

Quito, D.M., 2 de septiembre de 2020

**Caso No. 1651-12-EP**



**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN  
EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES,  
EXPIDE LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA**

**TEMA:** Esta sentencia analiza si se han violentado el debido proceso y el derecho a la libertad de expresión a un medio de comunicación, en un proceso de infracción electoral. Especialmente, se desarrolla la importancia de la libertad de expresión en épocas electorales y se aplica el test tripartito para verificar vulneraciones a la libertad de expresión.

Contenido

<b>I. ANTECEDENTES .....</b>	<b>2</b>
1.1 Antecedentes procesales .....	2
1.2 Hechos probados: La publicación de la Revista Vistazo .....	4
1.3 Las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral (TCE) .....	4
<b>II. COMPETENCIA .....</b>	<b>6</b>
<b>III. ALEGACIONES DE LAS PARTES .....</b>	<b>6</b>
3.1 De la parte accionante .....	6
Violación al principio de legalidad en materia sancionatoria: .....	6
Violación del principio de irretroactividad de normas sancionatorias .....	7
Violación del principio de aplicación de sanción menos rigurosa .....	7
Sanción no proporcional y no motivada .....	7
Violación al derecho a la defensa .....	8
Violación al principio de presunción de inocencia .....	8
Falta de imparcialidad de los juzgadores y vulneración al derecho a la igualdad .....	9
Violación del derecho de contradicción .....	9
Violación a la libertad de expresión .....	9
3.2 Informe de descargo del Tribunal Contencioso Electoral .....	10
<b>IV. ANÁLISIS DEL CASO .....</b>	<b>11</b>
4.1 Consideraciones previas .....	11
4.2 ¿La sentencia y auto impugnados violaron el debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución en las garantías de los numerales 2, 3, 5, 6 y 7, incluida la presunción de inocencia? .....	17
Violaciones alegadas al principio de legalidad previsto en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución .....	18

Violaciones alegadas a los principios de aplicación de la sanción menos rigurosa y de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, previstos en los numerales 5 y 6 del artículo 76 de la Constitución.....	20
Violaciones alegadas a la presunción de inocencia prevista en el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución .....	23
Violaciones alegadas al derecho a la defensa y derecho de contradicción previstos en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución.....	23
Violaciones alegadas a la garantía del juez imparcial prevista en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución.....	31
4.3 ¿La sentencia y auto impugnados por los que se sanciona electoralmente a un medio de comunicación violaron el derecho a la libertad de expresión?.....	32
La libertad de expresión y su protección en contextos electorales.....	33
La decisión impugnada que sanciona la publicación de Vistazo como propaganda electoral. .	37
El test tripartito para las posibles limitaciones a la libertad de expresión.....	41
Legalidad.....	41
Finalidad legítima de la sanción.....	42
Idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción .....	45
4.4 Medidas de reparación.....	45
<b>V. PARÁMETROS A CONSIDERAR PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS ELECTORALES .....</b>	<b>46</b>
<b>VI. DECISIÓN .....</b>	<b>49</b>

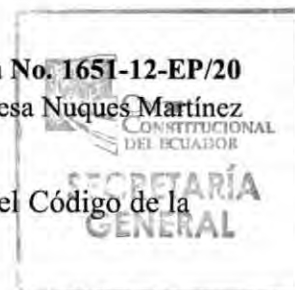
## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1 Antecedentes procesales**

1. El 20 de junio de 2011, Víctor Raúl Ocaña presentó una denuncia contra Editores Nacionales S.A. ENSA (“**ENSA**”) por haber incurrido en la infracción electoral prevista en el numeral 3 del artículo 277 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador (“**Código de la Democracia**”), en el editorial de la edición No. 1049 de la Revista Vistazo, signada con el caso No. 794-2011-TCE.
2. Posteriormente se presentaron cuatro denuncias más por el mismo editorial, pero imputándole la infracción prevista en el numeral 2 del mismo artículo, las que fueron acumuladas a la denuncia presentada, quedando acumulados los casos Nos. 794-2011-TCE, 827, 838, 829 y 830-2011-TCE.
3. Mediante sentencia del 12 de diciembre de 2011, una Jueza del Tribunal Contencioso Electoral, resolvió desestimar por improcedentes las denuncias presentadas contra ENSA, ratificando su inocencia.
4. Subida la causa por recurso de apelación, el pleno del Tribunal Contencioso Electoral (“**TCE**”) mediante sentencia del 26 de septiembre de 2012 y auto que resolvió el pedido de aclaración y ampliación del 29 de septiembre de 2012, declaró a ENSA



Sentencia No. 1651-12-EP/20  
Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez



responsable de la infracción prevista en el numeral 2 del artículo 277 del Código de la Democracia<sup>1</sup>, imponiéndole la multa de USD 80.000,00.

5. El 11 de octubre de 2012, ENSA presentó acción extraordinaria de protección contra la sentencia del TCE del 26 de septiembre de 2012 y el auto que despachó los pedidos de aclaración y ampliación del 29 de septiembre de 2012 a las 13h00 (“**sentencia y auto impugnados**”).
6. En certificación de la Secretaría General de la Corte Constitucional de 17 de octubre de 2012 consta que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.
7. En el auto de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional de 4 de julio de 2013 conformada por los exjueces constitucionales Tatiana Ordeñana Sierra, Ruth Seni Pinoargote y Manuel Viteri Olvera, se admitió la presente acción disponiendo que se proceda al sorteo respectivo para la sustanciación.
8. El 05 de febrero de 2019 fueron posesionados ante el Pleno de la Asamblea Nacional, las juezas y jueces constitucionales Hernán Salgado Pesantes, Teresa Nuques Martínez, Agustín Grijalva Jiménez, Ramiro Ávila Santamaría, Alí Lozada Prado, Daniela Salazar Marín, Enrique Herrería Bonnet, Carmen Corral Ponce y Karla Andrade Quevedo.
9. De conformidad con el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión de 19 de marzo de 2019, la sustanciación correspondió a la jueza constitucional Teresa Nuques Martínez, quien avocó conocimiento de la presente causa mediante providencia de 20 de junio del 2019.
10. Conforme fue dispuesto por la jueza sustanciadora, el día 3 de julio del 2019, se recibió el informe del presidente del Tribunal Contencioso Electoral.
11. El día 07 de agosto del 2019, tuvo lugar la audiencia pública en la presente causa, en la que intervinieron la compañía accionante y el Tribunal Contencioso Electoral.
12. Mediante escritos posteriores, compareció la Procuraduría General del Estado el 15 de agosto de 2019, las partes ratificaron gestiones realizadas de la audiencia el 7 de agosto de 2019 y formularon argumentos en escrito del 20 de noviembre de 2019.
13. No deja de llamar la atención de esta Corte que la demanda haya sido presentada el 17 de octubre de 2012, sin que la acción extraordinaria de protección haya sido resuelta oportunamente por los anteriores jueces y juezas de la Corte Constitucional.

<sup>1</sup> Art. 277 Código de la Democracia: “Art. 277.- Constituyen infracciones por parte de los medios de comunicación social, las siguientes: (...) 2. La difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral”. (Nota. Este artículo se encuentra actualmente reformado en el R.O Suplemento 134 del 3 de febrero de 2020; sin embargo, se cita el texto anterior a dicha reforma en virtud de que fue la aplicada en el caso concreto).

## 1.2 Hechos probados: La publicación de la Revista Vistazo

14. A fojas 13 del proceso de instancia, consta la publicación objeto de la denuncia electoral ante el TCE (“el editorial”), que fue publicado en la Sección “Editorial”, página 17 de la edición No. 1049 en la Revista Vistazo, titulado “Un no rotundo” y con la marca de una “X” en la opción “No” en las preguntas Nos. 3, 4, 5 y 9 de la papeleta para el referéndum y enmienda constitucional de mayo de 2011<sup>2</sup>.
15. En el editorial de la Revista Vistazo No. 1049, se concluía que *“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.”*

## 1.3 Las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral (TCE)

16. El juzgamiento y sanción de infracciones electorales son resueltas en primera instancia ante un juez electoral y en segunda instancia por el Pleno del TCE<sup>3</sup>. En el presente caso, las decisiones respecto de las denuncias presentadas contra ENSA por la Revista Vistazo No. 1049, fueron las siguientes:
17. **Sentencia de primera instancia:** La Doctora Ximena Endara Osejo, Jueza del Tribunal Contencioso Electoral, el día 12 de diciembre de 2011 decidió desestimar, por improcedentes, las denuncias presentadas contra ENSA, ratificando su inocencia.
18. Las razones principales de su fallo fueron: **(i)** el editorial *“no es considerado como publicidad, por tanto no estaría inmerso en la prohibición que contempla el artículo 205 del Código de la Democracia”*; **(ii)** no contraviene el artículo 202 ibidem en el cual *“no hay nada que prohíba la publicación de las opiniones de los medios de comunicación a través de su espacio editorial”*; **(iii)** El editorial no incumple lo

<sup>2</sup> Las preguntas en cuestión de la Consulta popular y referéndum del 7 de mayo de 2011, tenían como objetivos: a) prohibir a las instituciones del sistema financiero privado y a las empresas de comunicación de carácter nacional a ser titulares de acciones en empresas ajenas a su actividad (pregunta 3); b) Sustituir el Pleno del Consejo de la Judicatura para crear uno transitorio para que reestructure la Función Judicial (pregunta 4); c) Modificar la elección de los 5 miembros del Pleno del Consejo de la Judicatura mediante temas remitidas por la Asamblea Nacional, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, Fiscal General del Estado, Defensor Público y Función Ejecutiva (pregunta 5); y, d) La creación de un Consejo de Regulación de difusión de contenidos en televisión, radio, prensa y que establezca criterios de responsabilidad de los comunicadores y medios emisores (pregunta 9).

<sup>3</sup> Artículo 72 Código de la Democracia. Nota. Este artículo fue reformado en R.O. Supl. 166 del 21 de Enero de 2014.



dispuesto en el artículo 277 numeral 2 ibidem *“en virtud de que no es propaganda política o electoral ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral, sino que obedece a la opinión propia del medio de comunicación que hace uso de uno de los espacios tradicionales que la prensa escrita ha contenido siempre para hacer conocer las opiniones oficiales del medio de comunicación”*; (iv) El editorial no incumple disposiciones referentes a propaganda en campaña electoral establecidas en la ley, ya que *“este cuerpo legal no prohíbe o impide la emisión de opiniones propias de los medios de comunicación en los procesos electorales”*.

**19. Sentencia de segunda instancia:** El Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, en la sentencia del 26 de septiembre de 2012 y auto del 29 de septiembre del mismo año, resolvió revocar la sentencia subida en grado y declarar a ENSA *“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. Imponer a la parte denunciada una multa de OCHENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.”*

**20.** Las razones principales del fallo fueron: (i) de conformidad con normas de la Constitución (artículo 115) y Código de la Democracia (artículos 202, 205), la propaganda o publicidad electoral tiene como única finalidad promocionar una candidatura o cualquier tipo de posición electoral con el objeto de adquirir la adhesión ciudadana. La misma se encuentra limitada, pues se designa al Consejo Nacional Electoral (CNE) para el reparto equitativo de los espacios en medios de comunicación masivo (prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias) y solo aquellas personas que cuentan con la autorización del CNE pueden promocionar sus preferencias electorales. Apunta que la publicidad electoral no autorizada debe ser sancionada tanto para sujetos políticos como para otros grupos o personas que no lo son; (ii) que el editorial de ENSA es sin lugar a dudas *“la 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”* y es 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 corresponde (que se) analice la juridicidad de esta actuación...”*; (iii) Revista Vistazo realizó propaganda electoral a favor de una postura negativa dentro del referendo y consulta popular del 7 de mayo de 2011 sin contar con la autorización del CNE incurriendo en una infracción electoral del artículo 275 (3) del Código de la Democracia; (iv) conforme a la resolución del CNE, la campaña electoral duraba del 26 de marzo al 4 de mayo de 2011 y para la fecha en que circuló el editorial de la Revista Vistazo No. 1049, el 6 de mayo de 2011, se encontraba prohibida la difusión de publicidad electoral y se encontraba en vigencia el silencio electoral.; (v) que ENSA incurrió en la infracción del artículo 277 (2) ibidem *“al difundir propaganda electoral, sin ser sujeto político y dentro del periodo de vigencia de silencio electoral...”* y al tener distribución a nivel nacional y una presencia de más de 55 años que demuestra alta recepción entre lectores y que al haber generado un daño importante se impone una sanción proporcional.

21. El Pleno del TCE agrega en el auto del 29 de septiembre de 2012, que entienden por daño, la mayor o menor afectación de los principios y, que, en el caso concreto, con la conducta tipificada del artículo 277 (2) del Código de la Democracia y el principio es la igualdad de oportunidades de diversas posturas inmersas en un proceso electoral, *“el daño causado por Editores Nacionales S.A. tiene una categoría intermedia”*.
22. La sentencia del TCE impuso al medio de comunicación ENSA una sanción pecuniaria de USD 80.000,00 y en virtud de haberse interpuesto una acción extraordinaria de protección, el expediente fue remitido a esta Corte Constitucional. No se han acreditado más hechos ni la imposición de otras sanciones.

## II. COMPETENCIA

23. El artículo 94 de la Constitución, en concordancia con los artículos 58 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”) en concordancia con el artículo 46 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional (“CRSPCC”), otorgan competencia al Pleno de la Corte Constitucional para conocer y resolver las acciones extraordinarias de protección.

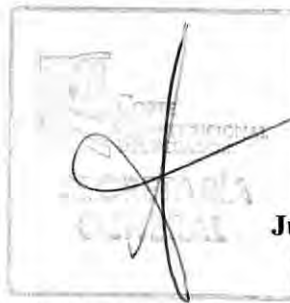
## III. ALEGACIONES DE LAS PARTES

### 3.1 De la parte accionante

24. En lo principal, ENSA manifestó que el TCE la declaró responsable de la infracción prevista en el artículo 277 numeral 2 del Código de la Democracia y que se le impuso una multa de USD 80.000,00. Expresó que se incurrió en varias violaciones a los derechos constitucionales en la sentencia y auto impugnados por lo que solicita que se los deje sin efecto y se dispongan las medidas de reparación integral. A continuación, un resumen de las alegaciones que *in extenso* ha desarrollado la accionante en su demanda de acción extraordinaria de protección:

#### **Violación al principio de legalidad en materia sancionatoria:**

25. Alegó que el TCE pretende aplicar una sanción sin que haya una norma previa y clara que tipifique la infracción. Señaló varias razones por las que considera que el editorial denunciado no era propaganda o publicidad electoral e indicó que se vulneró el principio de legalidad al calificarlo como tal, violentándose los numerales 3 y 5 de los artículos 76 y 82 de la Constitución y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
26. Manifestó que el TCE cayó en una notoria contradicción, pues al inicio de la sentencia define a la propaganda o publicidad electoral, para luego decir que el editorial es una opinión y que esas conclusiones son ajenas al principio de legalidad,



pues el TCE pretende acomodar los hechos para subsumirlos en un tipo infraccional previsto para otros casos e ignora su propia jurisprudencia.

27. Expresó que el TCE en la sentencia ha inobservado su propia jurisprudencia en la que ha distinguido propaganda de lo que es simplemente informar y el requerimiento de la repetición para la propaganda electoral e intención de realizar propaganda política. Al respecto, citó los casos Nos. 269-2011-TCE, 069-2011-TCE y 163-2009-TCE.

#### **Violación del principio de irretroactividad de normas sancionatorias**

28. ENSA expresó que la emisión de una opinión durante el período de veda o de silencio electoral es punible únicamente a partir del 6 de febrero de 2012 en virtud de la reforma al artículo 207 del Código de la Democracia y no con anterioridad. Alegó que en el presente caso el TCE violentó el principio de irretroactividad, pues dice que el editorial es propaganda electoral, que se publicó dentro del período de silencio electoral, que induce a los electores sobre una posición o preferencia electoral por el “no” en cuatro preguntas; criterios que no comparte, pero, que, si así fuese, en ese tiempo, no era infracción.
29. Señaló a su favor el numeral 5 del artículo 76 de la Constitución y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, reprodujo el artículo 207 del Código de la Democracia vigente al momento de publicarse el editorial constante en la edición No. 1049 de la Revista Vistazo y su reforma del 6 de febrero de 2012.

#### **Violación del principio de aplicación de sanción menos rigurosa**

30. ENSA manifestó que en la sentencia impugnada se dice que se vulneró lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 291 del Código de la Democracia que plantea como sanción el 50% de una remuneración mensual básica unificada (USD 292.00), y que resulta llamativo que se le imponga una multa de USD 80.000,00. Alegó a su favor el numeral 5 del artículo 76 de la Constitución en cuanto a la aplicación de la norma menos rigurosa y aplicado por el TCE en el caso No. 271-2009.

#### **Sanción no proporcional y no motivada**

31. ENSA argumentó que la multa puede ir desde los USD 50.00 a USD 100.000,00 y se le impone una multa de USD 80.000,00 sin que para ello se analice si existen circunstancias agravantes o atenuantes, reincidencias, etc.
32. Expresó que en la sentencia impugnada se dice que el daño “no es capaz de llegar al estándar máximo de difusión e impacto comunicacional” y en el auto impugnado que “el daño tiene una categoría intermedia”, pero se le impone una sanción cercana a la pena máxima, sin motivación.
33. Alegó a su favor el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones del numeral 6 del artículo 76 de la Constitución y del numeral 7 en torno a la motivación.

