desconcentradas que dejaren de firmar las actas a que están obligados,...*" textualmente prevé: "*serán sancionados con multa de veinte remuneraciones mensuales básicas unificadas y; la suspensión de los derechos políticos o de participación por cuatro años*" (El énfasis es nuestro). Como se ve, la ley no prevé la posibilidad de modular la pena aplicable a estos casos. Por otra parte, debe quedar claro que no se trata de dos sanciones, en realidad se trata de una sola sanción de la que derivan dos consecuencias concurrentes, por lo que el juzgador no podía aplicar alternativamente una de ellas; caso contrario, si el juez de primera instancia hubiese optado, según lo aconseja el recurrente, por aplicar una de las dos consecuencias jurídicas en cuestión; modularlas, o a su vez aplicar sanciones alternativas, como la destitución del cargo, suspensión de los derechos políticos y/o privación de la libertad; hubiese fallado en contra de ley expresa, lo que no sólo acarrearía la nulidad del fallo, sino que derivaría en consecuencias atinentes a una eventual responsabilidad penal del juez,



por el delito de prevaricato. En este sentido y atendiendo lo prescrito en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República, según el cual, la ley es la encargada de establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de cualquier otra naturaleza; el juez de primera instancia, al aplicar la sanción expresamente prevista en la ley, para la conducta debidamente establecida y probada, no sólo actuó en total observancia a la ley, sino que respetó el principio de proporcionalidad, establecido en la carta fundamental y el principio de *indubio pro reo*, consagrado en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución, al que nos referiremos en adelante. En consecuencia, se rechaza, por improcedentes, los puntos argumentativos Nos. 5; 9; y 10 sobre los cuales la recurrente fundamenta su pretensión. **NOVENO: Sobre el cometimiento de la infracción electoral.**- La procesada sostiene que no ha cometido la infracción que se le imputa. Al respecto cabe señalarse que como bien afirma el juez de primera instancia *"...la estructura de la infracción transcrita se desprende su naturaleza formal; es decir, que del sólo acto u omisión previsto por la ley se desprende su antijuridicidad punible sin importar si alcanza o no a producir un daño o consecuencia indeseable. Se trata de uno figura autosuficiente, de simple actividad, que por su consumación inmediata no requiere un análisis sobre un posible nexo causal entre el acto u omisión y los efectos que llegase a producir. Por tanto, se trata de uno figuro de estructura culposa y por ello serio irrelevante argumentar, probar o razonar sabré la posible existencia de elementos dolosos puesto que lo posibilidad de poner en peligro la validez del proceso electoral está ligado a la sola omisión de la firma por parte de la Presidenta o Presidente o de la Secretaria a Secretario."*. Al ser una infracción que sanciona la sola responsabilidad objetiva, bastaría con remitirse al Acta Única de Escrutinios para establecer que, salvo el caso de probarse suficientemente la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, que le impidió sobreponerse y actuar con sujeción al mandato de la ley, la infracción materia de este juzgamiento se consume con la sola omisión de suscripción del acta en referencia, cuando en atención al cargo público que se ostenta, la persona se encuentra en la obligación jurídica de hacerlo, como de hecho ocurre en este caso. En tal sentido y toda vez que no se ha probado, de forma alguna la existencia del alegado caso fortuito; y por el contrario, por haberse constatado material y procesalmente la inexistencia de la firma de la Presidenta de la Junta Provincial Electoral, en el Acta Única de Escrutinio, este Tribunal de Alzada llega a la convicción razonable que la infracción imputada a la señora Dolores Emperatriz Hernández Ruiz, fue efectivamente cometida por la persona en cuestión. En este sentido, se rechaza por improcedentes los puntos argumentativos Nos. 6 y 8 sobre los cuales, la recurrente sustenta su pretensión. **DÉCIMO: Sobre la aplicación de la sanción más benigna.**- La recurrente sostiene que se ha violado, en su perjuicio, el principio de reserva de ley previsto, en materia de infracciones y sanciones por la Constitución de la República toda vez que, según su criterio, el juez de primera instancia le habría juzgado por una conducta tipificada en una ley y aplicado la sanción prevista en otra, que a la fecha no se encontraba vigente. Efectivamente, el juez *a quo* aplica la pena prevista en el artículo 288, numeral 3 de la Ley Orgánica Electoral, la misma que de conformidad con su disposición final dice *"...entrará en vigencia uno vez proclamados los resultados oficiales de las elecciones generales previstas en el régimen de transición..."*. En este sentido, la recurrente tiene razón al sostener que el Código de la Democracia, pese a haber sido publicado en el Registro Oficial No. 578 de 27 de abril de 2009, se encontraba en período de suspenso. Sin perjuicio de ello, el numeral 5 del artículo 76 de la Constitución de la República prescribe que *"...en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones dife-*



*rentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a lo infracción. En caso de duda sobre la norma que contengo sanciones, se aplicará en el sentido más favorable o lo persono infractora.".* Cabe analizar entonces, si pese a su actual estado de suspensión, el Código de la Democracia podía ser aplicable al caso en concreto. En primer lugar, se verifica que tanto el artículo 159, literal c) de la ley Orgánica de Elecciones como la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, en su artículo 288, numeral 3, prevén como conducta merecedora de sanción, el hecho que la Presidenta o el Presidente de una Junta Provincial Electoral, omitan firmar las actas a las que por ley se encuentran obligados. En este sentido, las dos disposiciones poseen la jerarquía normativa necesaria, para tipificar infracciones y establecer sanciones, en observancia al principio de reserva de ley consagrado en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República. Por otra parte, ambas normas legales regulan al sistema electoral. En segundo lugar, la Constitución permite aplicar una norma promulgada con posterioridad al cometimiento de una infracción, condicionando dicha aplicación a que la consecuente sanción sea menos rigurosa que la originalmente determinada. En este sentido, si bien el Código de la Democracia no se encontraba vigente en el momento del cometimiento de la infracción juzgada, ésta tipifica los mismos hechos, por lo que sólo restaría establecer si cumple con la condición de benignidad que permitiría su legítima aplicación. El juez de primera instancia, a fin de determinar cuál de las dos normas en conflicto resulta más favorable a la situación jurídica de la encausada, se remite a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe destacar que, al ser el Ecuador uno de los Estados que reconoce y se somete a las competencias jurisdiccionales de dicho organismo, acepta además que tales criterios y estándares fijados por dicha corte, constituyen norma jurídica vinculante, en sentido estricto, provista de jerarquía suprallegal, puesto que, se trata de una interpretación oficial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y por tal, aplicando el principio de paralelismo de las formas jurídicas, esta interpretación, sólo puede ser realizada mediante otra norma de igual jerarquía. Así las cosas, esta norma interpretativa se entendería incorporada al sistema jurídico interno, en cuanto ésta prevé una esfera de mayor protección, respecto de los derechos humanos, según lo establece el artículo 417 de la Constitución de la República. En este orden de ideas, la Corte Interamericana reconoce en su jurisprudencia el principio del *derecho penal mínimo*, así como la teoría garantista creada y desarrollada por el profesor italiano Luigi Ferrajoli a partir de la publicación en 1995 de la primera edición de su obra "*Derecho y Razón*". Ferrajoli responde a la pregunta que se formula y da título al décimo tercer capítulo de la obra en referencia ¿Qué es el garantismo? El autor sostiene: "*Según una primera acepción, -«garantismo» designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por la que respecta al proceso penal, el modelo de <<estricta legalidad>> SG propio del estado de derecho que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo a de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de las ciudadanos. En consecuencia es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.".* (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, séptima edición, 2005, pp.851 y 852). Podemos decir entonces que en atención al modelo garantista de derechos fundamentales establecidos en la Constitución y la ley, las penas privativas de la libertad únicamente pueden ser aplicadas como *ultima ratio* ya que el sólo hecho de limitar físicamente a una persona, implica una forma violenta de ejercer



