



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO HUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**La potestad sancionadora de la Administración Pública
frente a los principios y reglas como estructura normativa
de los derechos de los Servidores Públicos**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Reyna Zambrano María Yokir

DIRECTOR: Valdivieso Espinosa Patricio Alberto, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO PORTOVIEJO

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor,
Patricio Alberto Valdivieso Espinosa
DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: **“La potestad sancionadora de la Administración Pública frente a los principios y reglas como estructura normativa de los derechos de los Servidores Públicos”** realizado por Reyna Zambrano María Yokir, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, febrero de 2014

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Reyna Zambrano María Yokir declaro ser autor (a) del presente trabajo de fin de maestría: **La potestad sancionadora de la Administración Pública frente a los principios y reglas como estructura normativa de los derechos de los Servidores Públicos, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo**, siendo Valdivieso Espinosa Patricio Alberto director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente Textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f.....

Autora: María Yokir Reyna Zambrano

C.C.: 1304548587

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación, como parte de la culminación de esta maestría, representa todos los esfuerzos y sacrificios para cumplirlo, lo dedico a mis hijos, Juan Leonardo y Erika Patricia: el regalo más hermoso que he recibido, el motivo para cristalizar mis sueños, a Stefano Andrés y Juan Fernando, una bendición en mi vida.

A mis padres: León y Tomasita, ejemplo de amor, superación y sacrificio, seres extraordinarios capaces de dar la vida por sus hijos.

A mi esposo Juan Patricio, por su permanente amor y comprensión en la realización de mis proyectos.

AGRADECIMIENTO

A Dios, ser supremo que día a día guía mi camino y me fortalece para seguir superándome y alcanzar cada una de mis metas en mi carrera profesional.

Mi agradecimiento al abogado Marcelo Iván Farfán Intriago, mi maestro, colega, catedrático y amigo, quien ha sido un pilar fundamental en la realización de esta maestría, al brindarme su apoyo incondicional en esta etapa de formación profesional, a él mi eterna gratitud.

Un agradecimiento especial al doctor Patricio Valdivieso Espinosa, mi director de tesis, por su meritoria guía en el desarrollo de esta tesis.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE MESTRÍA.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I	
1. Las servidoras y servidores públicos.....	6
1.1. Definición.....	6
1.2. Definición Jurídica.....	8
1.3. Conceptos doctrinarios.....	10
1.4. Requisitos para el ingreso al servicio público.....	12
1.5. Clasificación de Servidores Público.....	14
1.6. Servidoras y Servidores excluidos de la carrera del Servicio.....	17
1.7. Diferencias entre servidor público y servidor de carrera.....	19
1.8. Otras categorías de servidores.....	23
1.9. Contratos Ocasionales.....	23
1.10. Deberes de las y los servidores públicos.....	25
1.11. Derechos de las y los servidores públicos.....	26
1.12. Prohibiciones de las y los servidores públicos.....	27
1.13. Las Sanciones Disciplinarias.....	28
CAPÍTULO II	
2. La potestad sancionadora.....	33
2.1. Generalidades.....	33
2.2. Nacimiento.....	33
2.3. Evolución histórica.....	37
2.4. Fundamento de la potestad sancionadora.....	39
2.5. Ejercicio de la potestad sancionadora.....	39
2.6. División de la potestad sancionadora: Correctiva y Disciplinaria.....	41
2.6.1. Potestad Sancionadora Correctiva.....	41
2.6.2. Potestad Administrativa Disciplinaria.....	41
2.7. Principios de la potestad sancionadora.....	41
2.7.1. Legalidad.....	42
2.7.2. Irretroactividad.....	45
2.7.3. Tipicidad.....	46
2.7.4. Responsabilidad.....	48
2.7.5. Proporcionalidad.....	49
2.7.6. Prescripción.....	51
CAPÍTULO III	
3. Principios y reglas como estructura de los derechos.....	55
3.1. Generalidades.....	55
3.2. Definición.....	56
3.3. Ponderación de los principios.....	59

3.4. Principios de aplicación de los derechos.....	60
3.5 Las Reglas.....	61
3.6. Las Garantías.....	61
3.6.1 Garantías Normativas.....	62
3.6.2. Garantías Institucionales.....	64
3.6.3. Garantías de políticas públicas.....	67
3.6.4. Garantías jurisdiccionales.....	68
3.6.4.1. Finalidad de las Garantías Jurisdiccionales.....	69
3.6.4.2. Características de las Garantías Jurisdiccionales.....	69
3.7 Las Garantías Constitucionales que integran el debido Proceso.....	70
3.8 Las Garantías Constitucionales que integran el derecho a la defensa.....	71
CAPÍTULO IV	
4. El procedimiento administrativo	74
4.1 El procedimiento disciplinario como garantía.....	74
4.2 El Derecho Disciplinario.....	75
4.3 El Sumario Administrativo.....	78
4.4. Fases del sumario administrativo.....	81
4.4.1. Iniciación del procedimiento.....	82
4.4.2. Inicio del sumario administrativo.....	84
4.4.3. Auto de llamamiento a sumario administrativo.....	84
4.4.4. Notificación.....	84
4.4.5 Contestación.....	84
4.4.6. Término de Pruebas.....	85
4.4.7. Conclusiones y Recomendaciones: Informe final.....	83
4.4.8. Resolución y sanción	83
4.4.9. De la renuncia al sumario.....	84
4.4.10. De la Rehabilitación por destitución.....	84
4.5. Prescripción y Caducidad.....	84
4.5.1. Prescripción de derechos del servidor para impugnar la sanción.....	84
4.5.2 Prescripción de acciones de la autoridad nominadora para imponer Sanción.....	84
4.5.3 Caducidad de la Acción.....	85
CAPITULO V	
5. Investigación de campo.....	90
5.1 Población y Muestra.....	90
5.1.1. Población.....	90
5.1.2. Muestra.....	90
5.2 Instrumentos de Recolección de datos.....	91
5.3. Procedimiento de la investigación.....	91
CONCLUSIONES	110
RECOMENDACIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	114
ANEXOS.....	118

RESUMEN

La administración pública brinda servicios públicos de calidad, eficiencia y eficacia a través de sus servidores a los ciudadanos, para lo cual el Estado debe de establecer correctivos y sanciones cuando los servicios públicos se prestan con mala calidad o con deficiencia.

El derecho a sancionar en previsión del cumplimiento de los principios de la administración pública, no puede constituir oportunidades para evitar que las reglas y los principios sean aplicados de manera igualitaria para todos los servidores públicos cuando éstos sean objeto de sanción, ante la inexistencia de procedimientos administrativos sancionadores unificados, ya que las entidades que conforman el sector público, según la naturaleza del servicio que prestan, se rigen por sus propias normas reglamentarias.

Por ello, se hace necesario que exista un procedimiento administrativo sancionador de carácter único que permita que los derechos de los servidores no puedan ser conculcados de manera arbitraria específicamente cuando los administradores o autoridades sancionan de manera discrecional o subjetiva.

Frente a ello, nuestra Constitución contempla el derecho de recurrir de actos administrativos, para que puedan ser impugnados en sede administrativa o judicial.

PALABRAS CLAVES: administración pública, servidores públicos, servicios públicos, sancione, principios de la administración pública.

ABSTRACT

Public administration provides quality public services, efficiency and effectiveness through its servers to the citizens, for which the State must establish corrective measures and sanctions when public services are provided with poor quality or deficient .

The right to punish in anticipation of compliance with the principles of public administration may not be opportunities to avoid the rules and principles are applied equally to all public servants when they are subject to sanctions, in the absence of procedures unified administrative sanction, since the entities in the public sector, according to the nature of their service, are governed by their own regulations.

Therefore, it is necessary that there is an administrative disciplinary proceeding uniqueness that allows servers rights not be infringed arbitrary manner specifically when administrators or authorities awarded discretionary or subjectively.

Against this, our Constitution provides for the right of appeal against administrative decisions, so they can be challenged in administrative or judicial proceedings.

KEYWORDS: public administration, public servants, public services, punish, principles of public administration.

INTRODUCCIÓN

La potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, la disciplinaria (la cual se ejerce frente a los servidores públicos que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (aquella que se impone a los particulares por las infracciones a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, fiscal, financiera, etc.). Esa potestad disciplinaria del Estado, se hace manifiesta sobre los servidores públicos, esto es sobre aquellas personas naturales que prestan un servicio, ejercen un cargo, función o dignidad dentro del sector público bajo la subordinación del Estado, cuando éstos incumplen sus deberes, obligaciones o transgreden las prohibiciones que para ellos ha establecido la ley.

La Ley Orgánica del Servicio Público ha previsto el sumario administrativo como una garantía contra la vulneración de los derechos del administrado, el cual tiene entre sus finalidades ejercer el derecho coercitivo de la autoridad nominadora para que los administrados, reglados por la LOSEP enmarquen su accionar en esta Ley Orgánica y tengan como límite de sus actos las sanciones.

En el presente trabajo investigativo se realizó un análisis doctrinal, legal y jurisprudencial del problema planteado, para lo cual se desarrollaron los siguientes capítulos: capítulo I, se define doctrinal y jurídicamente a los servidores públicos, así como se establece su clasificación, sus derechos, prohibiciones y obligaciones; capítulo II, la potestad sancionadora, se define su evolución histórica y su conceptualización, además se establecen los principios sobre los cuales se fundamenta; capítulo III, los principios y reglas como estructura de los derechos, analizando a las garantías institucionales, de políticas públicas y jurisdiccionales; capítulo IV, el procedimiento administrativo, donde se aborda el sumario administrativo con todas sus fases, así como también se analiza la prescripción y a caducidad; capítulo V, investigación de campo, donde se describe el procedimiento de la investigación.

Se logró investigar porqué el sumariado es privado del derecho a la defensa, por qué no se le permite contar con el tiempo y los medios adecuados para su defensa; el proceso se sustancia en desigualdad de condiciones; por qué no siempre el sumariado tiene acceso a todos los documentos y actuaciones del expediente, por qué no siempre es asistido por un abogado o defensor público, por qué se vulnera el principio de contradicción en las pruebas,

por qué se anticipa el criterio resolviendo iniciar el sumario con una denuncia de un compañero de trabajo, cuyo testimonio carece de idoneidad; la garantía de imparcialidad, competencia e independencia no se cumple pues el juez instructor, el Director de la Unidad Administrativa del Talento Humano, se enviste de calidad de juez para juzgar la conducta del compañero, y finalmente, la resolución que debe emitir no es motivada, al no enunciar las normas y principios jurídicos en que se fundamenta y explicando su pertinencia o adecuación a los fundamentos de hecho, lo cual conlleva a que sea considerada nula.

Los objetivos generales del presente trabajo, se concentraron en investigar si el marco disciplinario administrativo estatuido en la ley y el reglamento ha sido aplicado a las conductas del servidor público que lesionan el funcionamiento de la administración pública y que nacen en la inobservancia de los deberes y prohibiciones que tiene el administrado, lo cual se lo hizo a través de la investigación de campo, esto es revisión de procesos y encuestas. A través de la revisión ocular, se analizaron sentencias de única instancia dentro de acciones planteadas ante el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo Nro. 4 de Manabí y Esmeraldas, en las que los jueces declararon la ilegalidad del acto administrativo y por ende su nulidad, al determinar la violación del procedimiento administrativo, irrespetando las normas y principios que sustentan los derechos fundamentales que tiene el administrado frente al abuso que comete la Administración Pública.

Los resultados obtenidos constituye la justificación de esta investigación cuantitativa y cualitativamente, que busca analizar este tipo de actitudes por parte de los administradores públicos, que sin tomar conciencia del daño social y económico que provocan a los servidores públicos y sus familias, actúan violentando sus legítimos derechos al transgredir normas y principios.