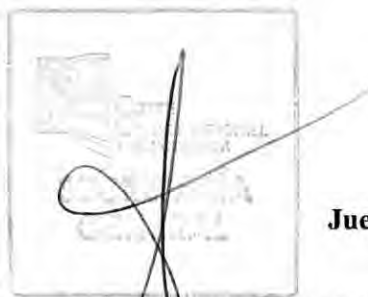


**Violación al derecho a la defensa**

34. ENSA expresó que la jueza de primer nivel dispuso que las denuncias sean corregidas sucesivamente, que no las calificó de incompletas a pesar de no contener el anuncio de prueba, irrespetando el principio dispositivo del artículo 168 numeral 6 de la Constitución y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículos 2 y 84 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del TCE; y lesionando su derecho a la defensa y otros previstos en los literales b, c, h del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución.
35. Manifestó que, por su insistencia, la jueza de primer nivel señaló a los denunciados su obligación de anunciar prueba y que solo tres días hábiles antes de la audiencia de prueba y juzgamiento anunciaron la prueba, esto es, el 13 de octubre de 2011.
36. ENSA señaló que anunció prueba de descargo sin tener acceso a la prueba de cargo por lo que se violó el derecho a la defensa; y al respecto, cita las sentencias Nos. 024-10-SEP-CC y 060-10-SEP-CC.
37. Expuso que en la sentencia impugnada se incurre en el cambio de imputación de la infracción electoral denunciada, lo que implica violación al derecho a la defensa, pues en las denuncias presentadas se imputaba la infracción contenida en los numerales 2 y 3 del artículo 277 de la Ley Electoral, pero la sentencia del Pleno del TCE en el problema jurídico señala la infracción contenida en el numeral 3 del artículo 275 del Código de la Democracia.
38. Señaló que esto vulneró además el literal a) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución y que además es una sanción que no es imputable a un medio de comunicación, sino a un sujeto político definido en el artículo 244 del Código de la Democracia.

**Violación al principio de presunción de inocencia**

39. ENSA manifestó que no solicita valoración de pruebas ni análisis de hechos por parte de la Corte Constitucional, pero que se incurre en violaciones al debido proceso porque se ha condenado a Vistazo sin prueba alguna. Citó a su favor el artículo 76.1, 76.2 de la Constitución, y los artículos 8.1, 8.2, 14.2, 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
40. Argumentó que el TCE no hace ningún análisis de la prueba que obra del proceso. Que el TCE dice que la edición No. 1049 de la Revista Vistazo circuló desde el 6 de mayo de 2011 por el mero hecho que en la portada aparece esa fecha, cuando circuló desde el 4 de mayo de 2011 y que en la sentencia impugnada se indica que se ha ocasionado un daño, pero en ningún momento se precisa en qué consistió ese alegado daño para tasar la multa.



41. Señaló que la presunción de inocencia pretende excluir el prejuicio, esto es el juicio anticipado, general y condenatorio sin miramiento de la prueba, hechos y la responsabilidad, es decir, excluye la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias y para condenar se requiere prueba suficiente, pues la inocencia debe ser enervada durante el proceso con prueba actuada dentro del proceso, prueba que debe ser legal. Es decir, a su juicio no solo que no se puede actuar sin prueba alguna, sino que no se debe actuar con prueba deleznable.

#### **Falta de imparcialidad de los juzgadores y vulneración al derecho a la igualdad**

42. ENSA argumentó que el TCE no respetó su propia jurisprudencia en la sentencia y autos impugnados, que no es posible que el TCE haya ignorado lo que él mismo ha tratado como propaganda electoral y la completitud de las denuncias, cuando las juezas y los jueces tienen el deber de ajustarse a sus propios fallos conforme lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia No. 004-10-SEP-CC. Alegó que la sentencia impugnada es inmotivada y violatoria de derechos fundamentales.
43. Aseveró que esta situación vulnera el derecho a un juez imparcial reconocido en el artículo 76.7 literal k de la Constitución, así como el derecho a la igualdad y afirmó que sentencias contradictorias sobre un mismo punto de derecho atentan contra el derecho a la igualdad, como lo señala la sentencia No. 045-11-SEP-CC y la previsibilidad de la interpretación jurídica es garantía de la seguridad jurídica como dice la sentencia No. 016-10-SEP-CC.

#### **Violación del derecho de contradicción**

44. ENSA afirmó que no se les corrió traslado con el pedido de aclaración y ampliación de la sentencia de la contraparte, con lo que no pudo replicar los argumentos conforme la garantía del artículo 76.7 literal h) de la Constitución, por lo que el auto impugnado fue producto de una violación del debido proceso.

#### **Violación a la libertad de expresión**

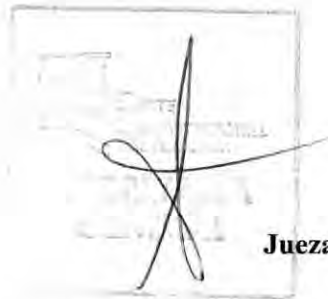
45. ENSA manifestó que la decisión impugnada es contraria a la libertad de expresión. Explicó que si una revista contiene una propaganda electoral (que no es el caso de la edición No. 1049 de Revista Vistazo) sale a la venta antes del período de silencio electoral, pero se mantiene en las perchas cuando llega a esa fecha, ello querría decir que habría que retirarla de circulación, lo que es contrario a los artículos 13.1 y 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
46. Señaló que el mero intento de que se retiren de circulación publicaciones es contrario a la libertad de expresión, como lo ha señalado la Corte IDH en fallos que deben ser cumplidos por las autoridades ecuatorianas conforme al artículo 93 de la Constitución.



47. Argumentó que el ejercicio de la libertad de opinión y expresión no es susceptible de constituir ni constituye infracción electoral, pues no está prohibido emitir opiniones conforme al artículo 66.29 literal d) de la Constitución y que los actos impugnados resultan contrarios a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución.
48. Finalmente, indicó que existe libertad de expresión, y es deber de todos respetarla sin diferenciar una revista de otra solo por la fecha de entrada en circulación, pues todas pueden ser adquiridas y leídas el día del acto electoral. Ello, sin perjuicio de que la edición No. 1049 de la Revista Vistazo apareció el 4 de mayo de 2011.

### **3.2 Informe de descargo del Tribunal Contencioso Electoral**

49. En el informe presentado por el Dr. Arturo Cabrera Peñaherrera en calidad de presidente del Tribunal Contencioso Electoral, se argumentó que el TCE es competente para sancionar el incumplimiento de normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral, y en general, las vulneraciones de normas electorales, así como para juzgar a quienes incurran en las sanciones previstas en el Código de la Democracia. Asimismo, invocó las garantías de la inimpugnabilidad e inmutabilidad de los fallos y resoluciones del TCE previstas en el numeral 2 del artículo 221 ibidem.
50. Afirmó que en el presente caso las partes procesales presentaron un recurso de apelación, que fue conocido y resuelto por el Pleno del TCE, garantizándose el acceso a la justicia a través de un órgano especializado, así como el debido proceso, pues todas las providencias y autos han sido legal y debidamente notificados a las partes.
51. Expresó que el TCE conoció el recurso de apelación dentro del procedimiento para el juzgamiento de infracciones electorales de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, oportunidad, celeridad, transparencia y principios electorales universales como preclusión y calendarización, conforme al artículo 249 y siguientes, y artículos 84 al 88 del Reglamento de Trámites Contencioso Electorales del TCE; que se ha respetado el debido proceso y la tutela judicial efectiva, y que cualquier señalamiento en contrario carece de sustento legal, pues el hecho de que la sentencia emitida el 26 de septiembre de 2012 y el auto del 29 de septiembre del mismo año no coincidan con la pretensión procesal, no equivale a decir que no se haya tutelado los derechos.
52. Señaló que el TCE realizó un pronunciamiento sobre el fondo de la causa observando las solemnidades sustanciales, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, con un análisis argumentativo y motivado donde se cita el hecho y se subsume en la norma aplicable al caso en concreto de manera clara, lógica y comprensible.
53. Indicó que la compañía accionante fundamenta su acción en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia y que de manera general la entidad accionante afirmó que se han vulnerado derechos sin explicación o razonamiento lógicos o cómo estos han afectado la decisión tomada por el Pleno del TCE.



54. En cuanto al debido proceso, expresó que se puede verificar del expediente No. 794-2011-TCE y acumulados que el legitimado activo contó con la oportunidad de presentar varios escritos y ejercer su derecho a la defensa durante la tramitación de la presente causa y que fue notificado con la debida oportunidad de todos los actos procesales emitidos.
55. Afirmó que la acción extraordinaria presentada es improcedente porque se planteó en período electoral y debió haber sido inadmitida conforme al numeral 7 del artículo 62 LOGJCC, pues la Función Electoral se declaró en período electoral desde el 15 de marzo de 2011.

#### IV. ANÁLISIS DEL CASO

##### 4.1 Consideraciones previas

56. Como consideración previa, se absolverán las objeciones a la competencia de esta Corte. El TCE objeta la competencia de esta Corte, alegando que la acción extraordinaria de protección presentada incurre en la causal de inadmisión numeral 7 del artículo 62 de la LOGJCC<sup>4</sup>, y ha manifestado además que la “*Corte Constitucional, carece de competencia para revisar los fallos de la justicia especializada en materia electoral cuya naturaleza corresponden al proceso electoral*”<sup>5</sup>.
57. Ahora bien, esta Corte estima pertinente analizar las alegaciones del TCE con el objeto de aclarar el contenido del artículo 62. 7 de la LOGJCC. La norma actualmente establece:

*Art. 62.- Admisión. – “(...) La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente: (...) “7. **Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante el periodo electoral (...)** Si declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente (...) dicha declaración no será susceptible de apelación” (énfasis añadido).<sup>6</sup>*

58. En principio y antes de la reforma que tuvo lugar el presente año, esta norma señalaba que la Sala de Admisión de la Corte Constitucional debe verificar que las acciones extraordinarias propuestas contra decisiones del TCE no se planteen “*durante los procesos electorales*”. Hoy en día, refiere a que no se planteen durante “*el periodo*

<sup>4</sup> A la fecha de la presentación de la presente acción el artículo 62 numeral 7 de la LOGJCC señalaba que: “7. *Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales*”. El artículo fue reformado en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de febrero del 2020, y actualmente señala que “7. *Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante el periodo electoral*”.

<sup>5</sup> Informe del Tribunal Contencioso Electoral del 3 de julio de 2019 a las 16h19. Expediente constitucional No. 1651-12-EP.

<sup>6</sup> Ibidem. Esta cita corresponde al artículo reformado en R.O Suplemento 134 del 3 de febrero de 2020. La reforma consiste en sustituir la referencia al proceso electoral por “el periodo electoral”.

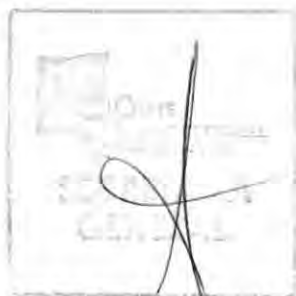


*electoral*<sup>7</sup>. En cualquiera de los dos escenarios, en principio, se interpretaba que la Sala de Admisión debía inadmitir y archivar la causa, pero ello no significa que las decisiones del TCE se encuentren excluidas de forma absoluta del control constitucional, como plantea el TCE en sus alegaciones.

59. A juicio de esta Corte, las alegaciones del TCE son incompatibles con el ordenamiento constitucional, pues todos los órganos públicos y todos los actos del poder público están sometidos a la Constitución y, por tanto, al control de constitucionalidad. Cabe recordar en este punto la supremacía constitucional establecida en nuestra Constitución. En el artículo 426 se deja claro que “*Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución (...)*” y en el artículo 424 señala que “*(...) los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica*”. A su vez, se establece que la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación de la Constitución y de justicia constitucional en virtud de lo previsto en los artículos 429, 436 numeral 1 y siguientes de la Constitución.
60. En esta línea, los artículos 94 y 437 de la Constitución señalan que la acción extraordinaria de protección que se presenta ante la Corte Constitucional procederá: (i) contra sentencias o autos definitivos, firmes o ejecutoriados (ii) en los que se haya violado por acción u omisión el debido proceso o derechos reconocidos en la Constitución, y, (iii) cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal.
61. Por tanto, es evidente que corresponde a esta Corte el control constitucional de los actos jurisdiccionales que cumplan con ser sentencias, resoluciones con fuerza de sentencia o autos definitivos debidamente ejecutoriados, lo que incluye las decisiones o sentencias del Tribunal Contencioso Electoral cuando se hayan agotado los recursos ordinarios o extraordinarios previstos en el ordenamiento jurídico, criterio que ya ha sido establecido por esta Corte Constitucional con anterioridad<sup>8</sup> y que se reafirma en

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Véase por ejemplo: **sentencias de Corte Constitucional No. 1-09-SEP-CC del 31 de marzo de 2009:** “*La Acción Extraordinaria de Protección procede con la finalidad de proteger los derechos que se encuentren vulnerados por las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, definitiva y ejecutoriada, conforme mandato constitucional contenido en los artículos 94 y 437 (...) Dentro de la revisión de sentencias se encuentran inmiscuidas las que emita el Tribunal Contencioso Electoral, ya que esta función del Estado pronuncia fallos de última y definitiva instancia, con carácter jurisdiccional(...)*”; **sentencia No. 0002-009-SEP-CC del 5 de mayo de 2009** “*El Tribunal Contencioso Electoral (...) manifiesta que en materia de derechos políticos o de participación, el Tribunal Contencioso Electoral "ejerce de forma única y privativa el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos de los organismos de administración electoral, de las organizaciones y sujetos políticos, de conformidad con lo establecido en los artículos 217 y 221 de la carta fundamental (...). Señala, además, que la Corte Constitucional carece de competencia en razón de la materia para entrar a revisar fallos de la justicia especializada en materia electoral (...). Al respecto, esta Corte estima equivocada la lectura de la Constitución, así como de la concepción de las atribuciones y competencias que estima poseer el Tribunal Contencioso Electoral (...) el Tribunal Contencioso Electoral bien podría violentar derechos fundamentales, casos en los cuales es la Corte Constitucional la competente para dilucidar la cuestión. No cabe duda de que el Tribunal Contencioso Electoral, en cuanto al ejercicio de los derechos políticos,*



la presente sentencia. Es decir, no hay justificación para excluir de forma absoluta del control constitucional a las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral, y, por tanto, el artículo 62.7 de la LOGJCC debe ser interpretado de la forma más favorable para la vigencia de los derechos constitucionales en la medida que la acción extraordinaria de protección tiene precisamente como finalidad tutelar esos derechos conforme a los artículos 94 y 437 de la Constitución.

62. De ahí que es incompatible con la Constitución interpretar que el artículo 62.7 de la LOGJCC plantea una prohibición absoluta de presentar acciones extraordinarias de protección contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral, pues ello implicaría que la Corte Constitucional está impedida de tutelar derechos cuando existan violaciones al debido proceso o los derechos reconocidos en la Constitución en las decisiones del TCE.
63. También es incompatible con la Constitución interpretar que el artículo 62.7 plantea la prohibición absoluta de interponer acciones extraordinarias de protección contra decisiones del TCE durante el “*periodo electoral*”, como lo sugiere el TCE.
64. En primer lugar, el artículo 62.7 de la LOGJCC, vigente a la época de este caso, no hacía referencia al *periodo electoral*, sino que se refería a las acciones interpuestas “*durante procesos electorales*”<sup>9</sup>. Es necesario distinguir puesto que periodo y proceso electoral no son sinónimos<sup>10</sup>.

---

*establece jurisprudencia electoral de última instancia, pero eso no significa que los sujetos políticos que consideren violados sus derechos no puedan acudir a la Corte Constitucional, es decir, a la entidad que de acuerdo al Art. 429 de la Constitución de la República, es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; ¿en qué materia?, pues en lo relativo a derechos constitucionales fundamentales, que en el caso concreto que nos ocupa (...); **sentencia Corte Constitucional No. 5-09-SEP-CC del 14 de mayo de 2009: “SEXTA.- Los argumentos expresados por la autoridad electoral accionada referente a la incompetencia de la Corte Constitucional para revisar los fallos dictados por el Tribunal Contencioso Electoral, por tratarse de una materia especializada, así como la consideración de que el Tribunal “ejerce de forma única y privativa el control de la constitucionalidad”, son errados, puesto que ya el Estado de Derecho establecía, como sus caracteres esenciales, la juridicidad, el control y la responsabilidad, con el fin de que la actuación del poder público sea enmarcada dentro del ordenamiento jurídico y así poder precautelar los derechos de los particulares, de los posibles abusos y excesos del poder, y que en caso de que esto ocurra, el particular pueda activar los mecanismos establecidos en la ley para obtener su efectiva reparación. Más aún, en los actuales momentos en que vivimos en un Estado Constitucional de derechos y justicia social, se debe entender que no existe función del Estado que no sea objeto de control; es más, con el fin de que prevalezcan los derechos constitucionales de las personas, en la nueva Constitución se ha creado un importante número de garantías, (como la acción extraordinaria de protección que estamos analizando) que constituyen herramientas para el cumplimiento de los derechos”.***

<sup>9</sup> El artículo 62 numeral 7 de la LOGJCC fue reformado en R.O Suplemento 134 del 3 de febrero de 2020. La reforma consiste en sustituir la referencia al proceso electoral por “el periodo electoral”, quedando de la siguiente manera: Art. 62.- Admisión. – “(...) La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente: (...) “7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante el periodo electoral (...) Si declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente (...) dicha declaración no será susceptible de apelación”

<sup>10</sup> El proceso electoral es un concepto general que incluye un conjunto de actos determinados por la Constitución y la Ley, y que regula las actividades de la ciudadanía, candidatos, partidos políticos, autoridades; cuya función es producir la elección de los representantes, producir un gobierno y asegurar su

65. En segundo lugar y sin perjuicio que hoy el artículo 62.7 de la LOGJCC refiere al “*periodo electoral*”, a juicio de esta Corte, aceptar que existe la prohibición absoluta de interponer dichas acciones contra decisiones del TCE “*durante el periodo electoral*” implica que no cabe control constitucional de los actos electorales en un periodo extendido de tiempo pues el periodo electoral no se circunscribe únicamente a las elecciones sino que es en realidad, hoy por hoy, un ciclo que integra todas las etapas electorales: etapa pre electoral, electoral y post electoral y todas las actuaciones de los órganos para el cumplimiento de los fines de cada etapa<sup>11</sup>.
66. De ahí que, esta postura deviene en incompatible con la Constitución y la tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 75 de la Constitución, pues trae de suyo anular el derecho de acción o el acceso a la justicia constitucional en un ciclo que en realidad aglutina todas las actuaciones de los órganos electorales en procesos electorales, dejando insubsistente la posibilidad de control de constitucionalidad. Además, de existir actos fuera del periodo electoral, esta postura implicaría una diferencia de trato injustificada pues significaría que podrían tutelarse los derechos cuando las decisiones del TCE se tomen fuera del periodo electoral, pero anular dicha protección cuando se encuentren dentro de él.
67. La supremacía constitucional exige al TCE - al igual que cualquier otro órgano del poder público- ajustar sus decisiones y actos a la Constitución de forma permanente y

---

legitimidad. El proceso electoral, en definitiva, es una condición necesaria para garantizar los regímenes democráticos. (Definición resumida del desarrollo del concepto “proceso electoral” del Diccionario Electoral de CAPEL, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, página 869 y siguientes. Disponible en: [https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1441/diccionario-electoral\\_tomo-ii.pdf](https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1441/diccionario-electoral_tomo-ii.pdf)). El periodo electoral alude a las fases o distintas etapas del ciclo electoral: el periodo previo a las elecciones, las elecciones y una etapa postelectoral. Constituye una herramienta para evaluar los procesos electorales, identificando los componentes del proceso electoral, los vincula y organiza cronológicamente. (Ibídem, página 141 y siguientes.)