el poder punitivo del Estado y colocar a la persona en un estado de vulnerabilidad; por tanto, las penas de prisión o reclusión, si bien son necesarias en casos de peligrosidad extrema, ya no son aplicables al Derecho Electoral, no sólo porque la nueva ley no las contempla, sino porque en aplicación de un razonamiento ponderativo, el legislador en sintonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos considera, que la libertad de una persona es aún más importante. Lo que tampoco implica la instauración de un estado de impunidad, ya que el poder de sancionar se desplaza hacia esferas menos agresivas como es el caso de las sanciones con multa y suspensión de derechos políticos y de participación, bajo el marco de estricta legalidad heredado del derecho penal clásico y potencializado en el estado social de derechos y justicia. En suma, se rechaza el punto argumentativo No. 7 sobre el cual la recurrente sustenta su pretensión. Una vez agotados todos los puntos controvertidos, según lo expuesto; **EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN: I)** Se confirma en todas sus partes la sentencia emitida por el juez de primera Instancia. **II)** Ejecutoriado que sea este fallo, remítase copia certificada del expediente, para su ejecución al Consejo Nacional Electoral; y, con copia de esta sentencia notifíquese a la Contraloría General del Estado, a la Dirección del Registro Civil, Identificación y Cedulación, a la Superintendencia de Bancos y demás autoridades competentes. **Cumplase y Notifíquese.** Actúe el abogado Fabián Haro Aspiazú, Secretario Relator Ad-hoc. **F)** Dra. Amanda Páez Moreno (V.S.), Jueza (s); Ab. Douglas Quintero Tenorio, Juez (s); y Dra. Nelly Cevallos Borja, Jueza (s).

## VOTO SALVADO DE LA DRA. AMANDA PÁEZ MORENO

### TRIBUNAL CONTENCIOSO ELECTORAL TRIBUNAL DE ALZADA.- VOTO SALVADO.-

Quito, Distrito Metropolitano, 15 de julio de 2009; las 17h00.- **VISTOS:** En el recurso de apelación a la sentencia dictada por el Abogado Juan Paúl Icaza, en calidad de juez *a quo*, dentro de la causa signada con el número 404-2009, me permito manifestar, que disiento de la Resolución de mayoría y formulo mi Voto Salvado o Disidente, en los siguientes términos:

**PRIMERO: Antecedente.-** En el escrito de apelación, la recurrente, señora Dolores Emperatriz Hernández Ruiz, a la sazón, Presidenta de la Junta Provincial Electoral de Orellana, en adelante JPEO, solicita la revocatoria de la sanción impuesta por el juez *a quo*, con los siguientes fundamentos: **1)** "...que: en el Quinto considerando..." (léase de la sentencia que se recurre) "...se recoge de manera errónea los dichos por la Defensa, dado que en la exposición esgrimida el día de la audiencia, se dijo claramente que yo **"nunca me negué a firmar el acta general de escrutinios y que el señor Secretario por motivos que él sabrá explicar no nos presentó dicha acta a pesar de que se los solicitamos por varias ocasiones"** (sic) (Negrillas corresponden al texto original); **2)** en mención a la sesión de 6 de mayo de 2009 de la Junta Provincial Electoral de Orellana, dice la recurrente que "...la sesión se encontraba suspendida hasta que el señor Secretario entregue al Pleno de la Junta Provincial Electoral para que en reunión final, lea,