CAPÍTULO UNO

1. Las servidoras y servidores públicos

1.1. Definición.

A diferencia de la Constitución de 1998, la actual Constitución de la República del Ecuador y en particular la Ley Orgánica del Servicio Público, marcan una diferencia definiendo o delimitando a las personas que son servidoras y servidores públicos, estableciendo que son todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público¹ (Constitución, 2008, p. 24) (Ley Orgánica del Servicio Público, 2010, p.4).

Pero la misma Constitución de la República del Ecuador determina que “los obreros y obreras que laboran dentro de las instituciones que conforman el sector público estarán sujetos o amparados por el Código del Trabajo”² (Constitución, 2008, p. 24) y luego la LOSEP indica que “Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo”³ (Ley Orgánica del Servicio Público, 2010, pág. 4). Y, la norma constitucional indica que “en las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública”⁴ recalcando que aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo. Es decir que en el caso de surgir controversias entre obreros y obreras, trabajadoras y trabajadores y su empleador, éstas se sustanciarán ante un Juez de Trabajo y no ante los Jueces Contenciosos Administrativos.

Este mandato constitucional, de establecer que solo quienes ejerzan cargos de dirección, administración, profesional y directivas estarán amparados por las leyes administrativas y las obreras y obreros, trabajadores y trabajadoras, estarán amparadas por el Código, se contraponen con lo señalado en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al señalar que “la competencia y el procedimiento en aquellas relaciones contractuales que se generen entre

¹ Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: Publicación oficial de la Asamblea Constituyente, artículos 225, 229 inciso primero.

¹ Asamblea Nacional, Ley Orgánica del Servicio Público, Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N° 294 del 6 de octubre, artículo 4 inciso primero.

² Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: Publicación oficial de la Asamblea Constituyente.

³ Asamblea Nacional, Ley Orgánica del Servicio Público, Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N° 294 del 6 de octubre, artículo 4 inciso segundo

⁴ Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: Publicación oficial de la Asamblea Constituyente, art. 326.26).

las empresas públicas y servidores públicos de carrera y obreros, se observará la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el Código del Trabajo”⁵ (2009, p. 9), y su artículo 32 ibídem que dice: “Las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obrero, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo competentes, quienes para el efecto observarán las disposiciones especiales previstas en este título”⁶. (2009, p.9).

Esta exclusión la contempla la Ley Orgánica del Servicio Público⁷, cuando establece que las disposiciones de dicha ley son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública, pero estableciendo excepciones al determinar que “los Miembros activos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y el personal de carrera judicial se regirán en lo previsto en dichas disposiciones por sus leyes específicas y subsidiariamente por esta Ley en lo que fuere aplicable”⁸; e igualmente disponiendo en el inciso final del mencionado artículo que “las Empresas Públicas, sus filiales subsidiarias o unidades de negocio, se someterán a lo dispuesto en el título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”⁹.

Los servidores públicos son recursos o talentos humanos calificados que prestan sus servicios personales a la administración pública central, institucional o autónoma descentralizada, para satisfacer necesidades generales de la población. Sus deberes se dirigen a impulsar el desarrollo de la obra pública, mejorar los servicios públicos y procurar el bienestar material de la colectividad, contribuyendo al fomento y protección de los intereses locales y nacionales, por lo que se incluye y se reconoce como servidores públicos aquellos que prestan sus servicios en la Función Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y Participación Ciudadana y Control Social. Esta definición del servidor público involucra a toda la clasificación tradicional que la doctrina ha mencionado siempre como son: El Dignatario, Funcionario o Autoridad y Servidora/o.

a Ley Orgánica del Servicio Público en la disposición general octava señala varios conceptos de la siguiente manera:

⁵ Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N° 48 del 16 de octubre, artículo 29.

⁶ Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N° 48 del 16 de octubre, artículo 32.

⁷ Asamblea Nacional. (2010). *Ley Orgánica del Servicio Público*, Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N° 294 del 6 de octubre, artículo 3.

⁸ Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: Publicación oficial de la Asamblea Constituyente.

⁹ Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N° 48 del 16 de octubre.

“Dignataria/o.- Es la persona elegida por votación popular, por un período fijo para ejercer las funciones y atribuciones establecidas en la Constitución y en la Ley.

Funcionaria/o.- Es la servidora o servidor que ejerce un puesto, excluido de la carrera del servicio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de período fijo y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquicamente superior.

Servidora/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento o remoción.¹⁰ (LOSEP, 2010, p. 52)

1.2 Definición jurídica.

El Reglamento de Responsabilidades dictado mediante Acuerdo Nro. 917 el 23 de agosto de 1985, publicado en el Registro Oficial N° 258 el 27 de agosto de 1985, que sustituyó al Acuerdo Nro. 384 del 26 de abril de 1978, publicado en el Registro Oficial N° 587 el 17 de mayo de 1978, define a los Servidores Públicos como aquellos ciudadanos nombrados o contratados legalmente que prestan servicios remunerados en el sector público, que según el artículo 383 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, hoy derogado, comprende:

- a) El Gobierno Nacional integrado por todas las entidades y organismos que ejercen las funciones legislativa, judicial y ejecutiva, con sus entidades y organismos adscritos o dependientes, incluidas sus empresas; b) Los Consejos Provinciales; c) Las Municipalidades y sus empresas; d) Las entidades creadas por ley u ordenanza, como de derecho público o de derecho privado, con finalidad social o pública, el IESS y la Junta de Beneficencia de Guayaquil; e) Las empresas o sociedades cuyo capital está integrado totalmente por aportes de las entidades y organismos determinados en los numerales que precede.¹¹ (p. 87).

¹⁰ Asamblea Nacional. (2010). *Ley Orgánica del Servicio Público*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento N° 294 del 6 de octubre.

¹¹ Congreso Nacional. (1985). *Ley Orgánica de Administración Financiera*. Quito, Ecuador: Registro Oficial N° 258 el 27 de agosto de 1985

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, derogada, determinaba que a quienes correspondía esa ley, era a los ciudadanos ecuatorianos que ejerzan funciones públicas remuneradas, en dependencias fiscales o en otras instituciones de derecho público y en instituciones de derecho privado con finalidad social o pública y definía al Servidor Público como “todo ciudadano ecuatoriano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados en las instituciones entidades y organismos previstas en el artículo tercero”¹² (LOSCA, 2005, p. 3). Según esta disposición legal es Servidor Público:

- a.) Un ciudadano ecuatoriano
- b.) Que ha sido nombrado legalmente
- c.) Que presta sus servicios bajo una remuneración; y,
- d.) Que tales servicios los desempeña en las dependencias fiscales, las instituciones de derecho público y las de derecho privado con finalidad social o pública, puesto que a éstas se refiere el inciso primero del artículo citado.

El artículo 3 de la derogada LOSSCA consideraba al servidor público como: “Toda persona natural que presta sus servicios legalmente en relación de dependencia, nombrado o contratado por servicios ocasionales, que labora en las instituciones, entidades u organismos del Estado y del sector privado, en las cuales las instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad al menos en un cincuenta por ciento.”¹³

En la actualidad, el artículo 4 de la Ley Orgánica Del Servicio Público, nos da la siguiente definición: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.”¹⁴

En conclusión toda persona que labora o presta sus servicios personales a las instituciones estatales en cualquiera de sus modalidades es considerada servidora o servidor público y estará amparado por las leyes que regulan la administración pública y los obreros que también laboran para dichas instituciones estarán amparados por el Código del Trabajo.

¹² Congreso Nacional. (2005). *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa*. Quito, Ecuador: Registro Oficial N° 16 del 12 de mayo.

¹³ Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y de Homologación del Sector Público, Registro Oficial Nro. 16 del 12 de mayo de 2005, artículo 3.

¹⁴ Asamblea Nacional. (2010). *Ley Orgánica del Servicio Público*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento ° 294 del 6 de octubre.

1.3. Conceptos doctrinarios de servidor público.

Es fundamental, citar algunos conceptos de servidor público de diferentes países. El autor de la obra Seguridad Jurídica, Enrique Rojas Franco, cita el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, respecto de la definición del servidor público, cuyo artículo dice:

Servidor Público es la persona que presta servicios a la administración pública, o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad que realiza. Por lo tanto se consideran equivalentes los términos funcionario, servidor público, empleado público, encargado del servicio público y demás similares y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.¹⁵ (Rojas, 2011, p. 341).

El artículo 123 de la Constitución de Colombia, nos señala el concepto de servidor público que dice: “Los Miembros de las Corporaciones Públicas: Senadores y Representantes a la Cámara, los Diputados, Concejales y Miembros de las Juntas Administradoras Locales, Empleados: los que prestan sus servicios al Estado, se les ha denominado empleados públicos y trabajadores oficiales”¹⁶ (Constitución, 1990, p. 56).

En la Legislación Penal Colombiana en el artículo 20, define a los Servidores Públicos así: “Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha Contra la Corrupción y las Personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”.

¹⁵ Rojas, Enrique. (2011). *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*. Costa Rica: Editorial Edilex S.A..

¹⁶ Asamblea Nacional Constituyente. (1990). *Constitución de la República de Colombia*

La Constitución Federal de México, en el capítulo denominado “De las responsabilidades de los Funcionarios Públicos”, en el artículo 108, se refiere a los servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal, y Judicial del Distrito Federal, al Presidente, a los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrital Federal”.

Pero haciendo un análisis comparado, se encuentra que en la función pública de Costa Rica, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en su artículo 2, define así al Servidor Público: “Para los efectos de esta ley, se considera Servidor Público toda persona que presta sus servicios en los órganos y entes de la administración pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor o empleado público, se consideran equivalentes para efectos de esta ley”.

En cambio el artículo 425 del Código Penal Peruano, define a los servidores públicos y los denomina funcionarios o servidores públicos: “1. Como aquellos que están comprendidos en la carrera administrativa; 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos; 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley”.¹⁷

Considero también importante, citar las disposiciones legales del Estatuto del Funcionario Público de Bolivia, Ley Nro. 2027 de octubre de 1999, que diferencia los términos SERVIDOR PÚBLICO, FUNCIONARIO, EMPLEADO Y DIGNATARIO: El art. 4.- SERVIDOR PÚBLICO.- “Es aquella persona individual, que independientemente de su jerarquía y calidad, presta servicios en relación de dependencia a una entidad sometida al ámbito de aplicación de la presente ley”.¹⁸ El término SERVIDOR PÚBLICO para efectos de esta ley, se refiere a los dignatarios, funcionarios y empleados públicos u otras personas que presten

¹⁷ Código Penal Peruano, artículo 425.

¹⁸ Estatuto del Funcionario Público de Bolivia, artículo 4

servicios con relación de dependencia con entidades estatales. El art. 5.- CLASES DE SERVIDORES PÚBLICOS.- “Los servidores públicos se clasifican en: funcionarios electos, funcionarios designados, funcionarios de libre nombramiento, funcionarios de carrera, funcionarios interinos”.¹⁹

La Convención Interamericana contra la Corrupción, en el artículo 1 DEFINICIONES, manifiesta que para los fines de la presente convención se entiende por “FUNCIONARIO PÚBLICO OFICIAL GUBERNAMENTAL o SERVIDOR PÚBLICO “*Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.*”²⁰ El Ecuador, a través del Congreso Nacional aprobó esta Convención, mediante Resolución Legislativa, el 13 de mayo de 1997, publicada en el R. O. Nro. 70 de 22 de mayo de 1997 y la ratificó mediante Decreto Ejecutivo, el 23 de mayo de 1997, por lo que se encuentra en plena vigencia.