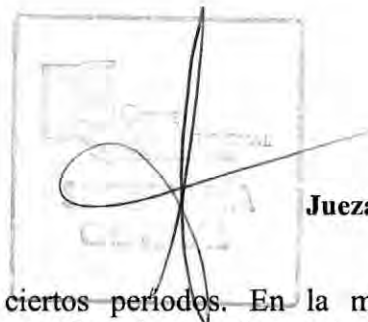
<sup>11</sup> En la Disposición General Octava del Código de la Democracia se define al periodo electoral: “*OCTAVA. - El Periodo Electoral es el ciclo electoral que integra todas las actividades y operaciones que se desarrollan, de manera ordenada, durante un lapso de tiempo dentro de las etapas pre electoral, electoral propiamente dicha y post electoral.*”

*Los órganos electorales, en el ámbito de sus competencias, aprobarán el inicio del periodo electoral y periodo contencioso electoral en consideración a la fecha de la elección y a la prohibición de realizar reformas legales en materia electoral que entren en vigencia durante el año anterior a la celebración de las elecciones. Este periodo finaliza en sede administrativa electoral con el pronunciamiento que realice sobre la presentación de cuentas de campaña por parte de las organizaciones políticas que participaron en el proceso electoral. En el caso del Tribunal Contencioso Electoral el momento en que se resuelvan todos los recursos, acciones y denuncias que provengan del proceso electoral precedente respecto a la presentación y juzgamiento de cuentas de campaña e infracciones electorales.*

*La etapa pre electoral incluye, entre otros, la aprobación de planes operativos, presupuesto ordinario y electoral, actualización y cierre del registro electoral e inscripción de organizaciones políticas.*

*La etapa electoral inicia con la convocatoria a elecciones por parte del Consejo Nacional Electoral y se extiende hasta la fecha de posesión de las autoridades electas.*

*La etapa post electoral comprende todas las actividades posteriores a la posesión de autoridades incluyendo el informe de incumplimiento presentación de las cuentas de campaña electoral hasta la finalización del periodo electoral que no podrá superar el año fiscal correspondiente. (Esta disposición fue introducida en el Código de la Democracia en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de Febrero del 2020).*



no de forma selectiva a ciertos periodos. En la misma línea, la supremacía constitucional exige a la Corte Constitucional ser el máximo órgano de control y justicia constitucional de forma permanente y no de forma selectiva a ciertos periodos. Con lo cual, no cabe restringir la protección de derechos constitucionales selectivamente a determinados espacios de tiempo, ni de forma general a todos los actos electorales en dichos periodos.

68. Por tanto, para conocer el sentido del artículo 62.7 de la LOGJCC debe interpretarse dicha norma de forma integral con el ordenamiento jurídico. Cuando dicha norma exige "*Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante el periodo electoral*", no se establecen prohibiciones absolutas ni tampoco se refieren a prohibiciones temporales. En realidad, a juicio de esta Corte, el texto normativo tiene como finalidad preservar los bienes jurídicos de independencia de los órganos electorales para garantizar la continuidad y no intervención en el desarrollo de los distintos procesos electorales protegidos tanto por la Constitución,<sup>12</sup> como por el Código de la Democracia<sup>13</sup>.
69. Como se dijo previamente, los procesos electorales conllevan distintas etapas y distintos actos<sup>14</sup>. El Código de la Democracia señala *inter alia* aprobación de planes y presupuesto previos<sup>15</sup>, la convocatoria a elecciones<sup>16</sup>, las elecciones<sup>17</sup>, escrutinio<sup>18</sup>, proclamación de resultados<sup>19</sup>, posesión de autoridades<sup>20</sup>, informes de presentación de cuentas de campaña electoral<sup>21</sup>. En principio, la admisión de una acción extraordinaria de protección no tiene la posibilidad jurídica de entorpecer ni la independencia de órganos electorales ni obstaculizar la continuidad y no intervención

<sup>12</sup> Véase por ejemplo artículos 217, 221 de la Constitución

<sup>13</sup> Véase por ejemplo el Art. 16 Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009). "*Art. 16.- Ninguna autoridad extraña a la organización electoral podrá intervenir directa o indirectamente en el desarrollo de los procesos electorales ni en el funcionamiento de los órganos electorales. Las y los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que se encuentren asignados a la seguridad del proceso electoral, solo podrán actuar en el cumplimiento de las órdenes emanadas por los presidentes y presidentas del Consejo Nacional Electoral, de las Juntas Regionales, Distritales, Provinciales Electorales y de las juntas receptoras del voto, en el ámbito de esta ley*"

<sup>14</sup> Véase Disposición General Octava del Código de la Democracia, introducida en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de Febrero del 2020).

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Véase por ejemplo Art. 85 Código de la Democracia (Reformado por la ley publicada en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de Febrero del 2020).

<sup>17</sup> Véase por ejemplo Art. 89, 90 Código de la Democracia (Reformado por la ley publicada en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de Febrero del 2020).

<sup>18</sup> Véase por ejemplo el Art. 124 Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009), Art. 132, 141 Código de la Democracia (Reformados por la ley publicada en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de Febrero del 2020),

<sup>19</sup> Véase por ejemplo el Art. 136, 137 Código de la Democracia (Reformados por la ley publicada en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de Febrero del 2020). Art. 198 Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009).

<sup>20</sup> Véase por ejemplo Art. 91 Código de la Democracia (Reformado por la ley publicada en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de Febrero del 2020).

<sup>21</sup> Véase Disposición General Octava del Código de la Democracia, introducida en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de Febrero del 2020).



en el desarrollo de un proceso electoral, dado que la admisión no suspende la decisión jurisdiccional impugnada, ni implica un pronunciamiento material sobre la pretensión conforme al artículo 62 de la LOGJCC; asimismo, no cabe que se dicten medidas cautelares que de alguna manera pudieran tener dichos efectos conforme al artículo 27 de la LOGJCC. Sin embargo, para preservar los bienes protegidos por el artículo 62.7 de la LOGJCC debe realizarse un cuidadoso análisis de los fundamentos y pretensión de las acciones extraordinarias de protección propuestas contra decisiones del TCE.

70. En esta línea de pensamiento, para analizar la *admisibilidad* de una acción extraordinaria de protección contra decisiones del TCE debe realizarse un análisis integral de la acción presentada y cumplir los requisitos que establece la Constitución y la ley, principalmente los contenidos en los artículos 94, 437 de la Constitución y artículos 58, 61 y 62 de la LOGJCC y no aplicar de forma aislada o restrictiva el artículo 62.7 de la LOGJCC. Esto es, la acción no debe tener una relación directa con un proceso electoral con la potencialidad de afectar su continuidad o desarrollo normal, especialmente con los actos de la etapa electoral, protegidos por la Constitución, el Código de la Democracia y el artículo 62.7 de la LOGJCC, y debe cumplir simultáneamente con los demás requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 62 de la LOGJCC.
71. Estos lineamientos encuentran su justificación en que la Corte Constitucional no es un órgano de alzada en materia electoral y, por tanto, las acciones extraordinarias de protección no instauran una instancia adicional electoral que tenga como finalidad determinar la correcta o errónea aplicación de la normativa electoral infraconstitucional, ni valorar prueba u otros fines reservados para los órganos jurisdiccionales electorales. Su finalidad es la protección al debido proceso y los derechos constitucionales cuando éstos han sido vulnerados por decisiones jurisdiccionales de última instancia, sin que se reemplace o sustituya la actividad de los órganos electorales.
72. Cabe destacar que en el presente caso, las finalidades protegidas por el artículo 62.7 de la LOGJCC no se verían afectadas porque este se trata de una sanción a un medio de comunicación por una supuesta infracción electoral que no enervó de forma alguna el proceso electoral que tuvo lugar en el año 2011, y porque es plenamente factible que se interpongan las acciones extraordinarias de protección ante la Corte Constitucional del Ecuador contra las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral (TCE), una vez agotados todos los recursos ordinarios y extraordinarios.
73. Con lo cual, no tiene asidero la alegación del TCE, pues si bien es cierto el TCE tiene atribuciones jurisdiccionales para conocer asuntos en materia electoral – al igual que las Salas Especializadas de lo Civil o Penal de la Corte Nacional de Justicia que conocen asuntos civiles o penales, respectivamente- ello no obsta a que la Corte Constitucional ejerza sus competencias de justicia constitucional en las distintas materias (civil, penal, etc.), entre ellas, el conocimiento y resolución de las acciones



extraordinarias de protección contra decisiones jurisdiccionales expedidas por el TCE.

74. Es más, en ciertas circunstancias, la causal de inadmisión prevista en el numeral 7 del artículo 62 de la LOGJCC, no es aplicable, por ejemplo, cuando se interponga una acción extraordinaria de protección cuyo objeto no se encuentre relacionado al proceso electoral iniciado<sup>22</sup> o, como, en el presente caso, que trata de una infracción electoral a un medio de comunicación que se relaciona indirectamente al proceso electoral del año 2011.
75. Por todo lo expuesto, dado que el acto jurisdiccional es una sentencia de última instancia que no se relaciona directamente con el proceso electoral y dado que se han agotado los recursos que prevé el Código de la Democracia en dicho proceso de doble instancia; se continúa con el análisis de la sentencia impugnada en el presente caso. Para el análisis del presente caso, se plantean los siguientes problemas jurídicos:

*¿La sentencia y auto impugnados violaron el debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución en las garantías de los numerales 2, 3, 5, 6 y 7, incluida la presunción de inocencia?*

*¿La sentencia y auto impugnados por el que se sanciona electoralmente a un medio de comunicación violaron el derecho a la libertad de expresión?*

**4.2 ¿La sentencia y auto impugnados violaron el debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución en las garantías de los numerales 2, 3, 5, 6 y 7, incluida la presunción de inocencia?**

76. La compañía accionante ha alegado *in extenso*, que se han vulnerado varias garantías del debido proceso previstas en el artículo 76 de la Constitución, en la sentencia y auto impugnados y en varios momentos del decurso del proceso electoral en el cual fue sancionada. En concreto, argumentó la violación de los principios de presunción de inocencia (76.2.), legalidad (76.3), favorabilidad (76.5), proporcionalidad (76.6) y el derecho a la defensa (76.7).

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. 002-09-SEP-CC, caso N. 0111-09-EP: “Ahora bien, conforme se desprende de la certificación emitida por el abogado Fabián Haro Aspiazú, secretario general del Tribunal Contencioso Electoral, constante a foja 60 del expediente, se constata que el día 02 de mayo de 2011, fecha de interposición de la presente acción extraordinaria de protección, se encontraba declarado el período electoral para el proceso de referéndum y consulta popular 2011, desde la convocatoria realizada por el Consejo Nacional Electoral de fecha 24 de febrero de 2011, hasta que se resuelvan todos los recursos y acciones contencioso electorales. En tal virtud, si bien al momento de presentar la acción extraordinaria de protección se había declarado el período electoral, el mismo tenía por objeto un proceso distinto a la revocatoria de mandato, esto es, para efectos de la Consulta Popular de 2011; por tanto, la disposición del artículo 62 numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no cabe aplicar en el presente caso”.



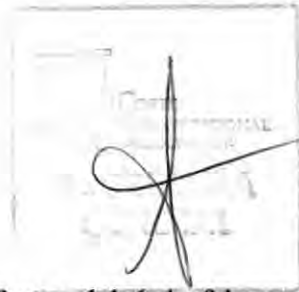
**Violaciones alegadas al principio de legalidad previsto en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución.**

77. Previo al análisis, es importante señalar que esta Corte Constitucional no entrará a determinar si existió o no una infracción electoral o la sanción que debió o no imponerse, únicamente verificará si se han vulnerado los derechos constitucionales invocados por las partes, en el proceso electoral y la decisión impugnada.
78. Una de las dimensiones del principio de legalidad, en resumidas cuentas, cuida que un acto solo puede castigarse si, al momento de cometerse, *fuere objeto de una ley en vigor, suficientemente precisa y escrita, unida a una sanción suficientemente cierta (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta, certa, scripta)*.
79. En cuanto a la alegada vulneración al principio de legalidad señalada en los párrafos 25-29 *supra*, esta Corte verifica que en efecto la sanción impuesta al medio de comunicación se dio por la infracción establecida en el numeral 2 del artículo 277 del Código de la Democracia que prohíbe a los medios de comunicación “*La difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral*”<sup>23</sup>. Esta norma establecía un tipo infraccional en el que puede incurrir un medio de comunicación y fue aplicada por los jueces del TCE por haberse infringido presuntamente la veda electoral y reglas de la campaña electoral con la publicación de un editorial, por lo que es necesario analizarla en ese contexto normativo<sup>24</sup> y comprobar si a la luz del principio de legalidad, la publicación del editorial estaba prohibida por el ordenamiento jurídico.
80. Así, se ha constatado que la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada y que fue reproducida por el TCE en su informe de descargo es que la publicación del editorial fue el 6 de mayo de 2011, cuando la campaña electoral tenía como límite el 4 de mayo de 2011 y que además dicha publicación contravino el período de silencio electoral establecido en el artículo 207 del Código de la Democracia, pues fue puesto en circulación un día antes de las elecciones; sancionando como consecuencia al medio de comunicación por dicho editorial.
81. Esta Corte considera que las alegaciones del TCE en este punto son incompatibles con el principio de legalidad antedicho, porque a la época en que circuló el editorial (mayo 2011)<sup>25</sup> el silencio o veda electoral previsto en el artículo 207 del Código de la

<sup>23</sup> Este artículo se encuentra actualmente reformado en el R.O Suplemento 134 del 3 de febrero de 2020; sin embargo, se cita el texto anterior a dicha reforma en virtud de ser la aplicada en el caso concreto.

<sup>24</sup> En el Código de la Democracia, se establecen varias prohibiciones vinculadas a la propaganda electoral a distintos sujetos. Por ejemplo: En el artículo 209 se establecen límites de gastos de publicidad a sujetos políticos, en el artículo 208 se establecen limitaciones también a organizaciones políticas, en el artículo 207 se refieren a entidades públicas, etc. Sin embargo, se aclara que el contexto normativo al que se hace referencia en esta parte son aquellas normas del Código de la Democracia referidas en el caso: El artículo 207 del Código de la Democracia relativo a la veda electoral y el artículo 203 del Código de la Democracia relativo a la campaña electoral.

<sup>25</sup> Cabe aclarar que las partes en esta acción extraordinaria de protección coinciden en que el editorial fue publicado en mayo de 2011, pero difieren de la fecha exacta de circulación, pues el TCE asegura que fue el



Democracia (antes de la reforma del 6 de febrero de 2012)<sup>26</sup> no era aplicable a los medios de comunicación sino únicamente a las instituciones públicas.

82. Esta Corte corrobora asimismo, que a la época en que circuló el editorial (mayo del 2011) tampoco se encontraba vigente la prohibición a los medios de publicar en campaña electoral cualquier mensaje que promoció indirecta o directamente a favor de una tesis política por parte de los medios de comunicación prevista en el artículo 203 del Código de la Democracia<sup>27</sup>, pues dicha prohibición fue introducida también en la reforma de febrero del 2012<sup>28</sup>; con lo cual, el Pleno del TCE aplicó

---

6 de mayo de 2011 por la portada de la revista mientras que la accionante alega que circuló desde el 4 de mayo de 2011.

<sup>26</sup> La norma antes de la reforma del 2012 establecía: Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009) Art. 207 Código de la Democracia: “Durante el periodo de campaña electoral, todas las instituciones públicas están prohibidas de difundir publicidad a través de prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias. Únicamente podrán informar a través de estos medios sobre asuntos cuya difusión sea necesaria para la ejecución de planes y programas específicos y que se encuentran en ejecución durante este periodo.