revise, corrija, apruebe y firme en unidad de acto dicha acta por parte de todos los miembros de la Junta"; **3)** "Que el custodio del Acta final de escrutinios, es el señor Secretario, quien no debió certificar dicho documento y entregarlo al TCE, hasta que el Pleno de la Junta Provincial Electoral la trate, rectifique, apruebe y firme, de suerte que, el hecho de certificar y entregar dicho documento al TCE, es exclusiva responsabilidad del Custodio del Acta, dado que por ningún motivo, yo como Presidenta de la Junta Provincial Electoral debía firmar el Acta, hasta que me la entregaran físicamente y entonces convocar a la reunión al Pleno para el debido tratamiento de dicha Acta"; **4)** no pudo convocar al Pleno de la JPEO para que apruebe y firme el acta y menos si nunca se le entregó dicha Acta; **5)** que no se hace certero análisis, causa y efecto para desembocar en el juicio de valoración de la omisión (léase de la firma en el Acta de Escrutinios) como conducta; no se considera la base que causa el hecho "omisivo" y sólo se enfoca la ausencia de firma. **SEGUNDO: Referencia de acontecimientos.- A)** El día 6 de mayo de 2009, se da por terminada la sesión pública de audiencia de escrutinios en la JPEO; **B)** consta de las certificaciones emitidas por el Prosecretario del Consejo Nacional Electoral (fs. 54 y 55 del expediente) que la encausada tuvo que trasladarse a la ciudad de Quito, llamada por dicho organismo, en el lapso del 13 al 15 de mayo y, los días 21 y 22 del mismo mes de 2009 (fs. 54 y 55 del expediente); **C)** asimismo, el Prosecretario del Consejo Nacional Electoral ha certificado a fs. 57 y 58 de la causa, que el Secretario de la JPEO y otros servidores de ese organismo, permanecieron en Quito, en el Consejo Nacional Electoral, los días 17,18, 19 y 20 de mayo de 2009, llamados por la Consejera Marcia Caicedo, para realizar control de calidad de documentos electorales y entrega de documentación de la causa No. 302-2009, requerida por el Tribunal Contencioso Electoral; **D)** consta del expediente, a fs. 49-51 y vta., la Audiencia Oral de Juzgamiento, evacuada por el juez *a quo*, a la que comparecen la encausada y los testigos, miembros de Junta, calificados en derecho; los testigos declaran que el Secretario tenía varios días para legalizar el Acta, que no saben por qué no lo hizo, que viajó, que todos los miembros de Junta insistieron al Secretario para firmar el Acta, que evidentemente faltaban firmas de la Presidencia, Vicepresidencia y dos Vocales, que la Presidenta, en los días posteriores a la terminación de la sesión pública de audiencia de escrutinios se encontraba en Quito, que el Secretario igualmente, por lo que "uno estaba en Quito y otro en Orellana", "se cruzaron"; que la fecha en que se concluyó el Acta de Orellana fue el 13 de mayo, día en que la Presidenta se encontraba en Quito; y, en suma que "la firma no se dio por la Presidenta porque el Secretario no elaboró el Acta" (léase no concluyó); los testigos confirman al juez *a quo* en sus declaraciones, el hecho de haber exigido al Secretario la entrega del Acta y su legalización por ser custodio del documento, para además cumplir con el pedido que les hiciera la Presidenta; **E)** consta también, según los testimonios y la realidad fáctica, que el Secretario tenía a su cargo varias responsabilidades a cumplir paralelamente, dado los tiempos del proceso electoral, así, el Acta, las quejas, reclamo del Movimiento Pachacutik, impugnaciones, apelación del caso Sevilla. **TERCERO: Conducta, daño y sanción.- I)** En un hecho determinado, la conducta del sujeto participante debe ser relacionada con el daño causado para la aplicación de una sanción y establecerse que la conducta es culposa, valorando las circunstancias constitutivas de la culpa, con el propósito de no condenar a un inocente. Culpa, civil o penal se define por una omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño.

En el caso, si legalmente, la encausada tenía la obligación de firmar el acta de escrutinios, situación que no la niega, esta obligación solamente podía cumplirse si el Secreta-