1.4. Requisitos para el ingreso al servicio público.

El servicio público tiene como objetivo propender al desarrollo profesional y personal de los servidores públicos, en búsqueda de lograr el permanente mejoramiento de la eficacia y productividad del Estado y sus instituciones, mediante el establecimiento, funcionamiento y desarrollo de un sistema técnico de administración del talento humano.

En nuestro país, la Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 5 señala cuáles son los requisitos que se debe cumplir para ingresar al servicio público:

“a) Ser mayor de 18 años y estar en pleno ejercicio de los derechos previstos por la Constitución de la República y la Ley para el desempeño de una función pública; b) No encontrarse en interdicción civil, no ser el deudor al que se siga proceso de concurso de acreedores y no hallarse en estado de insolvencia fraudulenta declarada judicialmente; c) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos; d) Cumplir con los requerimientos de preparación académica y demás competencias exigibles previstas en esta Ley y su Reglamento; e) Haber sufragado, cuando se tiene obligación de hacerlo, salvo las causas de excusa previstas en la Ley; f) No

¹⁹ Ibídem, artículo 5

²⁰ Convención Interamericana contra la Corrupción, artículo 1.

encontrarse en mora del pago de créditos establecidos a favor de entidades u organismos del sector público, a excepción de lo establecido en el artículo 9 de la presente Ley; g) Presentar la declaración patrimonial juramentada en la que se incluirá lo siguiente: g.1. Autorización para levantar el sigilo de sus cuentas bancarias; g2.- Declaración de no adeudar más de dos pensiones alimenticias; y, g3.- Declaración de no encontrarse incurso en nepotismo, inhabilidades o prohibiciones prevista en la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente; h) Haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y oposición, salvo en los casos de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción; e, i) Los demás requisitos señalados en la Constitución de la República y la Ley. Exceptúanse los casos específicos y particulares que determina la Ley. Las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación y designación. Las personas extranjeras residentes en el Ecuador podrán prestar sus servicios en calidad de servidoras o servidores públicos en asuntos en los cuales por su naturaleza se requiera contar con los mismos, sin perjuicio de la aplicación de los convenios bilaterales de reciprocidad que rijan esta materia, previo informe y de ser el caso el permiso de trabajo otorgado por el Ministerio de Relaciones Laborales. Para ocupar puestos de carrera, deberán tener una residencia en el país de al menos 5 años y haber cumplido el respectivo concurso de méritos y oposición. En caso de requerirse la contratación de personas extranjeras, la autoridad nominadora, previo informe motivado de la unidad de administración del talento humano solicitará la respectiva autorización del Ministerio de Relaciones Laborales”.²¹

Es importante resaltar lo novedoso que ha sido incorporado en esta Ley Orgánica del Servicio Público, la participación que puede tener el extranjero para ingresar al servicio público, siempre y cuando cumpla con los requisitos que la ley señala.

La Ley Orgánica del Servicio Público determina que además de estos requisitos, se debe observar lo estipulado en el artículo 10 de la misma ley, esto es que contra el postulante se haya dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están prohibidos para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública; extendiéndose esta incapacidad sobre quienes hayan sido condenados por delitos aduaneros, tráfico de

²¹ Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 5.

sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata de personas, tráfico ilícito o violación; y finalmente aquellas personas que, directa o indirectamente, hubieren recibido créditos vinculados contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente.

Al revisar las legislaciones de otros países respecto de los requisitos para el ingreso al servicio civil, considero importante citar a Costa Rica, cuya Ley del Servicio Civil, señala que para que un ciudadano pueda ingresar al servicio civil, específicamente se requerirá lo siguiente:

- a.) Poseer aptitud moral y física propias para el desempeño del cargo, lo que se deberá comprobar mediante información de vida y costumbres y certificaciones emanadas del Registro Judicial de Delincuentes, del Archivo Nacional, del Gabinete de Investigación y del Departamento respectivo del Ministerio de Salud;
- b.) Deberá firmar una declaración jurada de adhesión al régimen democrático que establece la Constitución de la República;
- c.) Deberá satisfacer los requisitos mínimos especiales que establezca el Manual Descriptivo de Empleos del Servicio Civil para la clase de puesto que se trate;
- d.) Deberá demostrar idoneidad sometiéndose a las pruebas, exámenes o concursos que contemplan esta ley y sus reglamentos;
- e.) Deberá ser escogido de la nómina enviada por la oficina encargada de seleccionar el personal;
- f.) Deberá pasar el período de prueba; y,
- g.) Deberá llenar cualesquier otro requisito que establezcan los reglamentos y disposiciones legales aplicables.

Cabe señalar que en Costa Rica, los modos de reclutamiento de selección, son variados, como son la escogencia discrecional por la autoridad administrativa, la elección, la captación, la nominación o representación, la nominación sobre títulos, el concurso por oposición y por antecedentes. En dicho país, el sistema principal es el del concurso, con base en el artículo 192 de la Constitución Costarricense.

1.5. Clasificación.

La carrera del servicio público tiene como fin obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos, con excepción del régimen de libre nombramiento y remoción que tendrá el carácter de excepcional.

Es el desarrollo del servidor en diferentes posiciones de la estructura de puestos institucional, sobre la base de su mejoramiento y formación académica como resultado de los concursos y calificaciones de evaluación del desempeño. Además, es uno de los máximos derechos que tienen los servidores públicos, cuando no son de libre nombramiento y remoción del órgano superior, precisamente es el de permanecer en el puesto mientras observen la ley, mientras sean ellos ejemplares en su comportamiento, y sean capaces para el desempeño eficiente de su cargo. Esto es lo que constituye la denominada carrera del servicio público, como el régimen de seguridad de los servidores públicos, a tal punto, que la administración pública se libere de las intromisiones políticas, y que los servidores públicos sean técnicos al servicio jurídico de la nación.

La Ley Orgánica del Servicio Público en su artículo 82 señala lo siguiente:

“La carrera del servicio público es el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos orientados a motivar el ingreso y la promoción de las personas para desarrollarse profesionalmente dentro de una secuencia de puestos que pueden ser ejercidos en su trayectoria laboral, sobre la base del sistema de méritos. La carrera del servicio público garantizará la estabilidad, ascenso y promoción de sus servidoras y servidores de conformidad con sus aptitudes, conocimientos, capacidades, competencias, experiencia, responsabilidad en el desempeño de sus funciones y requerimientos institucionales, sin discriminación a las personas con discapacidad mediante procesos de evaluación e incentivos económicos, para cumplir con el rol social de atender con eficiencia y oportunidad las necesidades sociales para el desarrollo del Buen vivir como responsabilidad del Estado ²².

En el Ecuador, la Constitución de la República determina que el ingreso al servicio público se realizará a través del concurso de méritos y oposición, elección popular y de libre nombramiento y remoción, estableciendo para aquellos nombrados en primer lugar la carrera del servicio público, según lo contempla el artículo 228 que dice: “Concurso de méritos y oposición.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que

²² Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 82.

determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”.²³ (2008).

De igual manera el artículo 229 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, mantiene ese concepto cuando determina: “La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistemas de remuneración y cesación de funciones de sus servidores...La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.”²⁴ (2008).

El artículo 86 de la Ley Del Servicio Público establece cuáles son los requisitos para que el servidor público pueda ingresar a la carrera del servicio público, cuando dice: “Para el ingreso de las y los servidores a la carrera del servicio público, además de cumplir con los requisitos previstos en esta ley, se requiere: a.) Cumplir con los requisitos legales y reglamentarios exigibles para el desempeño del puesto; b) Haber sido declarado ganador del concurso de méritos y oposición, lo que debe constar en el acta respectiva; y, c) Haber sido posesionado en el cargo”.²⁵ (2010, pág. 37).

La LOSEP establece que los servidores y servidoras públicas que obtengan nombramiento de manera permanente mediante concurso de méritos y oposición y que se posesionen legalmente en su cargo, se encuentran amparados por la carrera del servicio público, aclarando que los certificados que se hayan obtenido con anterioridad a la vigencia de esta Ley, tienen plena validez y efecto. Adicional se establecen garantías adicionales a favor de los servidores públicas de carrera del servicio público, “Estabilidad en sus puestos de trabajo, siendo destituidos por las causales señaladas en el artículo 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público (L.O.S.E.P., luego del sumario administrativo y el derecho preferente, a que en caso de supresión de su cargo, éste sea traslado a puestos vacantes de naturaleza similar.

Por lo tanto, cuando el servidor público hubiere sido destituido por causales no contempladas en la Ley Orgánica del Servicio Público, tendrá derecho a demandar su reintegro, pero principalmente exigirá el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir,

²³ Constitución de la República del Ecuador, ibídem, artículo 228.

²⁴ Constitución del Ecuador, artículo 229 inciso segundo,

²⁵ Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 86

siempre que se justifique o pruebe que es un servidor de carrera del servicio público, para que se haga acreedor al pago de sus remuneraciones²⁶.

Esta calidad de Servidora o Servidor de carrera del servicio público, se pierde con la cesación de funciones del puesto por una o más causales señaladas en la Ley Orgánica del Servicio Público o cuando el servidor público pase a ocupar un puesto de libre nombramiento o remoción.

La administración pública central e institucional, pero de manera particular, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, deben proponerse buscar un proceso de estructuración técnica dentro de la administración de personal, para erradicar tres aspectos fundamentales, que particularmente considero, perjudican los intereses institucionales y de la comunidad: Intervención política y no técnica en la selección del personal; Falta de formación profesional y capacitación de los empleados nombrados; e incumplimiento con los requisitos mínimos del puesto. Estos tres aspectos, entre otros, sirvieron de base para que en Colombia y Ecuador se forme la Asamblea Nacional Constituyente de los años 1991 y 1998 respectivamente y ratificada hoy en la Asamblea Constituyente del 2008, y expidan una Constitución que tenga como visión la de dignificar la función pública, que el acceso a ella fuera en base a la capacidad, méritos, preparación, profesionalidad y que no se tuviera en cuenta la filiación política para el ingreso a los cargos públicos. Considero, que si nosotros los ciudadanos permitimos que aquello suceda, lograremos enriquecer la administración pública con mayor conocimiento, pericia y experiencia, de ahí, la enorme importancia de fortalecer este proceso técnico-metodológico, que es la carrera del Servicio Público.

1.6. Servidoras y servidores excluidos de la carrera del servicio público.

Tal como se ha mencionado, todas las personas que prestan sus servicios personales a una institución pública se denominan servidores públicos, sin embargo varios de ellos que laboran en algunas funciones del Estado, si bien están amparados en la Ley del Servicio Público cuyo ámbito los cobija, también debemos afirmar que la misma Ley del Servicio Público los excluye de manera expresa de la carrera del servicio público.

El artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público de manera taxativa cuáles son los servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público cuando dice:

²⁶ Asamblea Nacional, Ley Orgánica del Servicio Público, ibídem, (2010) artículo 23 literal h).