*Queda prohibida la exposición en espacios audiovisuales, que impliquen la utilización de recursos públicos de la imagen, voz, y nombres de personas que se encuentren inscritas como candidatas o candidatos.*

*Quienes ejerzan una función pública y se encuentren calificados como candidatas y candidatos no podrán participar oficialmente en eventos de inauguración de obras u otros financiados con fondos públicos, exceptuando aquellos que sean de representación propios al ejercicio de sus funciones.*

*El tiempo y/o valor contratado por las entidades públicas para informar durante toda la campaña electoral, no podrá exceder al promedio mensual del último año anterior al inicio de la campaña.*

*Cuarenta y ocho horas antes del día de los comicios y hasta las 24h00 de ese día, queda prohibida la difusión de cualquier tipo de información dispuesta por las instituciones públicas, con excepción del Consejo Nacional Electoral.*

*De no cumplirse estas disposiciones el Consejo Nacional Electoral dispondrá a los medios de comunicación suspender de manera inmediata su difusión, so pena de aplicar la sanción correspondiente conforme lo dispuesto en esta Ley”.*

<sup>27</sup> La norma antes de la reforma del 2012 establecía: Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009). Art. 203: “Durante el periodo de campaña electoral, conforme la norma constitucional y legal, está prohibido que las instituciones del Estado, en todos los niveles de gobierno, realicen propaganda, publicidad y utilicen sus bienes y recursos para estos fines.

*También se prohíbe la contratación privada de propaganda y publicidad sobre el proceso electoral en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias”.*

<sup>28</sup> La norma reformada en el 2012: (Ley Reformatoria Código de la Democracia Registro Oficial Suplemento 634 de 6 de Febrero del 2012) “Art. 203.- Durante la campaña electoral se prohíbe la publicidad o propaganda de las instituciones del Estado, en todos los niveles de Gobierno, salvo las excepciones que se detallan a continuación: 1. Que la difusión se refiera a información de programas o proyectos que estén ejecutándose o que por la oportunidad deban ejecutarse en dicho periodo. 2. Cuando se requiera en las obras públicas, informar a la ciudadanía sobre cierres o habilitación de vías u obras alternas; o lugares alternos; 3. En situaciones de emergencia, catástrofes naturales, cuando se requiera informar a la ciudadanía sobre medidas de seguridad, evacuación, cierre o habilitación de vías alternas. 4. Cuando se requiera informar temas de importancia nacional tales como: campañas de prevención, vacunación, salud pública, inicio o suspensión de periodos de clases, seguridad ciudadana, u otras de naturaleza similar.

*Además, se prohíbe durante la campaña electoral la contratación y difusión de propaganda y publicidad por parte de sujetos de derecho privado referente al proceso electoral en prensa, radio, televisión, vallas publicitarias y cualquier otro medio de comunicación social.*



retroactivamente normas jurídicas que preveían prohibiciones para los medios de comunicación a un hecho anterior a su establecimiento en el Código de la Democracia.

83. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste.”*<sup>29</sup>; por lo cual es incompatible con el principio de legalidad sancionar a un medio de comunicación o calificar un editorial como un hecho ilícito, cuando la prohibición en la que se sustentó el TCE no se encontraba establecida en el ordenamiento jurídico y por cuanto dicho medio no pudo orientar su comportamiento al mismo ni prever la consecuencia de la sanción.
84. Por las razones expuestas y principalmente por lo señalado en los párrafos 81 y 82 *supra*, se incumplió el principio de legalidad, pues es claro que la infracción no estuvo fijada en una norma jurídica previa, expresa y clara; sino por normas posteriores (reformadas) que no eran aplicables a la época de la publicación del editorial, por el principio legalidad y de irretroactividad de normas<sup>30</sup>.
85. Por lo expuesto, se evidencia que en la sentencia impugnada se ha sancionado a un medio de comunicación por un acto que al momento de realizarse no estaba prohibido ni tipificado como infracción. En virtud de lo cual, la decisión impugnada vulneró el derecho al debido proceso en la garantía prevista en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución.

**Violaciones alegadas a los principios de aplicación de la sanción menos rigurosa y de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, previstos en los numerales 5 y 6 del artículo 76 de la Constitución.**

---

*Los medios de comunicación social se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta, ya sea a través de reportajes, especiales o cualquier otra forma de mensaje, que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis política. El Consejo Nacional Electoral ordenará al medio de comunicación social la suspensión inmediata de la publicidad o propaganda que no cumpla con las excepciones previstas en el presente artículo, sin necesidad de notificación previa al anunciante, o, de ser el caso podrá disponer al anunciante la modificación de la publicidad o propaganda, sin perjuicio del juzgamiento de conformidad con esta Ley. (Nota: Esta norma es producto de la reforma establecida en el artículo 21 de la Ley publicada en Registro Oficial Suplemento 634 de 6 de Febrero del 2012 y analizado por la Corte Constitucional en sentencia No. 28-12-SIN-CC del 17 de octubre de 2012, en que se declaró la inconstitucionalidad de las frases "ya sea a través de reportajes especiales o cualquier otra forma de mensaje").*

<sup>29</sup> Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, Sentencia del 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. párr. 60.

<sup>30</sup> Art. 7 Código Civil, Efectos de la Ley. Se advierte además que el presente caso no se encuentra en alguna de las excepciones al principio de irretroactividad de la ley.



86. ENSA alegó que se han violado los principios de aplicación de la sanción menos rigurosa y de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, porque no se aplicó la sanción menos rigurosa que era la de USD 292.00 prevista en el numeral 2 del artículo 291 del Código de la Democracia (50% RBU), sino que se impuso una sanción por USD 80.000,00; además alegó que la sanción vulnera el principio de proporcionalidad y carece de motivación.
87. El TCE en la sentencia impugnada señala que con el editorial se contravino varias normas del Código de la Democracia, entre ellas: (i) el numeral 2 del artículo 291 del mismo cuerpo de leyes<sup>31</sup> por “difundir publicidad electoral para el día 6 de mayo de 2011, fecha de circulación de la Revista Vistazo No. 1049, (que) se encontraba absolutamente prohibida, inclusive para aquellos sujetos políticos que si contaban con la debida autorización para participar en la campaña; que prevé una sanción del 50% de una Remuneración Básica Unificada (RBU) y, (ii) el numeral 2 del artículo 277 del Código de la Democracia<sup>32</sup> 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 (...) que prevé una sanción de USD 50,00 a USD 100.000.00.
88. El TCE, al resolver, sanciona a ENSA con una multa de USD 80.000,00 en el marco de los artículos 277 (2) y 291 (2) del Código de la Democracia porque 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” y deja a salvo los derechos del medio de comunicación o cualquier ciudadano para interponer las acciones pertinentes contra “las personas naturales, responsables de la redacción y publicación del editorial (...)” y que se “tratan de responsabilidades separadas”.
89. A esta Corte Constitucional no le corresponde entrar a determinar la sanción que hubiere sido aplicable en el supuesto de haberse incurrido en una infracción electoral sino únicamente constatar si existen vulneraciones a los derechos constitucionales.
90. En primer lugar, ENSA alega que, en el supuesto no consentido de haber incurrido en una infracción, tuvo que habérselo impuesto la sanción prevista en el artículo 291 del Código de la Democracia en la decisión impugnada, pero esta Corte constata que dicha sanción no tiene relación alguna con las posibles sanciones que se pueden imponer a un medio de comunicación, que es una persona jurídica y sobre las cuales

<sup>31</sup> Art. 291 Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009): “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”. (Nota: Este texto normativo no ha sido reformado y se mantiene, inclusive con la Ley publicada en el R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020).

<sup>32</sup> Art. 277. Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009): “Constituyen infracciones por parte de los medios de comunicación social, las siguientes: 2. La difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral;(…) En estos casos, se suspenderá la publicidad en dicho medio y se le sancionará con una multa de cincuenta a cien mil dólares”. (Nota: Este artículo se encuentra actualmente reformado en el R.O. Suplemento 134 del 3 de febrero de 2020; sin embargo, se cita el texto anterior a dicha reforma en virtud de que fue la aplicada en el caso concreto.)

podiere analizar la proporcionalidad o la aplicación de la sanción menos rigurosa garantizados en los numerales 5 y 6 del artículo 76 de la Constitución, porque las sanciones del artículo 291 del Código de la Democracia son propias de las personas naturales. De ahí que no se observa que existan vulneraciones a los derechos invocados por ENSA.

91. En segundo lugar, ENSA alega que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad<sup>33</sup>, pero en realidad sus alegaciones se centran en la motivación de la decisión pues cuestiona la incongruencia entre los argumentos del TCE para cuantificar el monto de la sanción.
92. En la sentencia impugnada, el TCE señala que Revista Vistazo ha vulnerado el bien jurídico protegido por la Función Electoral, que es la *“participación electoral bajo condiciones de igualdad”* y que *“habiendo un daño importante, pero que; sin embargo, no es capaz de llegar al estándar máximo de difusión e impacto comunicacional, la sanción se impondrá, de forma proporcional, en atención al daño efectivamente causado por el acto antijurídico, en cuestión”*; y luego impone la multa de USD 80.000,00 dentro del rango que tenía para sancionar que era de USD 50.00 a USD 100.000,00 de acuerdo al último inciso del artículo 277 del Código de la Democracia<sup>34</sup>.
93. El auto impugnado refiere además que el daño causado tiene *“una categoría intermedia”* *“por tratarse de una revista”* que a diferencia de los medios televisivos no llega a miles o millones de personas, y como parámetros para sancionar señala que la revista es de circulación nacional y el posicionamiento del medio en el mercado, considerando su presencia de 55 años en el mismo.
94. De lo transcrito, esta Corte constata la incongruencia alegada por la accionante dado que, aunque el TCE haya mencionado una norma jurídica del Código de la Democracia, no explicó ni dio razones congruentes o conducentes que justifiquen su aplicación a los hechos del caso como exige el artículo 76.7.1 de la Constitución. Es decir, no se observa en los textos transcritos una *“exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”*<sup>35</sup> pues el TCE de forma simultánea

<sup>33</sup> En efecto la Constitución reconoce que *“la ley establecerá la proporcionalidad entre las infracciones y sanciones”* conforme al artículo 76.6 de la Constitución. La proporcionalidad en este sentido es adecuar la sanción al hecho cometido y el control de este criterio de proporcionalidad debe centrarse en la corrección del grado elegido, esto es, leves, graves o muy graves con el objeto de determinar si existe tal adecuación, de ahí que la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta debe depender del grado seleccionado. La proporcionalidad de la sanción también debe operar conjuntamente con el principio de legalidad. Es decir, no se puede calificar a una conducta como gravosa (únicamente a arbitrio del juez) si es que la ley no la prescribe como tal y en su defecto no se pueden agregar agravantes que no estén previstos en la ley.

<sup>34</sup> El contexto de esta alegación refiere a la versión anterior del artículo 277 contenida en el Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009), cuyo último inciso señalaba: *“En estos casos, se suspenderá la publicidad en dicho medio y se le sancionará con una multa de cincuenta a cien mil dólares.* Actualmente se encuentra reformado por la ley publicada en Registro Oficial Suplemento 134 de 3 de Febrero del 2020 y no contiene dicho inciso.

<sup>35</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Lapo vs. Ecuador, Sentencia del 21 de noviembre de 2007 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 107: *“107. (...) Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario*



afirma que existe “*un daño importante*”, que el daño causado tiene una “*categoría intermedia*” y luego impone una sanción cercana al máximo de la multa, lo cual no guarda concordancia con las afirmaciones previas.

95. Por lo expuesto, se aceptan las alegaciones del accionante en cuanto a las vulneraciones a la garantía de motivación prevista en el artículo 76.7.1 de la Constitución, y así se lo declara, pues no se observa por parte del TCE un esfuerzo argumentativo congruente que permita seguir las razones por las cuales se impuso la sanción, ni normas o principios jurídicos en que se justifique su cuantificación y que sean pertinentes a los antecedentes de hecho; y, se descartan las alegaciones de que se ha vulnerado los numerales 5 y 6 del artículo 76 de la Constitución.

#### **Violaciones alegadas a la presunción de inocencia prevista en el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución**

96. Esta Corte ha precisado que del principio de presunción de inocencia se derivan algunos efectos jurídicos importantes: i) *la presunción de inocencia es un derecho que limita al poder punitivo, tanto en lo legislativo como en lo procesal*; ii) *se debe presumir la inocencia de cualquier persona y, en consecuencia, se le debe tratar como inocente antes y durante el proceso sancionatorio*; iii) *la presunción de inocencia debe vencerse mediante pruebas lícitas de culpabilidad y se la debe declarar en sentencia*; y, iv) *la carga de la prueba la tiene quien ejerce las funciones de fiscal o la persona que acuse*<sup>36</sup>.
97. Si bien al inicio de las alegaciones, ENSA señaló que se ha condenado a Revista Vistazo sin prueba alguna y que no solicita la valoración de prueba ni de los hechos a esta Corte Constitucional, ello no se compadece con el fundamento de sus alegaciones, porque estas giran en torno a lo equivocado de las consideraciones o apreciaciones que el TCE hizo en la sentencia. Por ejemplo, cuestiona cómo se determinó la fecha de circulación de la revista, las consideraciones para determinar la existencia de un daño y cómo el TCE apreció la prueba o el ejemplar de la Revista Vistazo.
98. Por tal razón, visto que las violaciones alegadas no se centran en ninguno de los aspectos de la presunción de inocencia, esta Corte Constitucional no se pronunciará sobre ellas dado que emitir valoraciones en torno a la prueba actuada o cómo fue valorada por el TCE, excede el ámbito de la acción extraordinaria de protección.

#### **Violaciones alegadas al derecho a la defensa y derecho de contradicción previstos en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución**

99. El TCE en su informe de descargo afirma que se ha cumplido con todas las garantías del debido proceso y que por haberse notificado a las partes con cada una de las

*serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión (...)*”. Similar definición se encuentra en casos Suárez Peralta vs. Ecuador y caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala.

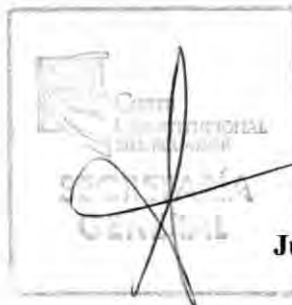
<sup>36</sup> Sentencia 14-15-CN/19 del 14 de mayo de 2019, párr. 18.

actuaciones procesales (autos, providencias y sentencia) se ha garantizado el derecho a la defensa. Esta Corte Constitucional observa que no puede minimizarse el contenido del derecho a la defensa por el cumplimiento de notificaciones en el proceso, pues el contenido de dicho derecho abarca varias garantías establecidas en el artículo 76.7 de la Constitución; por lo que se pasará a analizar cada una de las vulneraciones acusadas en la acción presentada.

- 100. En cuanto a la falta de anuncio de prueba en las denuncias electorales presentadas.** En el presente caso, la accionante ENSA acusó a la jueza de instancia de calificar a las denuncias pese a ser incompletas por no contener el “anuncio de prueba” y que ello afectó su derecho a la defensa.
- 101.** Esta Corte no procederá a verificar si se ha cumplido o no con normativa infraconstitucional para la calificación de una denuncia electoral<sup>37</sup>, únicamente verificará si existió alguna vulneración al derecho a la defensa de la accionante.
- 102.** Mas allá de que se constatan actuaciones procesales en las que se observa que las denuncias presentadas tuvieron un apartado de pruebas desde el primer memorial presentado<sup>38</sup> y más allá de observar actuaciones procesales en las que se da cuenta que ENSA tuvo conocimiento de esos memoriales y la prueba adjuntada o la prueba

<sup>37</sup> En materia electoral, en caso de no cumplirse ciertos requisitos, la denuncia debe archivar. A la época del caso, se encontraba vigente el Art. 84 Reglamento de trámites del Tribunal Contencioso Electoral: (Registro Oficial Suplemento No. 412, de 24 de marzo de 2011) “Art. 84.- *El reclamo o la denuncia deberá contener. - 1. La identificación del órgano u organismo administrativo electoral, sujeto político, o los nombres y apellidos del denunciante, debiéndose acompañar la calidad con la que comparece. 2. El domicilio del denunciante y señalamiento de una dirección electrónica y petición de que se le asigne una casilla contencioso electoral. 3. La relación clara y precisa de la presunta infracción, con expresión del lugar, tiempo (horas, días, mes y año) y el medio en que fue cometida. 4. Nombres y apellidos de los presuntos infractores, así como de las personas que presenciaron la infracción, o que pudieran tener conocimiento de ella. 5. La determinación del daño causado. 6. Las pruebas en las que se sustenta la reclamación o denuncia y/o el anuncio de las que se presentarán en la respectiva audiencia. 7. Señalamiento del lugar donde se notificará al presunto infractor. 8. La firma del compareciente o, de ser el caso, su huella digital. 9. Todas las demás indicaciones y circunstancias que puedan conducir a la comprobación de la existencia de la infracción y a la identificación de los culpables. Si la denuncia no cumple los requisitos previstos, a excepción de los numerales 5, 7 y 9, la jueza o juez, antes de admitir a trámite la causa, mandará a ampliarla o aclararla en el plazo de dos días. De no darse cumplimiento, se dispondrá el archivo de la causa*”. Actualmente se encuentra vigente el Reglamento de Trámites del Tribunal Contencioso Electoral publicado en el R.O. Edición Especial 424 del 10 de marzo de 2020, en cuyo artículo 6 y 7 trata de los requisitos que debe contener una denuncia y la calificación de la misma, pudiendo archivar si no se cumplen los requisitos.

<sup>38</sup> La denuncia de Victor Ocaña sí refería en un apartado a las “pruebas” y adjuntó documentos. Refiere como pruebas el ejemplar de la Revista Vistazo No. 1049 y la resolución PLE-CNE-1-4-3-2011 en la que se fijó el plazo de la campaña electoral. (Fojas 87 del proceso electoral). A esta denuncia se acumularon otras. Las otras denuncias también referían un apartado de pruebas: Juan Miguel Chimbo Narváez Fojas 302 del proceso electoral, Martín Felipe Ogaz Oviedo Fojas 404 del proceso electoral, Jaime Fausto Toaquiza Chusin. Fojas 502 del proceso electoral, Rita Concepción Tacle Estrada Fojas 604 del proceso electoral. Mediante providencia del 6 de septiembre de 2011 a las 12h27. (Fojas 609 proceso electoral)., La jueza de instancia visto los procesos que le fueron remitidos para que sean acumulados al suyo, ordena que designen un procurador común y que los denunciantes determinen las acciones y omisiones que se relacionen con la denuncia presentada.



que se evacua en la audiencia de juzgamiento<sup>39</sup>, esta Corte en realidad observa que el cuestionamiento de la accionante es la forma en la que su contraparte ha adjuntado o anunciado prueba. En este sentido, ENSA señaló: *“anunciar prueba no es indicar cuales son los medios de prueba como es la pericia, la testimonial y la documental, asunto en el que incurren los denunciantes (...) anunciar prueba quiere decir que se debe anticipar las pruebas que, efectivamente se van a presentar en la audiencia de juzgamiento, con la finalidad que se pueda ejercer el derecho de contradicción (...)”*<sup>40</sup>.

