

PSE-SE-E2019-07-2019

Denuncia de ARENA

Improcedencia de la denuncia

TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL. San Salvador, a las doce horas y quince minutos del veintinueve de mayo de dos mil diecinueve.

Por recibido el escrito firmado por el licenciado Jorge Santacruz, en carácter de representante del instituto político Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), por medio del cual interpone una denuncia de carácter electoral.

A partir de lo anterior, este Tribunal realiza las siguientes consideraciones:

I. 1. Por medio de su escrito, el apoderado judicial de ARENA señala que denuncia al instituto político GANA, por infringir el artículo 175 del Código Electoral mediante hechos relacionados con la violación del silencio electoral el día de la votación de la Elección 2019.

2. Expone los siguientes hechos:

"Que como parte del derecho de los ciudadanos a poder reflexionar su voto sin interferencias de ninguna índole, el día tres de febrero de los corrientes entre las catorce horas con cuarenta y ocho minutos de este mismo día el candidato por el partido político GRAN ALIANZA POR LA UNIDAD NACIONAL que en adelante relacionare por sus siglas GANA, realizo por diferentes medios de comunicación tanto escrita, televisiva la cual realizara por medio de una convocatoria a rueda de prensa cuyo corto fuera trasmitido por noticias de canal 21, al igual que en redes sociales en donde literalmente dice:

"A los jóvenes:

Muchos de ustedes dan esta elección por sentada, como si de manra automática fuéramos a ganarla. Muchos de ustedes quieren que nuestro país cambie, pero no han salido a votar.

Si ustedes no salen a votar, no habrá victoria esta noche,

Si ustedes no salen a votar, El Salvador no cambiará.

Creo que nunca les he pedido nada. Porque siempre he pensado que yo estoy aquí para ustedes y no ustedes para mí. Pero si ustedes no salen a votar, creo que les fallaré. Porque no puedo hacer que ganemos sin ustedes. Esta vez los necesito.



Quedan 3 horas para que cierren los centros de votación. Todos los centros están cerca de sus casas. Una vez les pedí que no me dejaran solo.

Esta vez se los pido de nuevo.

Los quiero, pase lo que pase.

Nayib"

3. Agrega que: "Que como parte de los derechos constitucionales de los ciudadanos dentro de un proceso electoral democrático se regula que este debe tener un tiempo antes y durante el proceso electoral de reflexión, de la misma forma que la sentencia de la Sala de lo Constitucional referencia 467-2014 de fecha 26 de septiembre de 2016, la honorable Sala de lo Constitucional reconoce el derecho de silencio electoral que establece el artículo 175 del Código Electoral, que le prohíbe hacer propaganda por cualquier medio como es el caso antes relacionado donde de manera clara pide no solo que los jóvenes asistan a las urnas sino que además su voto sea por él".

4. Pide concretamente lo siguiente: "Me admitan la presente denuncia en contra del partido político Gran Alianza por la Unidad Nacional (GANU), por la violación al derecho del silencio electoral regulado en el artículo 81 de la Constitución y 175 de Código Electoral. Se sancione de conformidad al artículo 180 Código Electoral al partido político Gran Alianza por la Unidad Nacional (GANU).

II. 1. A través de su jurisprudencia, este Tribunal ha señalado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 254 inciso 1º del Código Electoral, el procedimiento administrativo sancionador por infracciones al referido cuerpo legal puede ser iniciado por denuncia del fiscal electoral, de los organismos electorales temporales, de un partido o coalición legalmente inscrito, o de la Junta de Vigilancia Electoral.

2. En ese sentido, se ha dicho que ante la denuncia de supuestas infracciones a la normativa electoral debe realizarse un juicio de admisibilidad, que implica verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) identificación del denunciante y la calidad en que denuncia; b) la identificación del partido político, candidato postulado o inscrito, persona natural o ente público o privado al que se le atribuye la infracción; c) la descripción de los hechos que constituyen la infracción; d) el ofrecimiento de prueba o si no dispusiere de la prueba pertinente, debe mencionarse su contenido y el lugar en que se encuentra, y pedir al Tribunal su solicitud e incorporación al proceso; e) las disposiciones de carácter

jurídico electoral que se consideran infringidas; f) la designación del lugar donde pueden ser notificados, tanto el denunciante como el denunciado; y g) petición concreta. A partir de lo anterior, el Tribunal puede determinar la admisión, rechazo o formular las prevenciones pertinentes sobre el contenido de la denuncia.