Excluyese del sistema de la Carrera del Servicio Público a: a) Quienes tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado; a.1 Las o los Ministros, Viceministros y Subsecretarios de Estado; a.2 Las o los titulares de los organismos de Transparencia y Control Social, de control y Regulación y las segundas autoridades de estos organismos; a.3 Las o los secretarios y subsecretarios comprendidos en el nivel jerárquico superior; a.4 Las o los puestos de coordinadores y subcoordinadores nacionales; a.5 Las o los directores y gerentes, subdirectores y subgerentes en todas sus categorías y niveles; a.6 Las o los Presidentes y Vicepresidentes Ejecutivos; a.7 Las o los secretarios generales y prosecretarios; a.8 Las o los Intendentes de Control; a.9 Las o los asesores; a.10 Las o los Procuradores Síndicos; a.11 Las o los gobernadores; a.12 Las o los Intendentes, Subintendentes, Comisarios de Policía y Comisarios de la Mujer y la Familia; a.13 Las o los Jefes y Tenientes Políticos; a.14 Las o los Coordinadores Generales e Institucionales; y, a.15 Las o los Directivos de las Instituciones Educativas Públicas del Sistema Nacional de Educación; b) Las o los que ejerzan funciones con nombramiento a período fijo por mandato legal; c) Las o los dignatarios elegidos por votación popular; d) Las o los servidores en todas sus clasificaciones que pertenecen a la Carrera Judicial, los Fiscales que pertenecen a la Carrera Fiscal, los Defensores Públicos que pertenecen a la Carrera de la Defensoría, las Vocales y los Vocales del Consejo de la Judicatura y sus Suplentes, las Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública General o el Defensor Público General, la Procuradora General del Estado o el Procurador General del Estado y la Contralora General del Estado o el Contralor General del Estado, las Notarías y Notarios; y, quienes presten sus servicios en las Notarías; g) las o los miembros del Consejo Nacional Electoral y Miembros del Tribunal Contencioso Electoral; f) Las o los Miembros de la Corte Constitucional; g) Las o los Miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional y la Comisión de Tránsito del Guayas; h) Las o los servidores de libre nombramiento y remoción, y de nombramiento provisional; i) Las servidoras y servidores públicos sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Exterior; j) Las dignatarias y dignatarios, autoridades o miembros de cuerpos colegiados o de corporaciones a cuyo cargo corre el gobierno de las instituciones del Estado; k) El personal de las empresas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas; l) Las o los docentes e investigadores de las instituciones educativas públicas del Sistema de Educación Superior; y, m) El personal docente comprendido dentro del Sistema Nacional de Educación. La servidora o servidor de carrera que de cualquier modo o circunstancia ocupare uno de los puestos previstos en los literales a) y b) de este artículo, perderá su condición de carrera y podrá ser

libremente removido, salvo que se desempeñe por encargo, subrogación o nombramiento provisional...”²⁷

El artículo 85 de la Ley Orgánica del Servicio Público, señala que los servidores que ocupen puestos de libre nombramiento y remoción, contratados ocasionalmente, y los designados para período fijo por mandato legal, no ingresarán a la carrera del servicio público.

Es preciso señalar que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en su artículo 354 señala que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado se regirán por el marco general que establezca la ley que regula el servicio público y su propia normativa, pudiendo regular exclusivamente la administración del talento humano y establecer planes de carrera aplicados a sus propias y particulares realidades locales y financieras, dejando expresamente señalado en el artículo 359 del mismo Código cuáles son los servidores de libre nombramiento y remoción.

1.7. Diferencias entre servidor público y servidor de carrera del servicio público.

Para el ingreso al servicio público, el servidor debe cumplir con los requisitos determinados en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público. Sin embargo, los servidores públicos exentos de la carrera del servicio público, pueden desempeñar sus cargos mediante nombramientos o contratos que son expedidos por la respectiva autoridad nominadora únicamente para llenar vacantes mediante el sistema de selección de personal; o nombramientos provisionales como aquellos expedidos para los ciudadanos que habiendo ingresado por el sistema de selección de personal, se encuentren cumpliendo el período de prueba legalmente establecido; o aquellos expedidos para ocupar el puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones, o destituido de su puesto hasta que se produzca el fallo del Tribunal Contencioso Administrativo; o los expedidos para llenar el puesto de un servidor que hubiese sido ascendido o trasladado a otro puesto en el cual deba cumplir el período de prueba; y los expedidos para ejercer las funciones de un servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneraciones.

²⁷ Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 83.

En cambio, el servidor de carrera del servicio público, además de cumplir con los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, requiere adicionalmente demostrar capacidad mediante el proceso de evaluación de desempeño que fija la Ley Orgánica del Servicio Público, reunir los requisitos legales y reglamentarios exigibles para el desempeño del puesto y haber sido declarado ganador del respectivo concurso de méritos oposición, lo cual debe constar en la respectiva acta, y haber sido posesionado en el cargo.

Se encuentra establecido en nuestra legislación, que cuando el servidor de carrera del servicio público es destituido de su puesto de trabajo sin habersele seguido el correspondiente sumario administrativo, éste puede acudir ante el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo y solicitar ser restituido a su mismo puesto de trabajo y al mismo tiempo recibir todas sus remuneraciones dejadas de percibir desde su ilegal destitución con sus respectivos intereses. Si la sentencia determina que la suspensión o destitución fue ilegal o nula, la autoridad, funcionario o servidor causante será pecuniariamente responsable de los valores a erogar y en consecuencia, el Estado ejercerá en su contra el derecho de repetición de los valores pagados.

El antiguo Reglamento General de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa señalaba en su artículo 64 el derecho de los servidores para no ser sancionados sin antes proporcionárseles la oportunidad de justificarse. Incluso para imponer a un servidor que no sea de carrera cualquiera de las sanciones previstas en el artículo 62 de la derogada Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, se les escuchaba previamente en audiencia de la cual se dejaba constancia escrita en el expediente y el artículo 63 del Reglamento de la misma Ley derogada indicaba el procedimiento para realizar el sumario administrativo para los servidores públicos de carrera.

El artículo 45 de la derogada Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa señalaba lo siguiente: “Cuando un servidor público incurriere en causal de destitución o suspensión de remuneraciones y funciones, la autoridad competente que conociere del hecho, notificará con su resolución al interesado, luego de un sumario administrativo levantado por la Unidad de Administración de Recursos Humanos de la respectiva entidad”.²⁸ Como se puede ver la ley no hacía diferencia alguna entre el servidor público de carrera y el de libre nombramiento o remoción.

²⁸ Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, artículo 45

En la actualidad, el artículo 44 de la Ley Orgánica del Servicio Público, tampoco hace diferenciación entre el servidor de carrera del servicio público y el de libre nombramiento y remoción para su destitución sin previo sumario administrativo. El texto de dicho artículo dice:

“Del Sumario Administrativo.- Es el proceso administrativo, oral y motivado por el cual la administración pública determinará o no el cometimiento, de las faltas administrativas establecidas en la presente Ley, por parte de una servidora o servidor público. Su procedimiento se normará en el Reglamento General de esta Ley. El Sumario Administrativo se ejecutará en aplicación de las garantías al debido proceso, respeto al derecho a la defensa y aplicación del principio de que en caso de duda prevalecerá lo más favorable a la servidora o servidor. De determinarse responsabilidades administrativas, se impondrán las sanciones señaladas en la presente Ley. De establecerse responsabilidades civiles o penales, la autoridad nominadora correrá traslado a los órganos de justicia competentes”.²⁹

Por lo tanto, se requiere necesariamente de sumario administrativo para destituir a un servidor público que preste sus servicios lícitos y personales para la administración pública, y en ese sentido la Corte Suprema y la Corte Nacional de Justicia se han pronunciado en varios fallos que se adjuntan en anexos a esta tesis. (ANEXO 1).

Sin embargo, con respecto a la designación de servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción, la Ley Orgánica del Servicio Público en su artículo 85 establece lo siguiente: “Las autoridades nominadoras podrán designar, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del artículo 83 de esta Ley. La remoción así efectuada zno constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza”.³⁰

La derogada Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa señalaba en su artículo 50 que todo servidor público, que hubiera sido destituido por una causal que no hubiera conllevado responsabilidad civil o penal, transcurridos dos años desde la fecha de su destitución, podrá solicitar a la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de desempeñar un cargo en cualquier entidad del sector público, excluyendo la institución que lo destituyó. Hoy la Ley

²⁹ Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 44.

³⁰ Ley del Servicio Público, artículo 85.

Orgánica del Servicio Público establece que un servidor público que sea destituido de su puesto de trabajo por defraudación, es decir por causales legalmente comprobadas, relacionadas con el manejo y depósito de fondos y bienes públicos, o por causal prevista en el literal c) de artículo 48 de la Ley referida, esto es haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento ilícito; y, en general, recibir cualquier clase de dádiva, beneficio, regalo o dinero ajeno a su remuneración, quedará inhabilitado permanentemente para el desempeño de todo puesto público.

La LOSEP señala sobre los efectos de la declaratoria de nulidad o de ilegalidad del acto administrativo que destituye a un servidor público. El artículo 46 de la Ley Orgánica del Servicio Público dice: Acción Contencioso Administrativa.- La servidora o servidor suspendido o destituido, podrá demandar o recurrir ante la Sala de lo Contencioso Administrativo o a los jueces o tribunales competentes, del lugar donde se origina el acto impugnado o donde éste haya derechos.

Pero la misma norma señala que si el fallo de la Sala o Juez Competente fuere favorable, declarándose nulo o ilegal el acto y que el servidor o servidora destituido sea restituido a su puesto de trabajo, se procederá de tal manera y de forma inmediata una vez ejecutoriada la respectiva providencia. Si además en la sentencia o auto se dispusiere que el servidor o servidora tiene derecho al pago de remuneraciones, en el respectivo auto o sentencia se establecerá los valores que dejó de recibir con los correspondientes intereses, valores a los cuales deberá imputarse y descontarse los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado servicios en otra institución de la administración pública durante dicho periodo, es decir que la sentencia debe ser ejecutada en su totalidad cancelando el pago de la indemnización en un término no mayor de sesenta día, determinándose además que en caso de fallo favorable para la servidora o servidor suspendido y declarado nulo o ilegal el acto, se le restituirán los valores no pagados. Si la sentencia determina que la suspensión o destitución fue ilegal o nula, la autoridad, funcionario o servidor causante será pecuniariamente responsable de los valores a erogar y, en consecuencia, el Estado ejercerá en su contra el derecho de repetición de los valores pagados, siempre que judicialmente se haya declarado que la servidora o el servidor haya causado el perjuicio por dolo o culpa grave³¹.

³¹ Ley Orgánica Del Servicio Público, artículo 46.

La Corte Suprema y la Corte Nacional ya se han pronunciado en varios fallos respecto de la nulidad y de la ilegalidad de los actos administrativos, los cuales me permito anexar a la presente tesis. (ANEXO 2).

1.8. Otras categorías de servidores: clases de nombramientos de las servidoras públicos.

La Ley Orgánica del Servicio Público determina que existen otras categorías de servidoras y servidores públicos, cuyos nombramientos extendidos para el ejercicio de la función pública pueden ser:

- a) Permanentes, aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previstos en esta ley;
- b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar los siguientes cargos:
 - b.1) El servidor público que ha sido suspendido en sus funciones o destituido hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo;
 - b.2) El servidor público que se encuentra gozando de licencia sin remuneración;
 - b.3) El servidor público que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración;
 - b.4) Los servidores que ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,
 - b.5) De prueba, otorgado al servidor público que ingresa a la administración pública o quien fuere ascendido durante el período de prueba.
- c) De Libre nombramiento y remoción; y,
- d) De Periodo Fijo

Cabe mencionar que referente a estas otras categorías de servidores como son los servidores a periodo fijo, la jurisprudencia ecuatoriana se ha pronunciado reiterativamente de que, a pesar de ser servidores de libre nombramiento y remoción, sus periodos deben de respetarse y que solo pueden interrumpirse o concluir cuando el servidor cometa alguna de las causales de destitución que la Ley Orgánica del Servicio Público señala y observando el procedimiento, esto es, que exista el correspondiente sumario administrativo otorgándosele todas las garantías del debido proceso.