- 103.** Esta alegación no se observa que conlleve una posible afectación al derecho a la defensa de la accionante pues la prueba o la forma de probar es de riesgo de la misma parte que la aporta o anuncia. Esto se conoce como el principio de la *autorresponsabilidad de la prueba*, pues las partes *“soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras (...) de tal manera que, si estas no solicitan pruebas, no hacen lo posible para que se practiquen, solicitan algunas que resultan superfluas, no despliegan toda la actividad deseada en su diligenciamiento (...) sufren las consecuencias”*<sup>41</sup>.
- 104.** Esto es, si la parte procesal no presenta prueba suficiente o si los medios que enuncia no son adecuados, ello es bajo su propio riesgo, pero esto no obsta la defensa de la contraparte, quien bien puede ejercer su defensa en contra de la prueba aportada por la contraparte o alegar su ausencia o insuficiencia. En este sentido, se observa que el anuncio de prueba y las actuaciones procesales detalladas en párrafo 102 *supra* permitieron a ENSA conocer el asunto y las pruebas que se iban a presentar y las que se presentaron para, en efecto, desvirtuarlas sin observarse por tanto alguna afectación a su derecho a la defensa; por lo que la vulneración alegada por la accionante en este punto no tiene asidero.
- 105.** **En cuanto a la alegación de ENSA de que solo hasta tres días hábiles antes de la audiencia de prueba y juzgamiento, los denunciantes anunciaron prueba, el 13 de octubre de 2011, y que eso afectó su derecho a la defensa.**

<sup>39</sup> Providencia del 23 de junio de 2011 a las 17h00 y razón de notificación. (Fojas 88-89 y ss. proceso electoral). La jueza ordena al denunciante Víctor Ocaña a completar la denuncia y al mismo tiempo ordena que se notifique al representante legal de la compañía denunciada; En providencia del 27 de junio de 2011 y razón de notificación (Fojas 99 proceso electoral y ss.) agrega el escrito de aclaración y ampliación del denunciante Ocaña y ordena que se notifique a la compañía denunciada; y mediante auto del 28 de junio de 2011 y razón de notificación (fojas 103 proceso electoral y ss.) admite a trámite la denuncia antedicha y ordena que se cite a la compañía denunciada. Acta de citación personal del 30 de junio de 2011; Auto del 19 de septiembre de 2011 y razón de notificación. la jueza de instancia ordena que se cite a la compañía accionante y dispone que el procurador común Víctor Raul Ocaña anuncie la prueba, a fin de que sea considerada al momento de la diligencia (en referencia a la audiencia de juzgamiento). (Fojas 635 del proceso electoral y ss.). Auto del 13 de octubre de 2011 y razón de notificación. (Fojas 679 expediente electoral y ss.). La jueza agrega escrito de prueba, ordena diligencias probatorias, entre otros con notificación a la parte contraria.

<sup>40</sup> Escrito de ENSA del 10 de octubre de 2011 a las 09h17. (fojas 655-656 proceso electoral).

<sup>41</sup> Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Décimo Octava Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá. 2011. ISBN 978-958-707-115-3, Pág. 5-6.

106. Esta Corte observa que en efecto consta un escrito del 13 de octubre de 2011<sup>42</sup> en el expediente electoral en que se solicita prueba por parte del procurador común de los denunciados. Sin embargo, para conocer si esta actuación procesal afectó el derecho a la defensa de ENSA es necesario verificar el contexto procesal de su presentación y si existió algún impedimento para ENSA de ejercer su defensa o contradecirlo.
107. Se observa que el escrito de prueba del 13 de octubre de 2011 fue presentado en virtud del auto del 19 de septiembre de 2011 en el que la jueza señaló día y hora para la realización de la audiencia de juzgamiento y dispuso a las partes la presentación de las pruebas para la diligencia. En dicha providencia, se señaló al procurador común de los denunciados que: *“deberá anunciar la prueba a fin de que sea considerada en la audiencia de juzgamiento”*<sup>43</sup> y a ENSA que *“de contar con prueba de descargo deberán, una vez citados, anunciarla hasta antes de la realización de la referida diligencia (en relación a la audiencia de juzgamiento)”*.<sup>44</sup>
108. De estas actuaciones procesales, es claro que el auto del 19 de septiembre de 2011 habilitaba a ambas partes a presentar o pedir prueba hasta antes de la audiencia de juzgamiento y que el escrito de los denunciados del 13 de octubre de 2011 fue presentado antes de la misma. No se observa que la presentación de dicho escrito antes de la audiencia de juzgamiento del 19 de octubre de 2011 haya obstaculizado la defensa o el derecho de contradicción de ENSA. Por el contrario, dicho escrito fue presentado en el tiempo que la jueza otorgó a las partes y además fue conocido el mismo día de su presentación por ENSA<sup>45</sup>, con lo cual, esta conoció con anticipación el memorial de prueba de su contraparte y se garantizó el derecho a preparar la contradicción, pues los abogados patrocinadores de ENSA conocieron el anuncio de prueba que les permitiría preparar su estrategia jurídica antes de la diligencia, respetándose en consecuencia el derecho a la defensa y a la contradicción.
109. **En cuanto a la alegación de ENSA de que presentó primero la prueba de descargo y luego la de cargo, y que eso afectó su derecho a la defensa.**
110. En efecto consta del expediente electoral el escrito del 10 de octubre de 2011 de ENSA<sup>46</sup> en el que solicita la realización de diligencias probatorias y anuncia prueba documental que presentará en la audiencia de juzgamiento como prueba de descargo *“a pesar de no conocer la prueba de cargo que se solicitará en la audiencia”* y *“doy cumplimiento a la disposición contenida en la letra c) del considerando décimo de su providencia del 19 de septiembre de 2011”*.
111. Como se observa este escrito fue presentado a propósito del auto del 19 de septiembre de 2011, en el que la jueza otorgó prácticamente un mes a las partes para

<sup>42</sup> Fojas 677 proceso electoral.

<sup>43</sup> Foja 635 expediente electoral y siguientes. Auto del 19 de septiembre de 2011, señaló también fecha para audiencia de juzgamiento.

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> Auto del 13 de octubre de 2011. Fojas 679 expediente electoral y siguientes. La jueza agrega escrito de prueba, ordena diligencias probatorias, entre otros con notificación a la parte contraria.

<sup>46</sup> Fojas 657 expediente electoral.



que presenten prueba o anuncien prueba antes de la audiencia de juzgamiento señalada para el 19 de octubre de 2011. Esta Corte verifica que ENSA presentó su escrito el 10 de octubre de 2011, esto es, antes del escrito de los denunciados que fue presentado el 13 de octubre de 2011.

112. El orden de presentación de escritos de prueba en un tiempo otorgado por igual a las partes, antes de la audiencia de juzgamiento electoral (sea primero el del denunciante o denunciado) o la prioridad de un memorial sobre el otro en dicho tiempo, no violenta las garantías invocadas dado que no se observa alguna transgresión concreta al principio de *igualdad probatoria* en la medida que tuvieron *“igualdad de oportunidades para pedir y obtener que les practiquen pruebas y para contradecir las del contrario”*<sup>47</sup>. Tampoco se vio afectado el principio de contradicción en la medida que no se afectó la máxima que señala que *“la parte contra la cual se postula se opone o aporta una prueba, debe conocerla”*<sup>48</sup>, pues las partes tuvieron las mismas oportunidades para aportar prueba y la posibilidad de conocer la de su contraparte.
113. Esto se desprende del mismo expediente, dado que ENSA fue citada con la denuncia presentada<sup>49</sup>, compareció su procurador judicial al proceso<sup>50</sup>, solicitó que se le haga conocer el anuncio de prueba de los denunciados<sup>51</sup>, tuvo conocimiento de la presentación y del mismo escrito de prueba de los denunciados del 13 de octubre de 2011, pues fue proveído el mismo día por la jueza de instancia<sup>52</sup>; de tal suerte, que bien pudo hasta antes de la audiencia de juzgamiento solicitar cualquier otro medio probatorio o anunciar cualquier prueba que contradiga a la anunciada o realizar cualquier impugnación, como en efecto lo hizo mediante escritos del 10 y del 14 de octubre de 2011<sup>53</sup>.
114. Asimismo, en la audiencia de juzgamiento, ENSA tenía las posibilidades de práctica de prueba de descargo, posibilidades de defensa o contradicción o impugnación en torno a las pruebas presentadas por las partes, pues ese es uno de los fines principales de la audiencia de juzgamiento como se encuentra previsto en el artículo 249 y

<sup>47</sup> Parra Quijano, Jairo. Op. Cit., Pág. 9-10: Este principio tiende a lograr un equilibrio en el proceso pues “las partes tienen que tener igualdad de oportunidades para pedir y obtener que les practiquen pruebas y para contradecir las del contrario, pero y por sobre todo un equilibrio en el conocimiento de los hechos (...) Esa igualdad que tiene una dinámica aplicación en el principio de contradicción, evita que se solidifiquen o estratifiquen supuestos o reales acontecimientos con una visión unilateral (...) En últimas, el principio de la igualdad dentro de la teoría del conocimiento tiende a lograr que los hechos que se conocen en el proceso a través de medios probatorios, ingresen con el conocimiento oportuno del sindicado para que él pueda utilizar la contradicción y evitar así, que se formen preconceptos con sustento en versiones parciales, muy difíciles de desmontar cuando se hace saber la imputación en forma tardía, cuando resulta imposible desvirtuar o modificar la atmósfera creada en ese ambiente estrecho”.

<sup>48</sup> El principio de contradicción de la prueba busca que la parte contra la cual se postula se opone o aporta una prueba, debe conocerla, y ella (la prueba) no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de esa parte. Parra Quijano, Jairo. Op. Cit., Pág. 76.

<sup>49</sup> Acta de citación personal del 30 de junio de 2011.

<sup>50</sup> Escrito del 14 de septiembre de 2011 (Fojas 623-631 expediente electoral.) El procurador judicial señaló domicilio para notificaciones y adjuntó el nombramiento del gerente general

<sup>51</sup> Escrito del 23 de septiembre de 2011. (Fojas 649-652 expediente electoral).

<sup>52</sup> Auto del 13 de octubre de 2011 y razón de notificación. (Fojas 679 expediente electoral y ss.).

<sup>53</sup> Fojas 657, 681-691 expediente electoral.

siguientes del Código de la Democracia<sup>54</sup>. En efecto, en la audiencia de juzgamiento en el caso<sup>55</sup>, ENSA acusó “*que no hay prueba legal*”, “*no hay prueba de la imputación que se le está realizando a Vistazo*” “*no hay prueba del hecho que constituye infracción*”, entre otros argumentos.

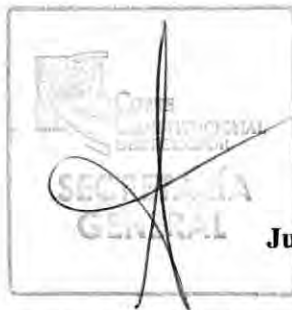
115. Vale recalcar que la audiencia de prueba y juzgamiento del 19 de octubre de 2011 fue suspendida por la jueza de instancia con la intención de que el principio de *contradicción* pueda ejercerse de una manera adecuada y se ordenó su reinstalación el 31 de octubre de 2011<sup>56</sup>, lo que abona a la idea de que las partes tuvieron el tiempo para ejercer su defensa y se respetaron los principios de igualdad y contradicción probatoria.
116. Finalmente, de forma general, cabe destacar que la prueba no le pertenece a las partes o los sujetos procesales ni pertenece a quién la aporte o por iniciativa de quién se practique, la prueba es “*expropiada para el proceso*” y se pierde cualquier sentido de propiedad o de disponibilidad para una de las partes<sup>57</sup>. Lo anterior desvanece la idea de pertenencia de las pruebas a una de las partes y una preferencia u orden de presentación del escrito de prueba de una de ellas respecto de la otra, con tal que se cumplan los principios de *igualdad probatoria y contradicción probatoria* antes indicados estrechamente vinculados a las garantías del debido proceso analizadas en este apartado.
117. Por lo expuesto y habida cuenta de las actuaciones y oportunidades que tuvo tanto la parte denunciante como ENSA, no se observa que se haya vulnerado el derecho a la defensa en las garantías reconocidas en los literales a, b, c, h del artículo 76.7 de la Constitución.

<sup>54</sup> Se aclara que el artículo 249 del Código de la Democracia refiere a la audiencia de juzgamiento y la sustentación de las pruebas de cargo y de descargo, tanto en la versión anterior como en la que se encuentra vigente actualmente. El artículo 249 anterior del Código de la Democracia (R.O. 578 del 27 de abril de 2009) señalaba: “*Art. 249.- 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*”. Actualmente el artículo 249 Código de la Democracia fue reformado por la Ley publicada en R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020 y señala: “*Art. 249.- Se realizará una audiencia oral única de prueba y alegatos en los siguientes procesos contencioso electorales: a. Acción de queja; b. Infracciones electorales; y, c. Recurso subjetivo contencioso electoral por asuntos litigiosos internos de organizaciones políticas y asuntos relacionados con la determinación del gasto electoral o del fondo partidario permanente. La audiencia se realizará con presencia de las partes y sus abogados patrocinadores; y, en el evento de que el accionado, presunto infractor o funcionario objeto de la queja no cuenten con patrocinio profesional privado, el juez o jueza designará una defensora o defensor público en cumplimiento de las normas del debido proceso. Durante la audiencia se sustentarán las pruebas de cargo y de descargo. Actuará el secretario o secretaria, debidamente autorizado y posesionado para desempeñar esta función*”.

<sup>55</sup> Fojas 1549-1554 expediente electoral. Acta de la audiencia oral de prueba y juzgamiento (Causa acumulada 0794-2011-TCE) del 19 de octubre de 2011.

<sup>56</sup> Fojas 1573 expediente electoral. Acta de la audiencia oral de prueba y juzgamiento (Causa acumulada 0794-2011-TCE). Reinstalación del 31 de octubre de 2011.

<sup>57</sup> Principio de la comunidad de la prueba o adquisición procesal. Parra Quijano, Jairo. *Op. Cit.* pág. 75



- 118. En cuanto a la alegación de que la sentencia impugnada imputó a la compañía accionante otra infracción electoral a la denunciada, lo cual vulneró el derecho a la defensa.**
- 119.** Como se dijo en los párrafos 77 y 101 *supra*, esta Corte Constitucional no entrará a determinar si tuvo que haberse aplicado una sanción específica a ENSA o si tuvo que haberse aplicado una norma electoral específica, dado que ello excede el ámbito de la acción extraordinaria de protección; únicamente, se verificará si se ha vulnerado el derecho a la defensa por el presunto cambio de imputación alegado por ENSA.
- 120.** La compañía accionante sostiene que ocurrió un cambio de imputación y que ello vulneró su derecho a la defensa, dado que las denuncias presentadas imputaban los artículos 277.2 y 277.3 del Código de la Democracia, pero en la sentencia del Pleno del TCE se citó la infracción contenida en el artículo 275.3 *ibidem*<sup>58</sup>.
- 121.** De la revisión del expediente, esta Corte advierte que las denuncias electorales, en efecto, imputaban el cometimiento de las infracciones de los artículos 277.2 y 277.3 del Código de la Democracia y que la sentencia del Pleno del TCE declaró a ENSA como responsable del artículo 277.2 *ibidem*<sup>59</sup>; por lo que no se observa que haber citado el artículo 275.3 *ibidem*<sup>60</sup> en el texto de la sentencia impugnada (en su parte considerativa), haya generado un cambio de imputación o haya generado una incongruencia entre la infracción denunciada y la infracción declarada en la decisión del TCE.
- 122.** Además, esta Corte observa que el artículo 275.3 del Código de la Democracia no contiene una infracción y sanción diferenciada del artículo 277 *ibidem*, pues a la época de los hechos<sup>61</sup>, el artículo 275.3<sup>62</sup> refería de forma general a las infracciones electorales en las que pueden incurrir las personas por contravenir obligaciones y prohibiciones establecidas en la ley, y el artículo 277.2 señalaba de forma específica una de esas infracciones para los medios de comunicación<sup>63</sup>. Por lo expuesto, no se

<sup>58</sup> Esta alegación se encuentra en el contexto del Código de la Democracia publicado en R.O. Supl. 578 de 27 de abril de 2009 sin las últimas reformas. El artículo 277 fue reformado por la ley publicada en R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020. El artículo 275 ha sido reformado tanto por la Ley publicada en R.O. Supl. 634 del 6 de febrero de 2012 y por la Ley publicada en R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020.

<sup>59</sup> Se aclara que se hace relación al texto normativo del artículo 277 del Código de la Democracia anterior a la reforma publicada en el R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020.

<sup>60</sup> Se aclara que se hace relación al texto normativo contenida en el Código de la Democracia publicado en R.O. Supl. 578 de 27 de abril de 2009 sin las últimas reformas.

<sup>61</sup> Esta relación se hace con la versión de los artículos vigente al momento de la supuesta infracción, pues el artículo 275 se reformó por el Art. 25 de la Ley s/n, R.O. 634-2S, 6-II-2012, agregándose un inciso final en el que se prevé una sanción.