III. 1. En relación a los hechos relacionados con la transmisión de un mensaje por medio de: “medios de comunicación tanto escrita, televisiva la cual realizara por medio de una convocatoria a rueda de prensa cuyo corto fuera transmitido por noticias de canal 21”, este Tribunal advierte que por medio de resolución de 3-02-2019 proveída en el procedimiento administrativo sancionador clasificado bajo la referencia PSE-SE-E2019-03-2019, se inició de oficio dicho procedimiento para efectos de verificar la existencia de posibles actos constitutivos de la infracción prevista en el artículo 175 del Código Electoral en virtud de que en el informe de monitoreo de medios remitido por la Dirección de Comunicaciones de esta institución, se identificó una conferencia de prensa titulada como: “Declaraciones de Nayib Bukele”, que constituye propaganda electoral, en la que aparecía el candidato a la Presidencia de la República por el instituto político GANA, expresando lo siguiente: “(...) el dato global de votación es un dato muy bajo (...) hay un voto que ronda el 40% ahorita (...) hacer un llamado a todos los que no ha salido que lo hagan (...) operación remate, y es de que los que no hayan salido a votar que salgan (...) lo importante es que al final voten más personas, por varias razones: número 1: sabemos que entre más participación mayor el voto para nosotros, ¿Por qué? Porque mucha de la gente que se compone nuestro voto son jóvenes, que tradicionalmente votan en menor porcentaje, son gente que no cree en la política (...) para poder acabar con el bipartidismo corrupto debemos de salir a votar”.

Señaló además: “(...) para poder ganar en primera vuelta necesitamos sacar más votos que todos los partidos juntos (...) para lograr eso necesitamos que todos salgan a votar”.

2. Advertido lo anterior, este Tribunal constata que en el presente caso, existe identidad entre la base fáctica que constituyó el fundamento para ordenar el inicio del procedimiento clasificado bajo la referencia PSE-SE-E2019-03-2019 y los hechos denunciados por el representante del instituto político ARENA relacionados con la transmisión de la rueda de prensa del candidato del partido GANA a través de medios de comunicación.

3. En ese sentido, es importante referir que “la identidad fáctica, impone que los hechos constitutivos de la infracción o ilícito sean los mismos, esto es, los elementos fácticos contemplados en el tipo penal o administrativo, cuya comisión sea sancionable; en tal sentido, hechos idénticos y correspondientes al mismo período no pueden dar lugar a procedimientos sancionadores diferentes” -cf. Inc. 21-2012, sentencia de 2-12-2011 y HC 94-2009, sentencia de 13-02-2015-.

4. El Tribunal constata además la existencia en el presente caso de identidad de fundamento o causa entre este procedimiento y el clasificado bajo la referencia PSE-SE-E2019-03-2019, pues en ambos procedimientos el objeto está constituido por la verificación de la infracción administrativa estipulada en el artículo 175 del Código Electoral.

5. Finalmente cabe señalar que sobre los hechos denunciados por el representante de ARENA, en el procedimiento PSE-SE-E2019-03-2019 el Tribunal ha realizado los requerimientos de información y de documentación correspondientes, para efectos de sustanciar dicho informativo y poder determinar tanto la existencia de la infracción como la individualización de los supuestos responsables de la misma.

6. En ese sentido, en vista de que “las autoridades que ejercen el ius puniendi estatal ya sea en el orden penal o administrativo -es decir, los aplicadores de la norma sancionadora— deberán analizar en cada caso concreto la concurrencia o no de los elementos del principio en análisis, principalmente los hechos respectivos, para verificar la existencia de la triple identidad explicada” -cf. Inc. 109-2013, sentencia de 14-01-2016, considerando III.3.C.; cursivas suplidas-; al advertir el Tribunal la concurrencia de un supuesto de prohibición de doble juzgamiento o múltiple persecución en el presente caso, fundamentalmente por la identidad en la base fáctica de este procedimiento y el clasificado con la referencia PSE-SE-E2019-03-2019, deberá declararse la improcedencia de la denuncia por los hechos relacionados con la transmisión de la conferencia de prensa del candidato de GANA a través de medios de comunicación.

IV. 1. a. Por otra parte, respecto de la transmisión del mensaje denunciado a través de redes sociales, este Tribunal ha determinado -v.gr. publicaciones en Facebook- que en aquellos casos que se constate que dicha publicación se realiza a través de perfiles privados, dicha publicación no ingresa dentro del ámbito de prohibición establecido por el tipo

administrativo del artículo 175 del Código Electoral, puesto que al tratarse de un *perfil privado* el ingreso al mismo no ocurre en forma automática por parte de quienes acceden a dicha red social, de manera que su contenido no está a disposición de todos los usuarios.

b. En otras palabras, se ha dicho, en este tipo de casos, para el ingreso al contenido de la información contenida en dicho perfil *se requiere de una acción voluntaria directa e indudable que resulta del ánimo de cada usuario autorizado por el titular del perfil*; situación diferente a la transmisión de propaganda electoral por medios masivos y públicos en los que dicha voluntad no es necesaria para la captación del mensaje; por lo que, si se trata de la publicación de un mensaje a través de un perfil privado, el inicio de un procedimiento administrativo sancionador resulta improcedente.