1.9. Contratos de servicios ocasionales.

La LOSEP determina que este tipo de contratos se podrán celebrar contratos de servicios ocasionales, siempre y cuando sean autorizados por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo informe de la Unidad de Administración del Talento Humanos, y contando con la respectiva partida presupuestaria y disponibilidad de recursos económicos para ese fin. Se aclara que dicha contratación de personal no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante, caso contrario deberá contarse con la autorización del Ministerio de Relaciones Laborales. Este tipo de contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso.

Es importante señalar que la celebración de este tipo de contratos por su naturaleza, no genera ninguna estabilidad para el personal contratado, así como tampoco derechos adquiridos para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento. Sin embargo de aquello el personal que labora bajo esta modalidad tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento, con excepción de las indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación. Por lo tanto, las servidoras y servidores públicos que se encuentren sujetos a este tipo de contratos no ingresarán a formar parte de la carrera del servicio público. Inclusive no tienen derecho a que se les conceda licencias y comisiones de servicios con o sin remuneración para estudios regulares o de posgrados dentro de la jornada de trabajo, ni para prestar servicios en otra institución del sector público.

Por lo tanto, el contrato de servicios ocasionales que no se sujete a los términos de esta Ley, será causal para la conclusión automática del mismo y originará la determinación de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de conformidad con la ley. Se exceptúa, en caso de necesidad institucional, la renovación automática por única vez hasta por doce meses adicionales, salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior. Con la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público en octubre de 2010, se fijaron límites respecto de la celebración de contratos de servicios ocasionales, cuya disposición transitoria séptima determina lo siguiente:

“Como excepción y por esta ocasión, las personas que a la presente fecha mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años en la misma institución, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos, previo el concurso de méritos y oposición, en el que se les otorgará una calificación adicional que será regulada en el Reglamento a esta ley, en función de la experiencia.

1.10. Deberes de las y los servidores públicos.

Es importante señalar que el servidor público al ejercer funciones públicas, necesariamente son sujetos de deberes y obligaciones que le impone el Estado de conformidad con su potestad de mando y en ejercicio de su poder jerárquico. Según CABANELLAS, jurídicamente, deber constituye el impulso que motiva la realización de un acto, cuya conciencia es inmanente a la necesidad de su realización y al constreñimiento que implica el imperativo de la norma. Es decir que el servidor público debe cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

La disposición constitucional prevista en el artículo 233, es imperativa al disponer que: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”.³²

La Constitución en su artículo 233 segundo inciso prescribe: “Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas”.³³

Por lo tanto, cuando un servidor público ingresa a prestar sus servicios lícitos y personales en la administración pública, hace un juramento patriótico para contribuir con el desarrollo del país, entregando a cambio su capacidad laboral, su honestidad y eficiencia, por lo que el incumplimiento a estos deberes y presupuestos jurídicos tiene como resultado la infracción de normas legales que podrían cometerse por parte de los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, funcionarios, servidoras y servidores públicos en general, siendo por lo tanto sujetos a las sanciones de orden administrativo y civil, además de las penales establecidas por la

³² Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial Nro. 449, 20 de Octubre 2008, artículo 223.

³³ *Ibíd*em, artículo 223 inciso segundo.

comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, y otros conexos.

1.11. Derechos de las servidoras y los servidores públicos.

En cuanto a los derechos, tanto el servidor público, así como el servidor de carrera, gozan de los derechos que establece el artículo 23 de la Ley Orgánica Del Servicio Público los establece de la siguiente manera:

“Derechos de las servidoras y los servidores públicos.- Son derechos irrenunciables de las servidoras y servidores públicos: a) Gozar de estabilidad en su puesto; b) Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad. Los derechos y las acciones que por este concepto correspondan a la servidora o servidor, son irrenunciables; c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la ley; d) Ser restituidos a sus puestos luego de cumplir el servicio cívico militar; este derecho podrá ejercitarse hasta treinta días después de haber sido licenciados de las Fuerzas Armadas; e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley; f) Asociarse y designar a sus directivas en forma libre y voluntaria; g) Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley; h) Ser restituidos en forma obligatoria, a sus cargos dentro del término de cinco días posteriores a la ejecutoria de la sentencia o resolución, en caso de que la autoridad competente haya fallado a favor del servidor suspendido o destituido; y, recibir de haber sido declarado nulo el acto administrativo impugnado, las remuneraciones que dejó de percibir, más los respectivos intereses durante el tiempo que duró el proceso judicial respectivo si el juez hubiere dispuesto el pago de remuneraciones, en el respectivo auto o sentencia se establecerá que deberán computarse y descontarse los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado servicios en otra institución de la administración pública durante dicho periodo; i) Demandar ante los organismos y tribunales competentes el reconocimiento que consagra esta Ley; j) Recibir un trato preferente para reingresar en las mismas condiciones de empleo a la institución pública, a la que hubiere renunciado, para emigrar al exterior en busca de trabajo, en forma debidamente comprobada; y, k) Gozar de las protecciones y garantías en los casos en que la servidora o el servidor denuncie, en forma motivada, el incumplimiento de la ley, así como la comisión de actos de corrupción; l) Desarrollar sus labores en un entorno adecuado y propicio, que

garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar; m) Reintegrarse a sus funciones después de un accidente de trabajo o enfermedad, contemplando el período de recuperación necesaria, según prescripción médica debidamente certificada; n) No ser discriminada o discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos; n) Ejercer el derecho de la potencialización integral de sus capacidades humanas e intelectuales; o) Mantener su puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento y en caso de verse imposibilitado para seguir ejerciendo efectivamente su cargo podrá pasar a desempeñar otro sin que sea disminuida su remuneración salvo el caso de que se acogiera a los mecanismos de la seguridad social previstos para el efecto. En caso de que se produjere tal evento se acogerá al procedimiento de la jubilación por invalidez y a los beneficios establecidos en esta ley y en las de seguridad social; p) Mantener a sus hijos e hijas, hasta los cuatro años de edad, en un centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública; q) Recibir formación y capacitación continua por parte del Estado, para lo cual las instituciones prestarán las facilidades; y, r) Los demás que establezca la Constitución y la Ley”.³⁴

1.12. Prohibiciones a las servidoras y los servidores públicos.

La LOSEP determina en su artículo 24 aquello que le está prohibido realizar durante el desempeño de su cargo a la o al servidor público: a) abandonar injustificadamente su trabajo; b) Ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores, excepto quienes sean autorizados para realizar sus estudios o ejercer la docencia en las universidades o instituciones politécnicas del país, siempre y cuando esto no interrumpa el cumplimiento de la totalidad de la jornada de trabajo o en los casos establecidos en la presente ley; c) Retardar o negar en forma injustificada el oportuno despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que está obligado de acuerdo a las funciones de su cargo; d) Privilegiar en la prestación de servicios a familiares y personas recomendadas por superiores, salvo los casos de personas inmersas en grupos de atención prioritaria, debidamente justificadas; e) Ordenar la asistencia a actos públicos de respaldo político de cualquier naturaleza o utilizar, con este y otros fines, bienes del Estado; f) Abusar de la autoridad que le confiere el puesto para coartar la libertad de sufragio, asociación u otras garantías constitucionales; g) Ejercer actividades electorales, en uso de sus funciones o aprovecharse de ellas para esos fines; h)

³⁴ Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 23.

Paralizar a cualquier título los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, procesamiento, transporte y distribución de hidrocarburos y sus derivados; transportación pública, saneamiento ambiental, bomberos, correos y telecomunicaciones; i) Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos; j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés; k) Solicitar, aceptar o recibir, de cualquier manera, dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, bienes o dinero, privilegios y ventajas en razón de sus funciones, para sí, sus superiores o de sus subalternos, sin perjuicio de que estos actos constituyan delitos tales como: peculado, cohecho, concusión, extorsión o enriquecimiento ilícito; l) Percibir remuneración o ingresos complementarios, ya sea con nombramientos o contratos, sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna, conforme a la normativa de la respectiva institución; m) Negar las vacaciones injustificadamente a las servidoras y servidores públicos; y, ñ) Las demás establecidas por la Constitución de la República, las leyes y los reglamentos”

1.13. Las sanciones disciplinarias.

La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. La sanción no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; debe existir una lógica coherencia entre el hecho incriminado y probado con la forma de la infracción cometida. Se infringe este principio cuando hay infracciones de poca transcendencia; allí se les aplica el tope máximo de la sanción autorizada sin que existan circunstancias que incidan en una mayor culpabilidad del autor. Significa sencillamente, que la sanción impuesta debe guardar una adecuada relación con la gravedad de la falta, pero no, necesariamente; que se tenga que aplicar la sanción menos grave, lo que impediría corregir las anomalías cometidas por

ciertos funcionarios que confiados en la poca rigurosidad de la norma continuarán violando las disposiciones legales afectando el interés común de la sociedad.

El principio de proporcionalidad constituye un límite a la libertad del legislador y a la discrecionalidad de los titulares de la potestad reglamentaria, en la medida en que estos pueden regular las infracciones y sanciones. En el derecho constitucional, el principio de proporcionalidad responde especialmente a la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa. Radica en que toda providencia o resolución de autoridad, restrinja el alcance de un derecho fundamental u otro principio constitucional, solo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional, derechos fundamentales que se encuentran consagrados en nuestra Carta Magna, en el Capítulo VI que hace referencia a los “Derecho de Libertad”, garantizando la libertad, dignidad y privacidad, imponiendo a toda autoridad judicial o administrativa, la obligación de respetarlos y la exigencia de fundamentar debidamente las determinaciones en que se requiere causar una molestia en ellos a los administrados, pues la restricción eventual de los derechos constitucionalmente reconocidos, es un acto grave que necesita encontrar una especial causalización, mediante la expresión del hecho o conjunto de hechos que justifican la restricción y que han de explicitarse a fin de que los ciudadanos conozcan las razones o interés por los cuales se les incomoda en su derecho en esas circunstancias.

Por las razones expuestas, en la sustanciación de los procesos administrativos disciplinarios, la administración debe sujetarse en forma estricta respetando las garantías procesales y los principios constitucionales de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, principios que deben ser tomados en consideración a la hora de aplicar la sanción correspondiente, ya sea para tipificar una conducta entre varias posibles, ya sea para decidir la sanción aplicable entre el mínimo y el máximo permitido.

En la graduación de la sanción deben considerarse cuáles son aquellas acciones u omisiones leves y graves, verificando si aquellas han sido realizadas por descuidos o desconocimientos, o éstas han violentado o alterado el ordenamiento jurídico o el orden dentro de la entidad donde labora el servidor público. Así por ejemplo, para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias en las que incurran los servidores públicos, debe tomarse en consideración una serie de elementos: a) intencionalidad; b) perturbación del servicio; c) atentado a la dignidad del funcionario o de la administración; d) falta de consideración a los administrados; e) reincidencia.

Así lo podemos evidenciar en lo prescrito en los artículos 42 y 43 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en los que se hace regencia a las faltas disciplinarias y sanciones que pueden ser impuestas a las servidoras o servidores públicos de acuerdo a la gravedad de la falta cometida. Disposiciones que a continuación me permito transcribir para una mejor comprensión.