<sup>62</sup> Capítulo III. Infracciones, procedimientos y sanciones, Art. 275.3 Código de la Democracia: "Constituyen infracciones de los sujetos políticos, de las personas naturales y jurídicas, las siguientes: (...) 3. 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; (...)." (Código de la Democracia sin las reformas publicadas en el R.O. Supl. 634 del 6 de febrero de 2012 y por la Ley publicada en R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020).

<sup>63</sup> Capítulo III, Infracciones, procedimientos y sanciones, Art. 277.2 Código de la Democracia: "Constituyen infracciones por parte de los medios de comunicación social, las siguientes: (...) 2. La

observa que se haya dado un cambio de imputación en la sentencia impugnada en esta causa.

123. En cuanto a la vulneración al **derecho a la contradicción** alegada por ENSA, argumentan que no se les corrió traslado con el pedido de aclaración y ampliación de la sentencia de la contraparte y que con ello no pudieron replicar sus argumentos violentando el literal h) del artículo 76.7 de la Constitución. Se constata del expediente que, en efecto, el TCE resolvió los recursos de aclaración y ampliación de las partes directamente luego de que se notificó la sentencia, sin que se corra traslado entre ellas de los respectivos recursos de aclaración y ampliación presentados<sup>64</sup>.
124. Si bien ninguna de las partes contó con la posibilidad de replicar el recurso horizontal de la otra parte, se observa que esto no produjo una afectación de derechos pues los recursos de aclaración y ampliación no pueden modificar la decisión tomada en la causa<sup>65</sup> y porque en este caso particular se trataron asuntos que fueron negados por el TCE por improcedentes. El primero fue negado porque el artículo 299 del Código de la Democracia<sup>66</sup> establece el destino de las multas y no era necesario aclararlo en sentencia, y, el segundo fue negado porque se trataba de un honorario de abogado que debe cubrir la misma parte pues en el fallo principal al no haberse condenado en costas no correspondía modificar la decisión por dichos honorarios.
125. En relación al derecho a la defensa, la Corte Constitucional Colombiana ha manifestado que *“La defensa técnica se materializa mediante actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, ésta puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicada con tácticas diversas, lo que le permite a los sujetos procesales ser oídos y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que los afecte, y mediante ese ejercicio “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”<sup>67</sup>.*
126. De lo relatado hasta este punto, no se percibe que el TCE haya impedido la materialización de la defensa técnica de las partes y todos los actos que estas

---

*difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral; En estos casos, se suspenderá la publicidad en dicho medio y se le sancionará con una multa de cincuenta a cien mil dólares. (Código de la Democracia publicado en R.O. Supl. 578 de 27 de abril de 2009 sin las últimas reformas. El artículo 277 fue reformado por la ley publicada en R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020).*

<sup>64</sup> Fojas. 1678-1687 proceso electoral y ss.

<sup>65</sup> La aclaración procede si el fallo fuere oscuro y, la ampliación, si el fallo no resolviera todos los puntos de la controversia, sin que le esté permitido al juez modificar la decisión o la sentencia al resolver dichos recursos, pues aquello atentaría contra la seguridad jurídica y sería un desconocimiento de los efectos de una sentencia

<sup>66</sup> Código de la Democracia publicado en R.O. Supl. 578 de 27 de abril de 2009. Esta norma no ha sido reformada.

<sup>67</sup> Sentencia Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-018/17.



conlleven en los términos antes expuestos ni tampoco las garantías a la defensa que fueron invocadas.

**Violaciones alegadas a la garantía del juez imparcial prevista en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución**

127. ENSA alegó que el TCE en la sentencia impugnada no se ajustó a sus propios fallos, que la sentencia impugnada es contradictoria a la propia jurisprudencia del TCE, que ello compromete la imparcialidad de las y los jueces prevista el artículo 76.7 de la Constitución; y, que además vulnera el derecho a la igualdad.
128. En principio, esta Corte considera que apartarse de la jurisprudencia previa no necesariamente es una conducta reprochable. En este sentido, esta Corte Constitucional ya ha analizado el valor de la jurisprudencia<sup>68</sup> y tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que las altas Cortes del país realicen cambios en su jurisprudencia. Así, se ha regulado esta posibilidad para la Corte Nacional de Justicia (artículo 185 de la Constitución), la Corte Constitucional del Ecuador (artículo 436 numeral 1 de la Constitución y artículo 2 numeral 3 de la LOGJCC), y también para el Pleno del Tribunal Contencioso Electoral (artículo 221 Constitución), cada una, en el marco de sus competencias y efectos, y teniendo en cuenta los hechos y particularidades de cada caso concreto. Ahora bien, este cambio jurisprudencial conlleva la obligación de las y los jueces de explicar las razones por las cuales se produce dicho cambio o si considerasen que la jurisprudencia fuere inaplicable, establecer las razones por las cuales se llega a tal conclusión en el caso concreto.
129. En el caso *in examine*, a juicio de esta Corte no existe vulneración a la garantía del juez imparcial pues la accionante no ha demostrado ni ha argumentado de qué forma la denuncia que fue seguida en su contra era similar o idéntica a los casos que invoca y que por tanto debieron ser tratados por igual y tener un mismo resultado. Por lo que no se observa alguna lesión a la igualdad o garantía del juez imparcial. Es decir, no se ha demostrado que el TCE haya tratado casos idénticos de forma diferente e injustificada.
130. Sin embargo, de las alegaciones del accionante esta Corte observa una particularidad. ENSA alegó como parte de su defensa que el editorial no era propaganda electoral y citó varios fallos del TCE. Por su parte, el TCE, en la sentencia impugnada dictada contra ENSA (Caso No. 0794-2011-TCE y acumulados) refirió que el editorial No. 1049 era propaganda electoral porque “*fue expuesta 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 (...)*”<sup>69</sup>, mientras que, en otros fallos invocados por ENSA, el TCE ha tratado a la propaganda electoral con otras características y no únicamente por su posibilidad de incidir en el electorado. Así, en

<sup>68</sup> Véase al respecto sentencia Corte Constitucional No. 1035-12-EP/20.

<sup>69</sup> Fojas 1656, sentencia del 26 de septiembre de 2012.

otras causas electorales ha concebido propaganda electoral por ser una campaña directa y concreta para captar votos de electores<sup>70</sup> o referir un conjunto de publicaciones que difunden partidos o movimientos políticos<sup>71</sup>, o, la referencia a que exista una contratación de la propaganda<sup>72</sup>, o distinguiéndola de actividades con fines informativos<sup>73</sup>.

131. Vista esta diferenciación, esta Corte considera que si bien no se ha violentado la garantía del juez imparcial por no haberse demostrado similitud en los casos invocados que precisen un mismo resultado, sí se ha vulnerado la garantía de motivación prevista en el artículo 76.7.1, en la medida que el TCE estaba obligado a pronunciarse sobre las alegaciones de las partes que relacionaban la jurisprudencia electoral y a argumentar las razones por las que consideró que éstas eran inaplicables al caso concreto o por las cuales cambiaba tal criterio. No se observa que el TCE haya relacionado su jurisprudencia, su aplicabilidad o no, ni tampoco las invocadas por las partes, por lo que se encuentra una vulneración a la garantía de motivación prevista en el artículo 76.7.1 de la Constitución, particularmente en la explicación o relación de la pertinencia entre las normas que fundamentan la decisión y los alegatos vertidos por las partes<sup>74</sup>.

#### 4.3 ¿La sentencia y auto impugnados por los que se sanciona electoralmente a un medio de comunicación violaron el derecho a la libertad de expresión?

132. En el presente caso, se acusa la posible vulneración a la libertad de expresión del autor del editorial No. 1049 que fue objeto de sanción electoral, así como del medio de comunicación que lo difundió, Revista Vistazo. La accionante alega esta vulneración, en lo principal, porque si la revista hubiere contenido propaganda electoral y sale a la venta antes del período de silencio electoral, pero se mantiene en las perchas cuando llega a esa fecha, ello querría decir que habría que retirarla de circulación. Para absolver estos cargos, se desarrollará el contenido del derecho a la libertad de expresión en contextos electorales y luego se analizará si la decisión impugnada violenta dicho derecho constitucional.

<sup>70</sup> Causa 069-2011-TCE.

<sup>71</sup> Causa 069-2011-TCE.

<sup>72</sup> Causa 463-299-J.DQT(S).MPF

<sup>73</sup> Causa 0269-2011-TCE.

<sup>74</sup> En este sentido, esta Corte Constitucional, ha manifestado que: “*resulta clara la relación de pertinencia entre las normas que fundamentan la decisión de la Sala de la Corte Nacional con las circunstancias específicas del caso concreto; esto es, existe relación de las normas o principios jurídicos en que se fundamentan los jueces casacionistas con los alegatos vertidos por las partes (...)*” (Sentencia Corte Constitucional No. 609-11-EP/19 del 28 de agosto de 2019, párr. 30). Véase también sentencia No. 293-13-EP/19 del 25 de septiembre de 2019. Asimismo, esta Corte Constitucional ha precisado que una decisión motivada es aquella que “*guarda la debida relación entre los alegatos vertidos por las partes, los antecedentes de hecho extraídos de las alegaciones de las partes y las normas jurídicas aplicadas al caso concreto, sobre las que también se fundamentó su pertinencia (...)*” (Sentencia Corte Constitucional No. 1728-12-EP/19 del 02 de octubre de 2019).



### La libertad de expresión y su protección en contextos electorales

133. El derecho a la libertad de pensamiento y expresión se encuentra reconocido tanto en tratados e instrumentos internacionales, como en la Constitución ecuatoriana. Así la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>75</sup>, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>76</sup>, la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>77</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>78</sup> y la Constitución ecuatoriana<sup>79</sup>, refieren la protección a este derecho y su contenido, destacando la libertad de todas las personas, de manera individual o colectiva, para expresarse, buscar, acceder, recibir o difundir información.
134. El derecho a la libertad de pensamiento y expresión se protege principalmente porque ha sido *profundamente vinculado con el desarrollo de la democracia*<sup>80</sup>. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado: “69. *La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre*”<sup>81</sup>; criterio al que se ha sumado esta Corte Constitucional en la sentencia No. 282-13-JP/19<sup>82</sup>.
135. La libertad de expresión se debe garantizar tanto en su dimensión individual como en su dimensión social o colectiva. Por un lado, la *dimensión individual* protege que cualquier persona pueda expresar libremente y por cualquier medio a su elección, informaciones e ideas de toda índole. La libertad de expresión no se agota en la libertad de expresarse, sino que implica además la libertad de difundir información de tal suerte que los Estados no solo deben garantizar que las personas expresen sus ideas y opiniones, sino que puedan difundirse al mayor número de destinatarios<sup>83</sup>. Por otro lado, la *libertad de expresión en su dimensión social* se encuentra protegida como “*un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Implica el derecho de todos a conocer opiniones y noticias*”<sup>84</sup>, pues se busca que las personas puedan libremente acceder,

<sup>75</sup> Art. 13. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>76</sup> Artículo IV. Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>77</sup> Artículo 19. Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>78</sup> Artículo 19. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>79</sup> Art. 18 Constitución de la República del Ecuador.

<sup>80</sup> García, Sergio, Gonza, Alejandra y Ramos, Endérina. *La libertad de expresión 2018, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Sociedad Interamericana de Prensa. quinta edición 2018. p. 12, 18.

<sup>81</sup> Opinión Consultiva OC-5/85 La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, p. 69.

<sup>82</sup> Sentencia No. 282-13-JP/19 del 4 de septiembre de 2019, párr. 55.

<sup>83</sup> En este sentido la Corte IDH ha manifestado: “78. *la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles. Una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente*” (Caso Ricardo Canese. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. p.78).

<sup>84</sup> Opinión Consultiva 5/85, *Op. Cit.* p. 32.

recibir información y conocer el pensamiento ajeno<sup>85</sup>. Estas dimensiones -individual y social- deben ser además garantizadas de forma simultánea<sup>86</sup>, pues cuando se transgrede la libertad de expresión de un individuo se transgrede al mismo tiempo el derecho a la libertad de información, esto es, el derecho de todas las personas a recibir informaciones, ideas u opiniones.

136. En este sentido, la Corte Constitucional, en sentencia No. 282-13-JP/19, ha señalado que la protección simultánea de las dos dimensiones de la libertad de expresión implica también proteger a los medios de comunicación por ser considerados el *“vehículo de expresión y de difusión de la información, ideas y opiniones de quienes se expresan a través de ellos, permitiendo el ejercicio de este derecho en su dimensión individual”*<sup>87</sup> y porque cuando se obstaculiza la libertad de un medio de comunicación *“se afecta necesariamente la dimensión social del derecho a la libertad de expresión, esto es, la posibilidad de las personas de buscar y recibir información, así como las ideas y opiniones ajenas que tal medio difunde. Estas dos dimensiones (...) son independientes y deben protegerse de manera simultánea”*<sup>88</sup>.
137. La Corte Constitucional asimismo ha establecido como regla general una *“presunción de constitucionalidad a favor de la libertad de expresión”*<sup>89</sup> y reconoce que existen ciertos discursos que entrañan una importancia particular para el ejercicio de otros derechos, o incluso para la consolidación y funcionamiento de una sociedad democrática, por lo que éstos exigen una protección especial<sup>90</sup>. En este sentido, la libertad de expresión ha sido vinculada también con el ejercicio de los derechos políticos, pues ambos propician el fortalecimiento de la democracia. En esta línea, la Corte IDH ha manifestado: *“Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. (...)”*<sup>91</sup>.
138. De ahí que la libertad de expresión e información adquiere mayor importancia en períodos electorales, pues para que los ciudadanos ejerzan de forma efectiva sus

<sup>85</sup> Estas dimensiones también han sido definidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC.5/85: Sobre esto la Corte señaló que *“30. Cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”*.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>87</sup> Sentencia Corte Constitucional No. 282-13-JP del 4 de septiembre de 2019, párr. 58.

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> Ibidem, párr. 63.

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, p.140.

derechos políticos como participar en la dirección de asuntos públicos o elegir y ser elegidos, es preciso garantizar un ambiente en el que se genere la mayor cantidad de información posible con pluralidad de medios, ideas, opiniones, en fin, pluralismo informativo, así como el enriquecimiento del debate político.

139. La Corte IDH en este sentido se ha pronunciado: *“La Corte considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión”*<sup>92</sup>.

140. En esta línea, la Constitución ecuatoriana señala:

*“Art. 115.- 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.”*

141. La Corte Constitucional ha manifestado que esta disposición, según su texto: *“tiene por objeto garantizar la promoción electoral equitativa e igualitaria, a efectos de que se propicie el debate y difusión de las propuestas de todas las candidaturas. En otras palabras, se trata de una norma que promueve la igualdad de todos los candidatos a elección popular, toda vez que busca que todos quienes participarán en una contienda electoral, tengan las mismas oportunidades para la promoción y difusión de sus propuestas”*<sup>93</sup>.

142. Ahora bien, esta protección a la libertad de expresión en contextos electorales, en realidad, debe involucrar a los principales actores: los votantes, las organizaciones políticas y los medios de comunicación. En este sentido: *“En un contexto de elecciones y de comunicaciones políticas se debe prestar especial atención al derecho a la libertad de expresión de los principales actores: los votantes, que dependen de que se realice el derecho a la libertad de expresión para recibir*

<sup>92</sup> Caso *Ricardo Canese vs Paraguay*, Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111, p. 88.

<sup>93</sup> Dictamen No. 010-19-RC/20 del 22 de enero de 2020.

*información completa y exacta y para expresar su afiliación política sin miedo; los candidatos y las organizaciones políticas, que necesitan ejercer sus derechos para hacer campaña y transmitir su mensaje político libremente, sin interferencias o ataques; y los medios de comunicación, que se basan en el derecho a la libertad de expresión para cumplir su esencial función democrática de informar al público, realizar un atento seguimiento de los partidos y los programas políticos, y constituirse en un mecanismo de contrapeso y control en relación con el proceso electoral”<sup>94</sup> (énfasis añadido).*

143. En esta línea, si bien es cierto, que la libertad de expresión es un derecho reconocido a todas las personas y no cabe restringirlo a un grupo de personas o a una determinada profesión, como los que ejercen profesionalmente la comunicación social y de los medios de comunicación<sup>95</sup>; no es menos cierto que, debe tenerse especial consideración a los medios de comunicación por su vinculación con las dimensiones de la libertad de expresión, como se señaló en la sentencia No. 282-13-JP/19<sup>96</sup>. Vale recordar que los Estados no solo deben garantizar la libertad de expresar ideas u opiniones, sino que esa protección implica el deber de no restringir la difusión de dichas ideas u opiniones al mayor número de destinatarios<sup>97</sup>. Al mismo tiempo el Estado está obligado a minimizar las restricciones a la circulación de la información y promover la participación de las distintas informaciones en el debate público impulsando el pluralismo informativo<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> ONU: Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, 2 Julio 2014, A/HRC/26/30, párr. 11.

<sup>95</sup> Corte IDH “*Toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas. La libertad de expresión es un componente esencial de la libertad de prensa, sin que por ello sean sinónimos o el ejercicio de la primera esté condicionado a la segunda*”. Caso *Tristán Donoso*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

<sup>96</sup> Sentencia No. 282-13-JP/19 del 4 de septiembre de 2019, párr. 58-60.

<sup>97</sup> En este sentido la Corte IDH ha manifestado: “78. *la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles. Una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente*” (Caso *Ricardo Canese*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. p.78). “73. *En cuanto a la censura previa, la Corte consideró que para que el Estado hubiera garantizado efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor (...) no bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información* (Caso “*Palamara Iribarne v. Chile*”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135. p. 73).

<sup>98</sup> En esta línea, la Corte IDH ha señalado: “57. *Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas* (Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 2 de mayo de 2008. Corte Interamericana Derechos Humanos Serie C No 177, párr. 57).