2. a. Por otra parte, respecto de las capturas de pantalla de la red social Facebook como elementos probatorios, este Tribunal ha sostenido a través de su jurisprudencia, que dado que en el ordenamiento jurídico electoral no se establecen las reglas para determinar la admisión de este tipo de pruebas, debe acudir al derecho procesal común, en lo que resulte aplicable, en virtud de lo dispuesto en el artículo 291 del Código Electoral.

b. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) el derecho de probar implica la posibilidad de utilizar los medios previstos por dicho cuerpo legal, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados. Asimismo, el artículo 317 CPCM señala que la proposición de la prueba exige singularizar el medio que habrá de ser utilizado, con la debida especificación de su contenido.

c. Así, en vista de que las capturas de pantalla constituyen al tratarse de un medio de reproducción de la imagen –artículo 396 CPCM-, su ofrecimiento debe singularizarse con la debida especificación que su admisión pueda ser valorada en el momento procesal oportuno por este Tribunal –artículos 317 y 398 CPCM-.

d. Una cuestión de relevancia respecto del ofrecimiento de este tipo de medios de prueba, es que tratándose de capturas de pantalla de la red social Facebook, resulta pertinente y necesario señalar los presupuestos para valorar su autenticación –artículo 322 CPCM-; es decir, establecer las bases para determinar la *confiabilidad, trazabilidad y autenticidad de la autoría* y el *contenido* de dichos elementos; las cuales deben ser enunciadas por el oferente a fin de que sean valoradas por este Tribunal.



e. Las consideraciones antes señaladas, resultan aplicables a los supuestos en los que se presentan videos u otra información relacionada con redes sociales.

V. 1. En el presente caso, el Tribunal advierte que el denunciante no ha cumplido con el requisito del ofrecimiento de prueba correspondiente, o bien en caso de no disponerse de la prueba pertinente, mencionar su contenido y el lugar en que se encuentra, y pedir al Tribunal su solicitud e incorporación al proceso.

2. Y es que el denunciante, si bien hace referencia a la transmisión de un mensaje de propaganda electoral a través redes sociales, no menciona mayores elementos que permitan la valoración preliminar sobre los hechos denunciados.

3. a. En este punto, es pertinente señalar que una afirmación como la realizada por el denunciante requiere de la aportación de mayores elementos de contexto, como lo podría ser el vínculo del perfil de la red social en el que supuestamente se transmitió el mensaje denunciado, y así como establecer las bases para para determinar la *confiabilidad, trazabilidad y autenticidad* de la *autoría* y el *contenido* del mismo.

b. Pues como se señaló en el considerando anterior, tratándose de publicaciones en redes sociales –como es el caso de la red social *Facebook*- resulta imprescindible tener referencia sobre la misma, es decir, si se trata de un *perfil privado*; lo que implica que el ingreso al mismo no ocurre en forma automática por parte de quienes acceden a dicha red social, de manera que su contenido no está a disposición de todos los usuarios, o bien se trata de un *perfil público*, pues tratándose de un perfil privado para el ingreso al contenido de la información contenida en dicho perfil *se requiere de una acción voluntaria directa e indudable que resulta del ánimo de cada usuario autorizado por el titular del perfil*; situación diferente a la transmisión de propaganda electoral por medios masivos y públicos en los que dicha voluntad no es necesaria para la captación del mensaje.

4. a. Cabe recalcar que aquellos hechos que sean en demasía genéricos, incompletos, se basen en suposiciones o sean indeterminados -y se advierta que dichas situaciones no pueden ser subsanadas- no pueden servir como fundamento de una pretensión contenida en denuncia, pues ello no permitiría fijar con precisión el objeto del debate y admitir a trámite el procedimiento.

b. Lo anterior se fundamenta además, en que, de acuerdo con el *principio de proporcionalidad* –artículo 246 de la Constitución de la República- aplicable en este tipo de

procedimientos, las actuaciones administrativas deben ser *cualitativamente aptas e idóneas para alcanzar los fines previstos*.

c. De ahí que se vuelva necesario evitar cualquier procedimiento que implique el dispendio de la actividad del Tribunal.

V. A juicio del Tribunal, la exposición fáctica del denunciante relacionada con la transmisión de un mensaje de propaganda electoral a través de la red social es deficiente y no se realizó además de su parte un adecuado ofrecimiento probatorio que permitan sustentar preliminarmente los hechos denunciados -confiabilidad, trazabilidad y autenticidad de la autoría y el contenido-; lo que imposibilita configurar adecuadamente la pretensión para efectos de admitir a trámite la misma, aspecto que no puede ser suplido de oficio por el Tribunal, razón por la cual deberá declararse la improcedencia de la denuncia interpuesta.

Por tanto; con base en las anteriores consideraciones, lo establecido en los artículos 193 ordinales 1º y 2º, 208, inciso 4º, 246 de la Constitución de la República y lo regulado en los artículos 39, 40, 41, 59, 64 literal b) romano iv, 175 y 254 del Código Electoral; este Tribunal **RESUELVE:**

1. *Declárese* improcedente la denuncia interpuesta por el licenciado Jorge Santacruz, en carácter de representante del instituto político Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), en virtud de las razones expresadas en la presente resolución.

2. *Comuníquese* la presente resolución a la Fiscalía Electoral para los efectos pertinentes.

3. *Notifíquese.*