“Art. 42.- De las faltas disciplinarias.- Se considera faltas disciplinarias aquellas acciones u omisiones de las servidoras o servidores públicos que contravengan las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en la República y esta ley, en lo atinente a derechos y prohibiciones constitucionales o legales. Serán sancionadas por la autoridad nominadora o su delegado. Para efectos de la aplicación de esta ley, las faltas se clasifican en leves y graves.

a.- Faltas leves.- Son aquellas acciones u omisiones realizadas por descuidos o desconocimientos leves, siempre que no alteren o perjudiquen gravemente el normal desarrollo y desenvolvimiento del servicio público. Se considerarán faltas leves, salvo que estuvieren sancionadas de otra manera, las acciones u omisiones que afecten o se contrapongan a las disposiciones administrativas establecidas por una institución para velar por el orden interno, tales como incumplimiento de horarios de trabajo durante una jornada laboral, desarrollo inadecuado de actividades dentro de la jornada laboral; salidas cortas no autorizadas de la institución; uso indebido o no uso de uniformes; desobediencia a instrucciones legítimas verbales o escritas; atención indebida al público y a sus compañeras y compañeros de trabajo, uso inadecuado de bienes, equipos o materiales; uso indebido de medios de comunicación y las demás de similar naturaleza. Las faltas leves darán lugar a la imposición de sanciones de amonestación verbal, amonestación escrita o sanción pecuniaria administrativa o multa.

b.- Faltas graves.- Son aquellas acciones u omisiones que contraríen de manera grave el ordenamiento jurídico o alteraren de manera el ordenamiento jurídico o alteraren gravemente el orden institucional. La sanción de estas faltas está encaminada a preservar la probidad, competencia, lealtad, honestidad y moralidad de los actos realizados por las servidoras y servidores públicos y se encuentran previstas en el artículo 48 de esta ley. La reincidencia del cometimiento de faltas leves se considerará falta grave. Las faltas graves darán lugar a la imposición de sanciones de suspensión o destitución, previo el correspondiente sumario administrativo. En todos los casos, se dejará constancia por escrito de la sanción impuesta en el expediente personal de la servidora o servidor”.

La LOSEP determina que la administración pública, al imponer una sanción, debe observar el orden de gravedad de acuerdo a la falta cometida por el servidor público, así lo dice el siguiente artículo:

“Art. 43.- Sanciones disciplinarias.- Las sanciones disciplinarias por orden de gravedad son las siguientes:

- a) Amonestación verbal
- b) Amonestación escrita;
- c) Sanción pecuniaria administrativa;
- d) Suspensión temporal sin goce de remuneración; y,
- e) Destitución.

La amonestación escrita se impondrá cuando la servidora o servidor haya recibido, durante un mismo mes calendario, dos o más amonestaciones verbales. La sanción pecuniaria administrativa o multa no excederá el monto del diez por ciento de la remuneración, y se impondrá por reincidencia en faltas leves en el cumplimiento de sus deberes. En caso de reincidencia, la servidora o servidor será destituido con sujeción a la ley. Las sanciones se impondrán de acuerdo a la gravedad de las faltas.

CAPÍTULO II

2. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. Generalidades.

La potestad consiste en “un poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados. Con anterioridad al ejercicio de la potestad, estos últimos sujetos se encuentran en una situación abstracta de sumisión, pero una vez ejercitada la potestad, pasan a una situación concreta de obligados”.³⁵ Las potestades, entre ellas la disciplinaria sancionadora, se derivan del nivel de supremacía en que se haya la Administración Pública frente a los servidores públicos, a los cuales les corresponde cumplir deberes públicos de sumisión, y por consiguiente, de sujeción.

De acuerdo a lo citado, sostiene Carlos Mario Isaza Serrano, que “la potestad disciplinaria sancionadora viene siendo una competencia jurídica más atribuida a los órganos del Estado, con el objeto de asegurar la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo de éste, junto con la moralidad, responsabilidad y conducta correcta de los servidores públicos, así como también los derechos y garantías que les corresponde como tales, y se expresa como un poder del Estado inherente a su organización interna”³⁶, pero que tiene “por objeto castigar las conductas de los funcionarios públicos constitutivas de una infracción a la relación de servicio y que determinan una inadecuada satisfacción de los intereses públicos que aquel como organización política tiene trazados”.³⁷

2.2. Nacimiento y evolución histórica.

El nacimiento de lo que se conoce como potestad sancionadora del Estado ha de enfocarse necesariamente dentro de un contexto histórico adecuado, so pena de incurrir en el grave error de pretender aplicar principios e instituciones vigentes e indiscutidas hoy día a situaciones bien distintas que no necesariamente eran identificables con las presentes. Así mismo, una correcta aproximación al estudio de la potestad sancionadora requiere un previo

³⁵ Fernando Garrido Falla y Otros, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol.1.14 va. Edición, Madrid, Tecnos, 2005, pág. 522.

³⁶ Carlos Mario Isaza Serrano, *Teoría General del Derecho Disciplinario*, 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2009, pág. 61.

³⁷ Mercedes Lafuente Benaches, *El Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos de la administración del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 13.

análisis de sus términos. Evidentemente se está hablando de una potestad administrativa perfectamente identificable, puesto que la administración no sólo sanciona sino que también ejecuta las sanciones impuestas, lo cual supone una colisión, desde un punto de vista estricto, con el principio de división de poderes y el monopolio represivo de los jueces³⁸. Todo ejercicio de potestad por la administración genera una relación jurídica con el administrado, sometida al derecho administrativo, en la que la administración ocupa la posición de sujeto activo.

La estructura, alcance y legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración ha generado polémica entre la doctrina, dado su origen, primitivamente ostentado por las monarquías que abusaron de su ejercicio limitándola únicamente a las fronteras de su arbitrio, despotismo y dominación. La doctrina nos dice que la “Revolución Francesa racionalizó el ejercicio de tales poderes directos y expeditos, a través de la promulgación del Primer Código Penal Francés en 1791, que instituyó el derecho penal judicializado, alumbramiento que fomentó que las monarquías adoptaran el nuevo sistema sancionatorio más objetivo y con alcances delimitados, progreso que trajo aparejada la consecuencia del abandono de sus propios poderes sancionatorios”³⁹ (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo II, p. 164).

De acuerdo al concepto citado, podemos afirmar que igual cuestión sucedió en nuestro país, ya que al principio las acciones irregulares de orden administrativo e incluso disciplinario, fueron judicializadas, como por ejemplo, cuando vemos el desarrollo y evolución del sistema de control en el Ecuador, es muy singular mirar cómo el control de los recursos y bienes públicos se llevaban a través de Tribunales de Cuentas, que era la categoría que antes tenía la potestad atribuida a la Contraloría General del Estado, en el Código Político (Constituciones de 1878, 1884, 1897 y 1906).

De tal manera que la consecuente y progresiva judicialización de las faltas administrativas no significó en la realidad, la eliminación de los poderes represivos de gobernadores y alcaldes “que podían ejercer paralelamente a las penas por faltas aplicadas por el juez, porque el ejercicio de la autoridad debe ser libre y desembarazado, invocándose también el

³⁸ Ramón Parada Vásquez, *Manual de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 1999, Madrid-España

³⁹ García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 2004, Tomo II, pág. 164.

principio de separación entre la Administración y la Justicia”. (García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, 2004, Tomo II, pág. 164)⁴⁰.

Este criterio nos conduce a establecer que las responsabilidades son distintas, conforme la responsabilidad que se atribuya al hecho en la norma que tipifique la misma, pero un mismo hecho puede ser materia para establecer distinto tipo de responsabilidad, por lo tanto en el ordenamiento jurídico actual, bien cabe señalar lo que contiene en los textos sancionatorios, que una responsabilidad no excluye a otra, por eso es que se manifiesta al tenor de los textos normativos: “(...) sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar (...)” conforme expresa el artículo 86.4 de nuestro actual Constitución.

La potestad sancionadora de la Administración es uno de los pilares de su sistema de potestades, así lo sostiene el tratadista Alejandro Nieto, (2002) en su obra “Derecho Administrativo sancionador”, Editorial Tecnos, 3ra. Edición, Madrid España, p. 80)⁴¹.

Se encuentra establecido que toda organización requiere de disciplina, mucho más si se trata de una estructura administrativa, y si ésta es pública el tema sancionador debe estar presente, sólo en el contexto de la jerarquía se entienden los mandos y el orden dentro de la trama de la disciplina y por lo tanto de la obediencia. Mando y obediencia son por lo tanto pilares esenciales de la disciplina, del orden, la jerarquía y el acatamiento de las órdenes legítimas emanadas de los superiores. Si no hay regulaciones claras y diáfanas no es posible que, la sociedad en su conjunto acate las reglas, o por mal interpretarlas, o no entenderlas, pero si a esas disposiciones no le acompañan cuestiones de sanción, las mismas corren el riesgo de no ser obedecidas, por ello es que conforme lo sostiene el autor antes citado, la potestad sancionadora, le da un sustento firme al derecho administrativo, su ejercicio, formas y formalidades.

Respecto de la naturaleza de la potestad sancionadora, sostiene Alejandro Nieto (Derecho Administrativo Sancionador, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002, pág. 80)⁴² que esta

⁴⁰ Citado por Marcos Morales Tobar, en su obra “Manual de Derecho Procesal Administrativo”, Talleres de la CEP, primera edición, Quito, 2010, pág. 322.

⁴¹ “La alusión a las potestades administrativas proporciona una base muy sólida al derecho administrativo sancionador, puesto que así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscaban su justificación dogmática en la sanción, en el ilícito o, a todo lo más en la organización administrativa. En el principio de todo derecho están una potestad y un ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un derecho administrativo sancionador”

⁴² “Tradicionalmente venía siendo considerada como una emanación de la Policía y desde allí se ha ido evolucionando hasta llegar a la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la potestad administrativa

tesis de la potestad punitiva única del Estado y de sus dos manifestaciones es sumamente ingeniosa, resuelve con suavidad los rechazos ideológicos que inevitablemente provoca la mera potestad sancionadora de la Administración y, sobre todo, resulta de gran utilidad en cuanto que sirve para proporcionar al derecho Administrativo Sancionador un aparato conceptual y práctico del que hasta ahora carecía.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, el *ius puniendi* del Estado se encuentra delimitado por nuestra norma fundamental en los siguientes términos: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; no se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

Del análisis de esta norma constitucional resulta evidente que, en nuestro ordenamiento jurídico se diferencia a las sanciones administrativas respecto de las penas judicialmente impuestas, reconociéndose en consecuencia la potestad sancionadora de la Administración, similar a la reconocida en el ordenamiento jurídico español, cuyo Tribunal Constitucional, en sentencia Nro. 77/1983 de 3 de octubre, citada por Alejandro Nieto (Derecho Administrativo Sancionador, 2002, pág. 83), justificó su independencia⁴³.

Se hace necesario resaltar que la actividad administrativa es integral y no puede concebirse su debido desenvolvimiento sin el auxilio de una potestad sancionatoria propia, pues la satisfacción del interés público exige la utilización de medidas administrativas inmediatas encaminadas a materializar los cometidos administrativos, castigando la desobediencia de los particulares y enfrentando obstáculos que impiden la debida realización de sus fines. Considero no exagerado reiterar, que el ejercicio de tal potestad debe circunscribirse de modo irrestricto a la juridicidad y a la legalidad, pues como bien acota Fiorini (1995) a

sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico “*ius puniendi*”, del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones”.

⁴³ “No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso inviable (...) Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25.3, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos”.

propósito de los actos sancionadores de la Administración: "Esta actividad represiva de la Administración, cualesquiera fueren sus denominaciones, es expresión siempre jurídica y siempre administrativa que castiga actos o conductas jurídicas de los particulares, comisiva u omisiva de deberes hacia la Administración". Más adelante concluye "todos los casos son manifestaciones normativas de los distintos objetos que cumple el poder administrador"⁴⁴.

En base a lo citado, es preciso recordar y no perder de vista el predominio de la juridicidad como la fuente y la matriz de toda actividad administrativa, más aún, en el delicado ejercicio de la potestad sancionadora que además debe subordinarse de modo irrestricto a los principios del debido proceso y la garantía constitucional de la seguridad jurídica. No debe haber en orden a sancionar a alguien en cualquier rango, materia o tiempo, la decisión sin el marco que regule el procedimiento para dicha sanción y peor aún si el hecho sancionado no está previamente tipificado en una norma al menos con fuerza material de ley, tal como lo señalan las normas constitucionales.