144. Ahora bien, aunque se propenda a una protección a la libertad de expresión en períodos electorales, ello no obsta que los Estados establezcan ciertas regulaciones para la libertad de expresión para los actores antes mencionados, las que además se deben encontrar desarrolladas en la ley<sup>99</sup>; pues como ha sido reconocido ya por esta Corte Constitucional: “*el derecho a la libertad de expresión no es absoluto y puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores que, según la Convención Americana “[...] deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*”<sup>100</sup>. En el caso *in examine*, se determinará si se ha vulnerado la libertad de expresión en la decisión impugnada en sujeción a precedentes de esta Corte.

**La decisión impugnada que sanciona la publicación de Vistazo como propaganda electoral.**

145. Como se detalló en los párrafos 14 y 15, la publicación objeto de la denuncia electoral se titulaba “*Un no rotundo*” en la Sección “*Editorial*”, de la edición No. 1049 en la Revista Vistazo en la que se concluía que “*Vistazo*” se pronuncia “NO” en las preguntas números tres, cuatro, cinco y nueve de la consulta popular que se convocó para mayo 2011.
146. La jueza de primera instancia desestimó la denuncia presentada pues a su criterio, el editorial publicado en la edición No. 1049 de la Revista Vistazo no constituye una publicidad electoral sino una *opinión* que no puede ser objeto de una sanción electoral<sup>101</sup>. En este sentido, concluye que su publicación no está prohibida por el Código de la Democracia, ni contraviene lo dispuesto por el artículo 202 del mismo Código<sup>102</sup>, tampoco se encuadra en la prohibición prevista en el artículo 205<sup>103</sup>, ni en

<sup>99</sup> Véase, por ejemplo: Artículo 115 de la Constitución y del artículo 202 y siguientes del Código de la Democracia (Reformado en R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020). En el Ecuador, encontramos varias regulaciones: (i) cuando se determina por parte del Consejo Nacional Electoral un período concreto (45 días máximo) para realizar campaña electoral; (ii) cuando se regula la forma de financiar las campañas electorales y se imponen límites al gasto electoral, o, cuando se establece la obligación de que se rindan cuentas de los fondos de la campaña electoral, entre otros; (iii) La designación del CNE para reglamentar y verificar el reparto equitativo de espacios publicitarios en medios de comunicación, la obligación de propiciar debates, etc.

<sup>100</sup> Sentencia Corte Constitucional No. 282-13-JP/19 del 4 de septiembre de 2019, párr. 61.

<sup>101</sup> Argumentos de fondo del fallo recurrido (primera instancia), citados por el TCE. Fs. 1652-1653 proceso electoral No. 074-2011-TCE y causas acumuladas.

<sup>102</sup> Art. 202 Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009): “*Art. 202.- 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 periodo, el Estado, a través del presupuesto del Consejo Nacional Electoral, garantizará de forma equitativa e igualitaria la promoción electoral que propicie el debate y la difusión de las propuestas programáticas de todas las candidaturas.*

*El financiamiento comprenderá exclusivamente la campaña propagandística en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias. El Consejo Nacional Electoral reglamentará el financiamiento según la realidad de cada localidad”. (Nota este artículo fue reformado en la ley publicada en R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020).*

la infracción del artículo 277 numeral 2<sup>104</sup> del mismo cuerpo de leyes, que en definitiva refieren a las prohibiciones de hacer publicidad por terceros -distintos al Consejo Nacional Electoral CNE- contraviniendo las reglas y el período de campaña electoral determinado por el CNE. A esta postura se afilia la accionante ENSA porque esta niega que el editorial pueda ser considerado propaganda electoral y por ende objeto de sanción.

147. En sentido contrario, en sentencia de segunda instancia, el Pleno del TCE sancionó a la compañía accionante por el editorial "*Un no rotundo*" por ser "*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*", en referencia a la respuesta "No" a las preguntas 3, 4, 5 y 9 de dicha consulta popular.
148. El TCE reafirmó esta postura pues en el informe de descargo presentado en esta causa señaló nuevamente que el editorial era una propaganda electoral y que fue sancionado por haberse publicado el 6 de mayo de 2011, cuando el período para realizar campaña tuvo como límite el 4 de mayo de 2011.
149. Si bien esta Corte Constitucional no está llamada a realizar corrección judicial ni dirimir la diferencia del criterio judicial en las instancias de un proceso en la aplicación del derecho ordinario, dado que ello excede el ámbito de la acción extraordinaria de protección; sí puede analizar si la autoridad jurisdiccional en la decisión judicial impugnada vulneró derechos constitucionales. En secciones anteriores ya se determinó que se vulneró el debido proceso en algunas de sus garantías; en esta parte, se verificará si se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión en virtud de las alegaciones de la compañía accionante y teniendo en cuenta además que, conforme se señaló en el apartado anterior, la libertad de expresión se encuentra especialmente protegida en contextos electorales y para sus actores principales: votantes, partidos políticos, medios de comunicación.
150. El artículo 13 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíbe explícitamente la censura previa y prevé que, bajo ciertas circunstancias, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión esté sujeto a responsabilidades ulteriores. Las mismas, "*deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*".

---

<sup>103</sup> Art. 205 Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009): "*Art. 205.- 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*".

<sup>104</sup> Art. 277 Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009): "*Art. 277.- Constituyen infracciones por parte de los medios de comunicación social, las siguientes: (...) 2. La difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral*". (Nota este artículo fue reformado en la ley publicada en R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020).

151. En el caso, como se desprende de los hechos relatados en los párrafos 14-22 *supra*, si bien no se ha alegado por las partes que han ocurrido formas de censura previa como impedir la circulación de una revista o prohibir su distribución, sí se sancionó a un medio de comunicación por publicar un editorial, siendo prudente entonces verificar si la responsabilidad ulterior impuesta fue legítima. A continuación, esta Corte verificará si con dicha sanción estatal pudo existir algún efecto inhibitorio o tener como resultado alguna forma prohibida de interferencia en ideas, opiniones o informaciones que se encuentran especialmente protegidas por la libertad de expresión<sup>105</sup>.
152. En los estándares del derecho a la libertad de expresión, se ha analizado el derecho a comunicar vs. el derecho a recibir información. Así, a través de la libertad de expresión se tutela tanto (i) la facultad de los individuos a manifestar sus juicios de valores, opiniones y puntos de vista sobre determinados sucesos, como, (ii) el derecho de las personas a recibir información sobre hechos y sucesos objetivos. En este sentido, mientras que el elemento predominante en el ejercicio de la *opinión* es la manifestación de un juicio subjetivo sobre determinado tema; en el caso de la *información*, el elemento preponderante reside en la descripción de hechos objetivos por medio de los cuales se busca que la sociedad se encuentre al tanto del acontecer público.
153. De ahí que los estándares que se apliquen sobre cada una de estas dos manifestaciones de la libre expresión diferirán uno de otro. En efecto, toda vez que no puede concluirse la certeza o falsedad de una *opinión*, en tanto que es una manifestación del pensamiento individual de cada persona y por tanto un juicio subjetivo, su nivel de escrutinio será mínimo y excepcional; mientras que en el caso de la *información*, cuyo fin es la descripción objetiva de hechos, si bien su nivel de escrutinio es excepcional será un tanto más estricto, a fin de precautelar que la ciudadanía pueda formarse una concepción lo mayor apegada a la realidad de los hechos y sujetos que afectan su entorno. En suma, si bien tanto la información como las opiniones son discursos protegidos es importante distinguirlos pues los *hechos* son susceptibles de juicios de veracidad o falsedad, no así las *opiniones*<sup>106</sup>. Esta distinción ha sido recogida por la Corte IDH:

*“Las opiniones vertidas (...) no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de*

<sup>105</sup> En esta misma línea, la Declaración de principios sobre la Libertad de expresión prohíbe la censura y medios indirectos para coartar la libertad de expresión: “5. *La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión* (Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana durante su 108º período de sesiones en el año 2000.)

<sup>106</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 93; Corte I.D.H., Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr.124.

*un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica solo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”.*<sup>107</sup>

154. En el presente caso, no se observa que, en la decisión judicial impugnada los jueces del TCE hayan considerado estos estándares de protección ni los niveles de escrutinio por la naturaleza del discurso ni tampoco existe un análisis claro de si la publicación de la Revista Vistazo tiene la manifestación de un juicio subjetivo o de valor sobre determinado tema, en concreto, el votar “no” en ciertas preguntas de la consulta popular de mayo de 2011; o si, por el contrario, es un editorial informativo o de otra naturaleza. En su lugar, los jueces del TCE expresaron que el editorial era una opinión que incidió en el electorado y que, por su cercanía con los comicios, debe ser sancionada como “propaganda electoral”<sup>108</sup>.
155. Sin perjuicio que la opinión y la propaganda tienen sus propias características, esta Corte verifica que los jueces del TCE no tomaron en cuenta los estándares de protección de la libertad de expresión ni el nivel de escrutinio según la naturaleza del discurso, lo que trajo como resultado una interferencia injustificada y arbitraria a este derecho. Además, el haber sancionado a un medio de comunicación por un editorial de contenido político sin un análisis que legitime la decisión, genera un efecto inhibitorio para otros medios de comunicación u otros actores cuyas manifestaciones políticas -de cualquier índole- también están protegidas por la libertad de expresión y por el debate democrático que implica el derecho de todos a disentir, confrontar sus ideas, propuestas u opiniones.
156. En este sentido, es importante recordar como lo ha establecido esta Corte Constitucional, que: *“la protección de la libertad de expresión implica reconocer que este derecho no solo ampara la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también [...] a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. En consecuencia, la información, ideas y expresiones que pudieran resultar incómodas a los representantes de las distintas funciones del Estado, también se encuentran protegidas por el derecho a la libertad de expresión”*<sup>109</sup>. De tal suerte que, aunque el editorial hubiere sido chocante o recibido de forma desfavorable o incómodo por el Estado o por cualquier sector de la población, por la garantía del pluralismo, está igualmente protegido por la libertad de expresión.
157. Esta Corte Constitucional además observa que la publicación de ENSA en la Revista Vistazo se refirió a críticas a ciertas preguntas de la consulta popular de mayo de 2011 y a los posibles riegos que, en su opinión, se advertían como consecuencia de su aprobación por parte de la ciudadanía. Esta publicación, al igual que otras afines,

<sup>107</sup> Caso Kimel, *Op. Cit.* p. 93.

<sup>108</sup> Sentencia del 26 de septiembre de 2012, *Op. Cit.* pág. 12.

<sup>109</sup> Sentencia Corte Constitucional No. 282-13-JP/19, párr.62.



constituye un discurso de interés público por relacionarse de forma directa a la realización de un proceso electoral y por tanto reviste el carácter de discurso especialmente protegido por el derecho a la libertad expresión.

158. En esta línea, este Organismo considera entonces que el editorial era acreedor de la protección reforzada para discursos de interés público, a la que se ha referido previamente esta Corte: *“Las expresiones, informaciones y opiniones atinentes a asuntos de interés público gozan de mayor protección puesto que en toda democracia, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben sujetarse a un escrutinio riguroso por parte de la sociedad en su conjunto, incluida la sociedad civil organizada, la prensa y la opinión pública”*<sup>110</sup>.
159. Si bien el objeto de la controversia era dilucidar la existencia de una infracción electoral, las y los jueces están obligados, al igual que cualquier otra autoridad pública, a respetar y garantizar los derechos constitucionales, por lo cual, las y los jueces del TCE no debieron limitarse a aplicar el derecho ordinario sin advertir las posibles vulneraciones de derechos constitucionales que pudieren acarrear con su decisión jurisdiccional, más aún si se trata de publicaciones de interés general.
160. Ahora bien, como se señaló en el párrafo 144 *supra*, en sentencia No. 282-13-JP/19 del 4 de septiembre de 2019, esta Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, y puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores según la Convención Americana. De ahí que, para considerarse legítimas, las restricciones al derecho a la libertad de expresión deben estar expresamente previstas en una ley, perseguir un fin legítimo y, ser idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales para la consecución de tal fin.<sup>111</sup>
161. En dicha sentencia No. 282-13-JP/19 del 4 de septiembre de 2019, además la Corte Constitucional impuso a las y los jueces la obligación de *“realizar un examen riguroso, a la luz de las circunstancias de cada caso, a fin de acreditar que una posible limitación a la libertad de expresión: (i) esté prevista en la ley, (ii) persiga una finalidad legítima y (iii) sea idónea, necesaria y proporcional para el alcance de dicha finalidad”*.<sup>112</sup>
162. En sujeción a la jurisprudencia de esta Corte, se realizará dicho examen para determinar si la sanción a ENSA en la decisión judicial impugnada fue una limitación a la libertad de expresión amparada en los tres elementos antedichos: (i) legalidad, (ii) legitimidad (iii) idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

### **El test tripartito para las posibles limitaciones a la libertad de expresión**

#### **Legalidad**

<sup>110</sup> Sentencia Corte Constitucional No. 282-13-JP/19, párr. 65

<sup>111</sup> Sentencia Corte Constitucional No. 282-13-JP/19, párr. 61

<sup>112</sup> Sentencia Corte Constitucional No. 282-13-JP/19, párr. 108. iv.

163. En cuanto a la **legalidad**, esta Corte debe hacer una necesaria referencia a las normas legales. Los artículos 202<sup>113</sup>, 205<sup>114</sup> y 277 numeral 2<sup>115</sup> del Código de la Democracia refieren a las prohibiciones de hacer publicidad por terceros -distintos al Consejo Nacional Electoral- transgrediendo reglas y el período de campaña electoral determinado por el CNE; y el artículo 291 del mismo Código sanciona a quienes hagan propaganda electoral en días en que se encuentra prohibida por la ley.
164. El TCE en la decisión impugnada, señaló que la campaña electoral duraba 40 días desde el 26 de marzo hasta el 4 de mayo de 2011 según la resolución PLE-CNE-1-4-3-2011 y que la compañía accionante “*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 periodo de silencio electoral*”.<sup>116</sup>
165. Como se dijo en los párrafos 78-85 *supra*, el Pleno del TCE con estas alegaciones demuestra que aplicó retroactivamente normas jurídicas que únicamente regían para lo venidero, incumpliendo el principio de legalidad. Ello genera además un impacto en la libertad de expresión, pues es claro que la restricción no estuvo fijada en una norma jurídica previa, expresa y clara, con lo cual se contraviene el primer principio del test tripartito.

#### Finalidad legítima de la sanción

166. Además de la legalidad, las restricciones o limitaciones a la libertad de expresión deben ser legítimas. Esto significa que las restricciones -aunque estén contenidas en una ley- deben necesariamente responder a una finalidad compatible con los derechos constitucionales o con el bien común, seguridad nacional, orden público.

<sup>113</sup> Art. 202 Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009): “*Art. 202.- 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 periodo, el Estado, a través del presupuesto del Consejo Nacional Electoral, garantizará de forma equitativa e igualitaria la promoción electoral que propicie el debate y la difusión de las propuestas programáticas de todas las candidaturas. El financiamiento comprenderá exclusivamente la campaña propagandística en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias. El Consejo Nacional Electoral reglamentará el financiamiento según la realidad de cada localidad*”. (Nota este artículo fue reformado en la ley publicada en R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020).

<sup>114</sup> Art. 205 Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009): “*Art. 205.- 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*”.

<sup>115</sup> Art. 277 Código de la Democracia (R.O. Supl. 578 del 27 de abril de 2009): “*Art. 277.- Constituyen infracciones por parte de los medios de comunicación social, las siguientes: (...) 2. La difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, ordenada por personas distintas al Consejo Nacional Electoral*”. (Nota este artículo fue reformado en la ley publicada en R.O. Supl. 134 del 3 de febrero de 2020).

<sup>116</sup> Sentencia del 26 de septiembre de 2012, *Op. Cit. p. 15. (fojas 1658 del proceso electoral)*.

167. De la lectura de la sentencia y auto impugnados<sup>117</sup>, no se desprenden argumentos para legitimar la sanción impuesta. Únicamente, se realizan alusiones a las normas del Código de la Democracia, y se hace referencia a los sujetos políticos inscritos para participar en la campaña electoral en el Consejo Nacional Electoral que tenían la exclusividad para “contratar y difundir publicidad electoral en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias (...)”<sup>118</sup> y a la equidad en campaña electoral.
168. Las decisiones concluyen que el editorial publicado era una *opinión* que por incidir en el electorado y por su cercanía a los comicios, debe ser considerada como *propaganda electoral*<sup>119</sup> y que ENSA ha incurrido en la infracción establecida en el numeral 2 del artículo 277 del Código de la Democracia.
169. La referencia a la existencia de normas jurídicas o las consecuencias que de ellas se derivan, -como la exclusividad o equidad en publicidad electoral argumentada por el TCE o el límite en el financiamiento y control de gasto electoral referido en la norma *ejusdem-*, no es un fundamento legítimo para sancionar a un medio de comunicación por las publicaciones de interés público o de contenido político que pudiere difundir a través de un editorial sin tener en cuenta la naturaleza del discurso y los estándares de protección de la libertad de expresión.
170. Como se dijo en los numerales 152-153 *supra*, es necesario identificar la naturaleza del discurso para conocer su protección y su nivel de escrutinio. A juicio de esta Corte, en el caso concreto, era indispensable que las y los jueces del TCE analicen la naturaleza del discurso (editorial) conforme a los estándares existentes para legitimar su decisión. Sin embargo, las y los jueces omitieron dicho análisis y en su lugar, calificaron al editorial como *opinión y propaganda electoral* al mismo tiempo<sup>120</sup>, cuando estos conceptos tienen características propias<sup>121</sup>. Es decir, tampoco verificaron que al calificar un discurso como una *opinión* ello conlleva un nivel de escrutinio mínimo y excepcional, por lo que resulta incompatible con la libertad de expresión

<sup>117</sup> Sentencia del 26 de septiembre de 2012, *Op. Cit.* (Fojas 1651 a 1661, y, 1678 a 1684, proceso electoral).