rio le hubiera entregado físicamente el documento, siempre que hubiera tenido en sus manos el Acta de marras, lo cual no ocurrió por las circunstancias y condiciones presentes en la realidad fáctica; esto es, lo que corrobora el propio proceso electoral, las declaraciones de los testigos y de la encausada y, la prueba documental. En suma, se trata de una infracción de estructura no culposa por cuanto no le fue entregada el Acta a la encausada y porque no hay prueba de que la encausada haya expresado su voluntad de no firmar el documento. **II) Omisión del procedimiento legal.-** La recurrente sostiene que se encontraba imposibilitada de convocar al Pleno de la Junta Provincial Electoral de Orellana y por tal razón le fue imposible reunirse con los demás vocales a fin de dar lectura y suscribir el acta correspondiente, para así cumplir con lo determinado por el artículo 89 de la Ley Orgánica de Elecciones que establece, una vez *"finalizado el escrutinio provincial se extenderá acta por duplicado, dejando constancia de la instalación de la sesión (...) El acta se redactará y aprobará en la misma audiencia, debiendo ser firmada, al menos, por el Presidente y Secretario..."*. En el caso, el Acta no fue concluida por parte del Secretario, si no hasta el 13 de mayo de 2009, luego se presentaron hechos que determinaron la presencia física de la encausada en la ciudad de Quito, por dos ocasiones y del Secretario responsable del Acta. De acuerdo con el artículo 85 del mismo cuerpo normativo *"el escrutinio provincial no durará más de diez días contados desde el día siguiente al que se realizaron las elecciones."*, es norma que debió ser observada tanto por la Presidenta cuanto por el Secretario, custodio del Acta. En el Acta de sesión pública de escrutinio se hace constar la frase que en negrillas aparece: **"CLAUSURADA LA SESIÓN PUBLICA PERMANENTE DE ESCRUTINIO, INICIADA EL DÍA 26 DE ABRIL DEL AÑO 2009, A LAS 21H00"**. Esta frase sacramental fue la advertencia al Secretario de concluir el Acta sin dilaciones, tomando en consideración que el procedimiento obliga a tener al día la elaboración de todas las partes del Acta originadas en el curso de las sesiones anteriores. **III) Realidad objetiva y realidad fáctica.-** El juez de primera instancia ha dicho: *"...la estructura de la infracción transcrita se desprende su naturaleza formal; es decir, que del sólo acto u omisión previsto por la ley se desprende su antijuridicidad punible sin importar si alcanza o no a producir un daño o consecuencia indeseable. Se trata de una figura autosuficiente, de simple actividad, que por su consumación inmediata no requiere un análisis sobre un posible nexo causal entre el acto u omisión y los efectos que llegase a producir. Por tanto, se trata de una figura de estructura culposa y por ello sería irrelevante argumentar, probar o razonar sobre la posible existencia de elementos dolosos puesto que la posibilidad de poner en peligro la validez del proceso electoral está ligado a la sola omisión de la firma por parte de la Presidenta o Presidente o de la Secretaria o Secretario."* No se niega aquello, siempre que se haya considerado y valorado la prueba documental y testimonial. Existe omisión que acarrea la sanción correspondiente, siempre que se haya demostrado que hubo intención y culpa en no suscribir el Acta de Escrutinios Electorales; en el hecho de que la encausada se haya negado a firmarla, puesto que además no existe "responsabilidad objetiva" separada de la realidad fáctica, de la demostración de intento de hacer daño. A la culpa se llega cuando se prueba que el sujeto ha obrado con *"voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho"*. **IV) Responsabilidad compartida.-** De acuerdo con la norma del artículo 89 de la Ley Orgánica de Elecciones que se invoca, no cabe tampoco justificación alguna sobre la obligación que tenía la señora Dolores Emperatriz Hernández Ruiz, Presidenta de la JPEO, de ordenar en acto expedito al Secretario la conclusión final del Acta, una vez finalizada la que fue última sesión pública de escrutinios del día 6 de mayo de



2009, para así recoger las firmas de los miembros de la Junta y terminar con el proceso en la jurisdicción del organismo provincial electoral. En este sentido obliga la indicada norma, su omisión en consecuencia, deriva en responsabilidad de la Presidenta que comparte con el Secretario, debido a los hechos sucedidos por la falta de entrega física del Acta, según los testimonios y la prueba documental. En tales circunstancias, **EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN: I)** Se declara que la señora Dolores Emperatriz Hernández Ruiz, como Presidenta de la Junta Provincial Electoral de Orellana, ha procedido sin solicitud, diligencia ni eficiencia en el proceso de elecciones generales del año 2009; ha incumplido el procedimiento legal en la conclusión de dicho proceso; y, no ha ejercido su autoridad para la finalización y legalización del Acta de Escrutinios en la indicada jurisdicción provincial; por lo que, en consideración a lo expuesto, se acepta parcialmente su petición de revocatoria del fallo de primera instancia. **II)** Se recomienda, en consecuencia, se levante un sumario administrativo en su contra y en la del Secretario de la Junta, en sus calidades de servidores sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Homologación de Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, a fin de que se apliquen las sanciones correspondientes por negligencia en el servicio. **III)** Remítase copias certificadas de todo el expediente al Consejo Nacional Electoral, a fin de que inicie el sumario administrativo en contra del Secretario de la Junta Provincial Electoral de Orellana, para establecer eventuales responsabilidades de carácter administrativo legal. **IV)** Ejecutoriado que sea este fallo, remítase copia certificada del expediente para su ejecución al Consejo Nacional Electoral; y, con copia de esta sentencia notifíquese a la Contraloría General del Estado, a la Dirección del Registro Civil, Identificación y Cedulación, a la Superintendencia de Bancos y demás autoridades competentes. Cúmplase y Notifíquese. Actúe el abogado Fabián Haro Aspiazu, Secretario Ad hoc.- **Cúmplase y notifíquese. F)** Dra. Amanda Páez Moreno, Jueza (s).