2.3. Evolución histórica.

Comenzando el estudio de su evolución histórica, puede decirse que la potestad sancionadora tiene su origen en el establecimiento del Estado moderno, tras abandonar la estructura del antiguo régimen. Coinciden los autores⁴⁵ en abordar la cuestión distinguiendo para ello diferentes períodos normativos.

Durante el siglo XIX los distintos países europeos siguieron vías muy diversas a la hora de regular la potestad sancionadora de sus Administraciones Públicas. Esta diversidad de regímenes, que tanto contrasta con la homogeneidad cultural y jurídica del siglo XVIII, se debe a la distinta recepción e interpretación del principio de separación de poderes que en cada país tuvo lugar. De esta manera en Francia y Alemania, por ejemplo, se procedió a una radical jurisdiccionalización de la potestad sancionadora en cuanto que su ejercicio fue encomendado, con ligerísimas excepciones, a los tribunales, mientras que en otros países, como Suiza, Austria y España, el mismo principio de la separación constitucional de poderes

⁴⁴ Citado por Marcos Morales Tobar, Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, primera edición, Quito Ecuador, 2010, pág. 325.

⁴⁵ Parada Vásquez R., *El poder sancionador en la Administración y la crisis del sistema judicial penal*; Rap, número 67, 1972 y Nieto Alejandro., *Derecho Administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, págs. 49 y siguientes.

en modo alguno impidió a la Administración ser titular de una potestad sancionadora propia, que incluso, y aunque fuera excepcionalmente, podía ejercer casi con absoluta impunidad.

Los tratadistas ESTEBAN MORA CAICEDO Y ALFONSO RIVERA MARTÍNEZ, autores del libro "Derecho Administrativo y Procesal Administrativo, citan en su obra a GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, y dicen que "la potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento; y en segundo término, no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas. ⁴⁶

Es decir que el significado que le dan a la potestad no corresponde a ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar su esfera jurídica, los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad, siendo esa sujeción ventajosa para esos sujetos, desventajosa o indiferente, pero en ningún caso implicaría un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma.

Continúan sosteniendo los mismos tratadistas que "Como consecuencia de este origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransferibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto, en cuanto a creación del derecho objetivo supra ordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla. Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas la confirma. Son también insusceptible de modificación por el titular, sólo la ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas".⁴⁷

El Tratadista Sánchez de Weinberg, sostiene que: "La potestad sancionadora de la administración es una facultad de fiscalizar ciertos comportamientos y de imponer medidas restrictivas de derechos ante la inobservancia de las reglas que proscriben aquellos".⁴⁸

⁴⁶ Mora Esteban y Rivera Alfonso, *Derecho Administrativo y Procesal Administrativo*, octava edición, Editorial Leyer, Bogotá, D.C., Colombia, páginas 106.

⁴⁷ *Ibidem*, página 107.

⁴⁸ SÁNCHEZ DE WEINBERG, *Las Facultades Sancionatorias de la Administración*

En ese orden, “la sanción administrativa puede definirse como un mal infringido por la Administración a un particular como consecuencia de una conducta ilegal”⁴⁹, cuyo criterio es sostenido por García de Enterría. No por esto, se deja de reconocer que puede cumplir también una función disuasoria, ya que la amenaza de sanción puede disuadir a los probables infractores.

Esta es una concepción estricta de las sanciones administrativas, pero se han dado nociones de una mayor amplitud. Así, Tesouro las define como todos los medios de que dispone la autoridad administrativa investida de funciones administrativas, para asegurar la consecución de los fines que debe desarrollar en el ejercicio de su actividad.

2.4. Fundamento de la potestad sancionadora.

La Potestad Sancionadora sirve de autoprotección a la administración, constituyendo una potestad de supremacía especial, ya que el régimen disciplinario se fundamenta y tiene su razón de ser en la disciplina, partiendo de la base de que toda administración exige una previa y eficaz organización, que descansa sobre dos grandes principios: el de subordinación, basado en la relación de jerarquía, que podemos definir como la escala de niveles y grados de mando y el de coordinación, del cual surge la noción de competencia.

La administración posee la potestad sancionadora, que consiste en un conjunto de técnicas que regulan y disciplinan las actividades que infringen determinados mandatos o prohibiciones, y que, por lo tanto, tiene la aplicación durante o con posterioridad a la actividad objeto de la sanción. Son sin duda, instrumentos represivos, al aparecer una responsabilidad correspondiente a la norma infringida. “El poder disciplinario es aquel que corresponde al Estado para castigar con determinadas sanciones el comportamiento de quienes están obligados a la administración por un vínculo en el que concurre una supremacía especial que se ejerce sobre dichos obligados, cuando el referido comportamiento perjudique el debido cumplimiento de la relación administrativa principal”.⁵⁰

2.5. Ejercicio de la potestad sancionadora.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, El problema jurídico de las sanciones administrativas, 1976

⁵⁰ ALESSI Renato, Instituciones de Derecho Administrativo

Aceptando que toda potestad está integrada por un haz de facultades, entiendo que el ejercicio de la sancionadora de la Administración Pública comprende tres facultades básicas: la de establecimiento, la de imposición y de la de ejecución, las cuales concurren conjunta o separadamente en cada Administración titular de la potestad, según los casos, y con un contenido o alcance muy variable.

En virtud del principio de juridicidad, las actividades sancionadoras individualizadas deben estar previstas previamente en una norma. Pues bien, la potestad sancionadora comprende ordinariamente la facultad de dictar esas normas que establecen las infracciones y las sanciones con carácter genérico. Esta facultad se encuentra, sin embargo graduada según las características del titular.

La facultad de establecimiento es, por su naturaleza normativa y, por su origen, reglamentaria. En cuanto actividad reglamentaria, su ejercicio está sometido a todos los condicionamientos propios de tal actividad y, fundamentalmente, al principio de legalidad, que se concretan en la exigencia de reserva legal y en el mandato de tipificación, que son las notas dominantes del ordenamiento jurídico represivo y las que complementan su actividad reglamentaria, que de ordinario tiene un alcance meramente complementario de la ley tipificadora

Establecidas en una norma las infracciones y sanciones garantizado con ello el principio de juridicidad (y, en su caso, el de legalidad), la segunda facultad sancionadora consiste en la determinación de las infracciones y de los infractores concretos así como en la imposición de sanciones. Normalmente coinciden ambas facultades en el mismo titular, que de esta forma tendrá la potestad sancionadora completa.

La facultad de imposición de sanciones presupone la previa constatación de la infracción; y de los infractores lo que se realiza a lo largo de un procedimiento formalizado dirigido de ordinario por el mismo ente que va a sancionar, aunque a veces se desdoblan estas funciones y uno tramita y propone la resolución mientras que otro impone la sanción.

Por otro lado, el titular de la facultad de imposición de sanciones tiene también la de imponer su ejecución, aunque también es posible su separación, ya que en la práctica, quien ejecuta la sanción no es la autoridad nominadora, sino el encargado de la Unidad Administrativa del Talento Humano.

De lo anterior citado, se pueden sacar profundas diferencias estructurales y funcionales que separan la potestad o atribución del Poder Judicial atribuida a los Tribunales Distritales Contenciosos Administrativos, los cuales tienen encomendada la facultad de administrar justicia y la atribución para resolver respecto de la legalidad o ilegalidad del acto administrativo dictado por parte de la Administración Pública.

2.6. División de la potestad sancionadora.

La Potestad Sancionadora, doctrinariamente, se subdivide en:

- a.) Potestad Sancionadora Correctiva
- b.) Potestad Administrativa Disciplinaria

2.6.1. Potestad sancionadora correctiva.

La potestad sancionadora correctiva es aquella que tiene por objeto sancionar las infracciones a las normas administrativas y cubre a todos los individuos, sean o no empleados públicos. Por ejemplo, cuando se sanciona con multa a un ciudadano por el incumplimiento de una ordenanza de construcciones, se denomina potestad sancionadora correctiva.

2.6.2. Potestad administrativa disciplinaria.

La potestad administrativa disciplinaria es aquella que se traduce en sanciones a los servidores públicos por acciones u omisiones en el ejercicio de sus deberes. Por ejemplo, cuando el Alcalde sanciona con la destitución de un empleado, está ejerciendo potestad administrativa disciplinaria.

2.7. Principios de la potestad sancionadora.

La aplicación de las sanciones disciplinarias, como en todo proceso, debe obedecer a criterios científicos, y no a supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables, es decir no a criterios subjetivo, no a simples presunciones, sino a pruebas legalmente producidas, y no desplazando al administrado la carga de probar su inocencia, evitar los procedimientos no contradictorios, garantizando los recursos , y ante

todo estudiando cuidadosamente la responsabilidad del funcionario o empleado acusado de un falta disciplinaria.

Se debe tener en cuenta que la imputación de una falta disciplinaria, al igual que cualquier cargo o imputación contra un funcionario o empleado de la administración, debe estar sujeta a las correspondientes garantías procesales claramente señaladas en la Constitución Política de la República, para hacer efectivo el principio general de la presunción de inocencia, el debido proceso, que a nadie se le puede imponer sanción, sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio y conforme a la ley.

La doctrina señala algunos principios que rigen en el derecho sancionatorio administrativo, pero nuestro Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva los resume así:

Principio de Legalidad

Principio de Irretroactividad

Principio de Tipicidad

Principio de Responsabilidad

Principio de Proporcionalidad

Principio de Prescripción

2.7.1 Principio de legalidad o reserva de ley

La sumisión de la Administración a la Ley se realiza en virtud del principio de la legalidad, ⁵¹así lo sostiene el tratadista Efraín Pérez, en su obra Derecho Administrativo.

Este principio nos lleva a determinar que todos los actos administrativos que dicte la administración pública, no pueden estar en contradicción con las normas establecidas, así como tampoco los órganos públicos no pueden obrar fuera de la esfera de sus competencias que les han sido atribuidas; y por lo tanto, no pueden ejercer o desarrollar sus actividades en violación a los principios generales de derecho. Por lo tanto, coincido plenamente con lo afirmado por el tratadista Efraín Pérez Camacho, cuando sostiene que el principio de legalidad se manifiesta en el deber de la administración de respetar la reserva de ley.

⁵¹ PÉREZ CAMACHO Efraín , Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 87,

El principio de legalidad constituye un límite al poder punitivo del Estado, y se fundamenta en la aplicación de tres mecanismos:

1. Ley Previa.- No hay delito ni pena sin una ley penal establecida con anterioridad;
2. Ley Estricta.- El Legislador debe de establecer con claridad y exactitud al hecho delictivo, es decir, debe elaborar la norma jurídica con exhaustividad; y,
3. Ley Escrita.- Este mecanismo establece que el texto legal es el resultado de la labor que realiza la Función Legislativa.

Este principio de legalidad, considerado el más importante del derecho administrativo, establece que las autoridades administrativas, es decir el Estado como institución, deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades.

“El principio de legalidad constituye uno de los dogmas más tradicionales y arraigados de los sistemas de signo liberal democrático, habiéndose erigido en la manifestación primera y esencial del Estado de Derecho”⁵² criterio sostenido por el tratadista Juan Alfonso Santamaría.