<sup>118</sup> *Ib.* (Fojas 1657, proceso electoral).

<sup>119</sup> Sentencia del 26 de septiembre de 2012, *Op. Cit.* pág. 12: “(...) se desprende que el editorial (...) 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 (...) 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; (...) De la sola lectura del editorial (...) 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 (...)”.

<sup>120</sup> *Ibidem.*

<sup>121</sup> Véase definiciones de “opinión” en párrafo 152 y 153 de esta sentencia y definición *propaganda electoral*: “Se denomina propaganda electoral aquella preparada por los partidos políticos y candidatos con el propósito de captar los votos del electorado para conseguir el mandato político”. Diccionario Electoral de CAPEL, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, página 885. Disponible en: [https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1441/diccionario-electoral\\_tomo-ii.pdf](https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1441/diccionario-electoral_tomo-ii.pdf).

restringirla sobre la base del objetivo de hacer respetar exclusividades o equidad en campaña electoral o límites de gasto o financiamiento electoral.

171. Dicho de otro modo, si bien esta Corte reconoce la importancia del cumplimiento de normas electorales y los límites de gasto y financiamiento de propaganda electoral, ello no puede tener como resultado desconocer la dimensión individual y social de la libertad de expresión que conlleva la circulación de opiniones e ideas que enriquezcan el debate democrático previo a unos comicios o proceso eleccionario ni desconocer los demás estándares de protección de la libertad de expresión.

172. Por lo expuesto, se concluye que se incumplió el principio de legitimidad pues la sanción impuesta no se fundó en fines compatibles con la libertad de expresión como la protección de derechos de terceros, del orden público, bien común, seguridad nacional ni se justificó adecuadamente la contravención a normas imperativas que buscan proteger la exclusividad o equidad en la campaña electoral o límites de gasto y financiamiento de esta.

173. Por otro lado, si bien en el presente caso, no existen alegaciones o pruebas relacionadas a que se aplicaron sanciones con fines distintos a los previstos en la norma, esta Corte Constitucional recuerda a todas las entidades estatales su deber irrestricto de actuar conforme a la Constitución y apegados a los bienes jurídicos protegidos en las normas jurídicas, *“por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder”*<sup>122</sup>.

174. En este sentido, sería reprochable que haya existido alguna desviación del poder y se haya impuesto una sanción electoral (uso de una facultad permitida del Estado) *“con el objetivo de alinear editorialmente un medio de comunicación con el gobierno”*<sup>123</sup> o que los Estados adopten cualquier medida reglamentaria o jurídica que limiten o menoscaben la libertad de expresión.

175. Estas medidas reglamentarias o jurídicas, se han caracterizado de la siguiente manera *“Las restricciones a la expresión política adoptan diversas formas, desde leyes sobre difamación y calumnia hasta la llana prohibición de criticar a políticos en el poder, pasando por la interdicción general de sitios web, fuentes informativas y medios de comunicación, y tienen profundas consecuencias no solo para las personas o grupos que puedan contravenirlas, sino también para los medios de comunicación o los intermediarios que publiquen expresiones políticas sujetas a restricciones o tenidas por ilegales”*<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, Sentencia del 22 de junio 2015. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. párr. 189.

<sup>123</sup> Ibidem. párr. 197.

<sup>124</sup> Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue. *Op. Cit.*, párr. 38.



176. Entre estas medidas, se ha determinado que *“La vulneración del derecho a la libertad de expresión durante procesos electorales suele consistir en la injerencia del Estado en el contenido de los medios de difusión. La aprobación de leyes para controlar o regular los discursos políticos inmediatamente antes y durante las elecciones constituye una preocupación importante a este respecto.(...)”*<sup>125</sup>. Por lo que, al sancionar una publicación en el contexto electoral cuyo contenido precisamente es político, debe observarse los estándares de protección a la libertad de expresión y la naturaleza del discurso para un escrutinio legítimo, de tal forma que no se incurra en un control o regulación indebida de los discursos antes, durante o inclusive después de las elecciones.

#### **Idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la sanción**

177. Finalmente, para que una restricción a la libertad de expresión sea admisible debe ser idónea, necesaria y proporcional. La idoneidad implica que la restricción es conducente a alcanzar el fin legítimo, la necesidad debe estar probada en sentido de que no existe otra medida menos lesiva, y la restricción debe ser proporcional en sentido estricto, es decir el beneficio alcanzado debe ser mayor a la limitación a la libertad de expresión.
178. Al haberse concluido que la sanción impuesta en la decisión judicial impugnada contravino los dos primeros elementos del examen, esta Corte considera innecesario realizar otras consideraciones en torno a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, pues ante la falta de una finalidad legítima no es posible determinar si la restricción es conducente a dicha finalidad o si es necesaria o proporcional para el efecto.
179. Por todo lo expuesto, se concluye que la sanción electoral impuesta al medio de comunicación, en el presente caso, es una restricción inadmisibles a la libertad de expresión dado que ella infringió los principios de legalidad y legitimidad, produciéndose en consecuencia una interferencia arbitraria al ejercicio de la libertad de expresión del medio de comunicación sancionado<sup>126</sup>.

#### **4.4 Medidas de reparación**

180. La reparación como se encuentra conceptuada en nuestro ordenamiento jurídico da la posibilidad al juez constitucional de ordenar medidas concretas, para la reparación material e inmaterial, especificando e individualizando obligaciones positivas y

<sup>125</sup> *Ibíd*em, párr. 39.

<sup>126</sup> En esta misma línea, la Declaración de principios sobre la Libertad de expresión prohíbe la censura y medios indirectos para coartar la libertad de expresión: *“5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión (Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana durante su 108º período de sesiones en el año 2000.)”*

negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias en que deban cumplirse.

181. Si bien no existe un catálogo taxativo de medidas de reparación, estas pueden incluir: (i) medidas de restitución, que consiste en el goce de derechos y reintegro de la dignidad de las personas. Estas medidas comprenden el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, la devolución de sus bienes, etc.; (ii) medidas de rehabilitación que se centran en afecciones físicas o psicológicas que se han causado a la víctima; (iii) medidas de satisfacción que buscan reintegrar y conmemorar la dignidad o la memoria de las víctimas; (iv) medidas de no repetición que tienen el objetivo de evitar que la violación se vuelva a producir. De esta manera, se previene que hechos similares se repitan y estas medidas pueden traducirse en reformas legales, institucionales, administrativas, etc.
182. En virtud de las vulneraciones a los derechos constitucionales declaradas en la presente sentencia, esta Corte Constitucional dictará medidas de reparación pertinentes para reestablecer los derechos del debido proceso y a la libertad de expresión, conforme las atribuciones establecidas en la Constitución y la LOGJCC, restableciendo los derechos de la accionante y precautelando la no repetición de estos hechos.
183. Para restituir los derechos de la accionante, se ordena dejar sin efecto los actos violatorios y se ordena que el Estado efectúe disculpas públicas a favor de la accionante como medida de satisfacción, en los numerales 1, 2 y 3 *sub infra* de la decisión.
184. Para prevenir la repetición de los hechos sucedidos, se ordena la implementación de un plan de capacitación en el TCE y también se dispone la difusión de la presente sentencia; lo cual se ordena en los numerales 4 y 5 *sub infra* de la decisión; sin perjuicio de los efectos de esta decisión constitucional conforme al artículo 436 numeral 1 y 440 de la Constitución de la República.

#### V. PARÁMETROS A CONSIDERAR PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS ELECTORALES

185. En virtud de la importancia de la protección a la libertad de expresión, esta Corte estima necesario realizar ciertas consideraciones orientadoras para proteger este derecho en contextos electorales.
186. La Corte IDH ha considerado la importancia de la libertad de expresión en procesos electorales y la protección de sus dos dimensiones ya que es esencial para la formación de la opinión pública de las y los electores. En este sentido, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte IDH ha precisado que:



*“El Tribunal considera indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan...”*

*El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí”<sup>127</sup>.*

187. También se ha señalado que *“La libertad de expresión es fundamental para que los procesos políticos sean abiertos, libres y justos, garantizando así una democracia funcional y auténtica. El derecho a participar en la vida pública no puede disfrutarse plenamente si no se respeta el derecho a la libertad de opinión y de expresión en todas sus dimensiones. Las elecciones libres devienen algo imposible si los candidatos y los grupos políticos no pueden promover sus ideas libremente o si los medios de comunicación son incapaces de funcionar en un entorno seguro e independiente”<sup>128</sup>.*

188. Por su parte, esta Corte Constitucional, ya ha reafirmado que la protección a la doble dimensión de la libertad de expresión implica también la protección a los medios de comunicación: *“La titularidad de este derecho no está restringida a determinada profesión o grupo de personas, ni al ámbito de la libertad de prensa. No obstante, esta Corte reconoce que los medios de comunicación sirven como vehículo de expresión y difusión de la información, ideas y opiniones de quienes se expresan a través de ellos, permitiendo el ejercicio de este derecho en su dimensión individual. Al mismo tiempo, cuando se obstaculiza la libertad de un medio de comunicación, se afecta necesariamente la dimensión social del derecho a la libertad de expresión, esto es, la posibilidad de las personas de buscar y recibir la información, así como las ideas y opiniones ajenas que tal medio difunde. Estas dos dimensiones de la libertad de expresión son interdependientes y deben protegerse de manera simultánea”<sup>129</sup>.*

<sup>127</sup> Caso Ricardo Canese. Op. Cit. párr. 90.

<sup>128</sup> Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue. Op. Cit, párr. 75

<sup>129</sup> Sentencia Corte Constitucional No. 282-13-JP del 4 de septiembre de 2019, párr. 58.

189. A juicio de esta Corte, es de especial importancia proteger la libertad de expresión en el debate que precede a las elecciones. La presencia de un debate de carácter democrático incluye la libre circulación de ideas e información tanto de los candidatos como de los partidos políticos, en los medios de comunicación o a través de cualquier otro medio en que la persona desea expresar su opinión o compartir información.
190. De ahí que, prohibir generalmente toda manifestación o publicación a los medios de comunicación o actores relevantes por inducir a las y los electores, no necesariamente protege al elector, sino que podría tener como objetivo o efecto real, silenciar a los medios de comunicación, a los actores políticos o actores relevantes, e incluso a la opinión crítica de los gobiernos de turno. Lo anterior exige que las y los jueces, así como autoridades del poder público tengan en cuenta el examen riguroso o test establecido en la sentencia No. 282-13-JP/19 de esta Corte Constitucional para no incurrir en vulneraciones a la libertad de expresión.
191. Ahora bien, vale recordar que, en materia de limitaciones a la libertad de expresión, *“la relación entre el derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no debe invertirse”*<sup>130</sup>, destacándose la excepcionalidad de las restricciones. En este sentido, esta Corte considera que restringir injustificadamente la difusión de la información a los medios de comunicación lesiona a su vez el derecho de los ciudadanos, en la medida en que dichos medios son el *“vehículo de expresión y difusión de la información, ideas y opiniones de quienes se expresan a través de ellos, permitiendo el ejercicio de este derecho en su dimensión individual”*<sup>131</sup>. Asimismo, se afecta la dimensión social de la libertad de expresión pues los medios contribuyen a *“la posibilidad de las personas de buscar y recibir la información, así como las ideas y opiniones ajenas que tal medio difunde”*<sup>132</sup>.
192. Por todo lo expuesto, esta Corte Constitucional con el ánimo de proteger la libertad de expresión y su necesaria existencia para la vigencia de los derechos políticos y un debate democrático:
- a) Exhorta a las juezas y los jueces, así como autoridades del sector público a precautelar la libertad de expresión y la aplicación de los criterios vertidos en esta sentencia, con la finalidad de que cada acto del poder público, administrativo, legislativo o jurisdiccional sea compatible con la libertad de expresión. Para el efecto, (i) se recuerda que la libertad de expresión puede ser excepcionalmente restringida y para que ésta sea admisible debe necesariamente cumplirse de forma simultánea los principios de legalidad, legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad; y (ii) se reitera, la importancia de determinar la naturaleza del discurso o discursos que fueren sometidos a su

<sup>130</sup> Observación General No. 34 del 12 de septiembre de 2011. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos.

<sup>131</sup> Sentencia Corte Constitucional No. 282-13-JP/19 del 4 de septiembre de 2019, párr. 58.

<sup>132</sup> Ibidem.

escrutinio para adecuar sus actuaciones a los estándares de protección de la libertad de expresión.

- b) Exhorta a los medios de comunicación, periodistas y a quienes ejerzan la comunicación social, para que cumplan su labor con responsabilidad en contextos electorales. Para el efecto, se considera necesario instar a los medios, a los periodistas y demás personas a observar las obligaciones que se han desarrollado en instrumentos internacionales<sup>133</sup>.

## **VI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:

### **SENTENCIA:**

1. **DECLARAR** la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de recibir decisiones motivadas y la legalidad previstas en los numerales 3 y 7.1 del artículo 76 de la Constitución y a la libertad de expresión, conforme los considerandos de la presente sentencia.
2. **DEJAR sin EFECTO** la sentencia del 26 de septiembre de 2012 y el auto de 29 de septiembre de 2012 por los cuales se declara responsable al accionante de la infracción electoral y se le impuso la sanción prevista en el numeral 2 del artículo 277 del Código de la Democracia y disponer el archivo del proceso electoral.
3. Como medida de satisfacción, que el Tribunal Contencioso Electoral, por intermedio de su representante, ofrezca disculpas públicas a ENSA. Las disculpas deberán ser publicadas por los siguientes medios: i) en un cartel tamaño A3, colocado en un lugar visible a la entrada del edificio principal del Tribunal Contencioso Electoral, mismo que deberá permanecer por el plazo de treinta días consecutivos; y, ii) en un banner web ubicado en un lugar fácilmente visible del portal institucional del Tribunal Contencioso Electoral, mismo que deberá permanecer por el plazo de treinta días consecutivos. En el plazo de tres meses desde la notificación de la presente sentencia, el TCE deberá informar sobre el cumplimiento de la presente medida. Las disculpas públicas deberán contener el siguiente texto:

<sup>133</sup> Véase, por ejemplo, la Declaración conjunta sobre medios de comunicación y elecciones del 15 de mayo de 2009 y otras que han referido a los medios de comunicación como la Declaración conjunta sobre libertad de expresión y elecciones en la era digital de los Relatores Especiales de las Naciones Unidas (ONU), OSCE y Organización de Estados Americanos (OEA) del 1 de mayo de 2020.

*"Por disposición de la Corte Constitucional del Ecuador, establecida en la sentencia No. 1651-12-EP/20, el Tribunal Contencioso Electoral reconoce las vulneraciones sucedidas al debido proceso y libertad de expresión en la causa electoral No. 794-2011-TCE y acumulados. Por lo tanto, ofrece sus disculpas públicas por las vulneraciones causadas a la compañía Editores Nacionales S.A. ENSA (editora de Revista Vistazo) y reconoce su obligación de respetar la Constitución de la República del Ecuador y particularmente la protección a la libertad de expresión en contextos electorales."*

4. Disponer la publicación de la presente sentencia, por parte del Tribunal Contencioso Electoral, a través de su representante legal, en su portal web institucional, en el banner principal de dicho portal, en donde deberá permanecer de manera visible un hipervínculo que dirija al documento completo, por el período de 6 meses consecutivos. Además, durante el mismo periodo, deberá difundir y compartir, mensualmente, la sentencia y el hipervínculo al documento completo a través de sus cuentas oficiales de Twitter, Facebook y otras redes sociales. Para justificar el cumplimiento integral de la medida, el responsable del Departamento de Tecnología deberá remitir a esta Corte Constitucional: un informe en el que consten los respaldos y el detalle de las publicaciones de la sentencia, realizadas a través de las cuentas oficiales de las redes sociales institucionales, una vez concluido el plazo de 6 meses establecido para el cumplimiento de la presente medida.
5. Disponer al Tribunal Contencioso Electoral, y por su intermedio al CNE, para que, dentro de un plazo de 6 meses, implementen un programa de capacitación a sus miembros sobre la protección a la libertad de expresión haciendo énfasis de la vigencia de este derecho en épocas y contextos electorales. Como parte del material pedagógico, se deberán usar los parámetros desarrollados en la presente sentencia. El TCE deberá remitir a esta Corte, en el término máximo de 60 días, un plan de capacitación para el cumplimiento de esta medida. Tanto el plan de capacitación como el cumplimiento de esta medida dentro de los 6 meses otorgados será evaluado por esta Corte Constitucional en la fase de verificación y seguimiento hasta por el plazo que se estime razonable.
6. Esta Corte Constitucional exhorta a las entidades públicas involucradas o destinatarias a cumplir de la forma más eficaz y eficiente las medidas de reparación ordenadas en esta sentencia en virtud de los objetivos que persigue cada medida sin perjuicio de las competencias de esta Corte en fase de seguimiento y verificación y bajo apercibimiento de lo establecido en el artículo 86.4 de la Constitución.
7. Devolver los expedientes procesales a la judicatura de origen.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES  
Firmado digitalmente por  
LUIS HERNAN BOLIVAR  
SALGADO PESANTES  
Fecha: 2020.09.08  
11:48:37 -05'00'

**Dr. Hernán Salgado Pesantes**  
**PRESIDENTE**

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con nueve votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 2 de septiembre de 2020.- Lo certifico.

AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI  
Firmado digitalmente por AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI  
Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**





**CORTE  
CONSTITUCIONAL  
DEL ECUADOR**



**CASO Nro. 1651-12-EP**

**RAZÓN.-** Siento por tal, que el texto de la sentencia que antecede fue suscrito el día martes ocho de septiembre de dos mil veinte, luego del procesamiento de las observaciones recogidas en la sesión respectiva.- **Lo certifico.-**

AIDA Firmado  
SOLEDAD digitalmente  
GARCIA por AIDA  
BERNI SOLEDAD  
Dra. Aída García Berni GARCIA BERNI  
**SECRETARIA GENERAL**

**AGB/WFC**