Considerado como una manifestación singular de la regla básica de la obligatoriedad general de las normas jurídicas, es decir que todos los sujetos están obligados a obedecer, cumplir y aplicar la totalidad de las normas válidas en un sistema normativo, con independencia del origen, naturaleza y rango de las mismas; esta obligación recae, desde luego sobre todos los ciudadanos, pero también sobre todos y cada uno de los poderes públicos, ninguno de los cuales se halla exento de la misma, así lo dice la Constitución de la República en su artículo 83, de que todas las ecuatorianas y ecuatorianos deberán acatar la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. En este contexto, el principio de legalidad pretende resaltar un aspecto concreto de este deber general de cumplimiento de las normas: el específico sometimiento de la Administración a las normas emanadas del poder legislativo.

Este principio tiene su complemento en el de irretroactividad de las normas sancionadoras, al señalar que las únicas conductas sancionables son las establecidas por la legislación vigente en aquel momento, esto es, en el de su comisión. Nuestra Constitución recoge este

⁵² SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso, Principios de Derecho Administrativo General Tomo I, 2004, Madrid, págs. 78 y 789.

principio al señalar en su artículo 76 numeral 3 inciso segundo lo siguiente: “Ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.⁵³

En concordancia con la disposición constitucional, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 192 lo define así: “Principio de Legalidad.- La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma; 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal; y, 3. Las disposiciones de este título no son de aplicación al ejercicio, por la Administración Pública Central, de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”.⁵⁴

Es la expresión del principio nullum crimen, nulla pena sine lege. La ley ha de preceder a la conducta sancionable, así como determinar el contenido de la sanción que pueda imponerse.

Los tratadistas Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, se refieren al respecto y citan fallos dictados por el Tribunal Supremo de España que sostienen lo siguiente: “Cuando de ejercitar la potestad sancionadora se trata el más exquisito cuidado en la observancia de la forma se impone. Porque es la potestad sancionadora de la Administración sumamente grave y temible, cuyo ejercicio, como el de la potestad punitiva general del Estado, debe verse rodeado de las máximas cautelas”.⁵⁵

De otro lado afirma el tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Egas que “el principio de legalidad, en el derecho público administrativo, es de interpretación estricta, restringida a las fuentes formales del derecho: La Constitución y la Ley”.⁵⁶

⁵³ Constitución de la República, artículo 76 numeral 3 Inciso Segundo.

⁵⁴ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 192

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, tomo II, Madrid España

⁵⁶ ZAVALA EGAS Jorge, Derecho Administrativo, Tomo I, 2005.

El tratadista Tomás Ramón Fernández, afirma que “La Constitución consagra el principio de legalidad, y que ese principio de legalidad opera, o viene operando hasta el momento constitucional, con un sentido distinto cuando se habla de los poderes públicos y cuando se habla de los particulares... Si para los particulares el principio es libertad y las excepciones a la libertad las que suponen habilitaciones a la Administración para excepcionar la libertad, para limitarla; es decir, que necesariamente el principio de legalidad, para la Administración, tiene el sentido de una vinculación positiva a lo que la ley dice; la ley crea concretos poderes de actuación cuyo ejercicio son justamente las excepciones a la libertad inicial, que es la regla para los particulares”.⁵⁷

Los doctrinarios Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, argumentan que “la legalidad le atribuye potestades a la administración”. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, y habilita a la administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido.

Lo sostenido por los tratadistas, concuerda con el principio de legalidad señalado en la Constitución de la República del Ecuador, que establece que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado. En virtud de aquello, este principio garantiza al servidor público, que debe responder por faltas o prohibiciones consagradas expresamente en la ley y no en los reglamentos.

2.7.2. Principio de irretroactividad.

El principio general que rige en el derecho sobre la temporalidad de la ley es el de la irretroactividad de la ley. El hecho de que en el Ecuador debe prevalecer siempre el respeto al derecho, ha dado, pues, lugar al nacimiento inequívoco del denominado principio de la irretroactividad de las leyes.

Se trata de uno de los principios fundamentales que los distintos sistemas jurídicos han adoptado basados en las Constituciones o en los Códigos de los diferentes países, como

⁵⁷ FERNÁNDEZ TOMÁS Ramón, Panorama del Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002, págs. 25,26

cimiento de la estructura civil de la sociedad. De allí que, por ejemplo, el artículo 7 de nuestro Código Civil consagra tal principio cuando prescribe que: “La Ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observará las reglas siguientes...”⁵⁸

Puesto que se trata de una disposición que consta en el Título Preliminar del Código Civil, la debemos entender como válida para todos los órdenes jurídicos, siendo aplicable inclusive a las leyes administrativas.

Este principio se encuentra ligado al principio de legalidad, al establecer de manera obligatoria que ningún servidor público podrá ser juzgado o sancionado por un acto u omisión, que al momento de cometerse no se encuentre legalmente tipificado en determinada ley como la infracción que se acusa.

El numeral 5 del artículo 76 de la Constitución establece: “En caso de conflicto entre dos leyes de misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.⁵⁹

2.7.3. El principio de Tipicidad.

Este principio conduce a señalar que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

Este principio lo recoge la Constitución en su artículo 76 numeral 3 cuando establece: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del

⁵⁸ Codificación del Código Civil Ecuatoriano, artículo 7

⁵⁹ Constitución de la República, artículo 76, numeral 5

trámite propio de cada procedimiento. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.⁶⁰

Respecto al principio de tipicidad, el Tribunal Constitucional de España se ha pronunciado en retirados fallos sosteniendo que “Este principio impone, pues, la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta”.⁶¹

La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por lo tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica, que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos.

En nuestro país, este principio lo recoge el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, cuando en su artículo 194 dice: “Principio de Tipicidad: 1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley; 2. Únicamente por la comisión de infracciones podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley; y, 3. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica”.⁶²

Este principio nos conduce a establecer que no puede iniciarse un procedimiento administrativo disciplinario contra un servidor público, o uno que ha dejado de serlo, si es que no existe contra éste una imputación que signifique la comisión de una falta disciplinaria. No puede tampoco ser cualquier imputación, ésta debe necesariamente encontrarse tipificada como falta disciplinaria en la norma legal para poder dar motivo al

⁶⁰ Constitución de la República, artículo 76 numeral 3.

⁶¹ Sentencia Constitucional de 29 de marzo de 1990, Madrid España.

⁶² Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 194.

inicio de una investigación o sumario administrativo. De esta manera se estará verificando el principio jurídico de la tipicidad, como garantía procesal. Este principio de tipificación tiene dos vertientes: porque no sólo es la infracción sino también la sanción la cual ha de estar debidamente prevista en la norma que, mediando reserva legal, ha de tener rango de ley. Con apego o sin ella, una vez realizada la tipificación de las infracciones, las normas han de atribuirles unas sanciones determinadas, estableciendo la correlación entre unas y otras.

2.7.4. Principio de responsabilidad.

Puede definirse la responsabilidad, en palabras de Rafael Caballero Sánchez⁶³, como *“el reverso de la libertad (...), el deber de todo sujeto jurídico de asumir las consecuencias que comporte su conducta, en los términos que establezca el ordenamiento”*.

Considerado el principio fundamental por parte de la administración pública, el cual le está otorgado para que ejerza la potestad sancionadora, y que conlleva el que todo servidor público que trabaje, preste un servicio, o ejerza un cargo función o dignidad dentro del sector público, debe responder por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones encomendadas, principio éste que se encuentra establecido en el artículo 233 de la Constitución.

Con respecto a la Responsabilidad Administrativa que se le impone a un servidor público, la Ley Orgánica del Servicio Público, señala en su artículo 41 cuando determina: *“Responsabilidad administrativa.- La servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexas, incurrirá en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho...”*⁶⁴

Este principio lo recoge nuestro Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que en su artículo 195 dispone:

“Responsabilidad: 1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos;

⁶³ Caballero Sánchez R., “Las normas de extinción de la responsabilidad administrativa, Justicia Administrativa”, número extraordinario, Ed. Lex Nova, 2001, pág. 116.

⁶⁴ Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 41.

2. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderá de forma solidaria de las infracciones que, en caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores; y, 3. La máxima autoridad de la unidad de asesoría jurídica de la entidad u organismo que emita la normativa, certificará por escrito que dicho cuerpo legal no contradice la Constitución Política de la República, los Convenios internacionales ratificados por el Ecuador y las leyes vigentes. Será de responsabilidad de la Subsecretaría General Jurídica de la Presidencia de la República la validación de los certificados emitidos, en forma previa a la publicación de dicha normativa en el Registro Oficial. El servidor público que incumpliere la obligación prescrita en este numeral, incurrirá en responsabilidad administrativa, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público”.⁶⁵

2.7.5. Principio de proporcionalidad.

La imposición de los límites que correspondan al derecho fundamental examinado en cada caso constituye un momento capital del método expuesto como delimitación de los derechos fundamentales. Pero en ocasiones no basta con fijar e imponer esos límites para hallar la regla jurídica concreta por la que se resolverá finalmente si determinada conducta es o no objeto del derecho fundamental. Puede ocurrir que el límite no se plasme únicamente en la negación de la garantía iusfundamental a una determinada conducta (por ejemplo, el insulto no está garantizado por la libertad de expresión) y que requerirá ser concretado en su alcance y los medios específicos de su aplicación al derecho (ejemplo: autorización judicial de una entrada y un registro domiciliario o la práctica de una prueba consistente en una intervención corporal como arrancar un cabello o tomar una muestra de saliva de sangre).

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad, porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental u el principio de efecto recíproco, a través del cual se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación

⁶⁵ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 195.

sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función, sin que ese límite constituya un remedio de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental.

Una de las características más sobresalientes de los ordenamientos sancionadores de carácter primitivo ha consistido, en el escaso interés mostrado por lograr una cierta adecuación entre la gravedad y repercusión de los hechos ilícitos y la intensidad de la sanción que se impone.

El principio de proporcionalidad es consustancial al Estado Constitucional de Derechos y está configurado en la Constitución de la República en su artículo 76 numeral 6 que dice: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas, o de otra naturaleza”.⁶⁶

Este principio de proporcionalidad, lo señala el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que dice: “Principio de Proporcionalidad: 1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad; 2. Salvo lo previsto en la ley, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública Central se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración; b) La naturaleza de los perjuicios causados; y, c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”.⁶⁷

Este principio nos conduce a tener muy en cuenta al momento de imponer una sanción, cuidar de que la normativa del régimen sancionador y la imposición de la sanción por parte de las Administraciones Públicas, observen la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada al presunto infractor.

Adicional a ello, la norma citada, establece criterios de graduación de la sanción a imponer, esto es observar la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios

⁶⁶ Constitución de la República del Ecuador, artículo 76 numeral 6.

⁶⁷ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 196.

causados, la reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

La finalidad última del principio de proporcionalidad, obviamente, evitar que el poder público que tenía atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulnera su aplicación, su contenido esencial.

En conclusión, se afirma que este principio de proporcionalidad consagra una regla de moderación parcial, debiendo tener en cuenta que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

2.7.6. Principio de prescripción

El rasgo común a todas las normas sancionadoras del régimen preconstitucional era la inexistencia de previsiones normativas acerca de los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas, las cuales, frente a la tradición penalista secular, se reputaban absolutamente imprescriptibles.

En el campo administrativo sancionador la prescripción tiene una fundamentación dual, según nos coloquemos en la perspectiva del ciudadano o de la administración. Para el primero, la prescripción es una garantía que traduce o expresa un principio esencial en este campo, como es la conexión entre infracción y sanción, y que tiene su anclaje en el principio de seguridad jurídica, en donde el administrado debe conocer con certeza hasta qué momento es perseguible la conducta ilícita por él cometida. Desde el punto de vista de la administración, la prescripción sancionadora es una exigencia del principio de eficacia administrativa.

La prescripción sancionadora determina en concreto la extinción de la responsabilidad administrativa dimanante de la comisión de una infracción o de la imposición de una sanción. La referencia convencional a la prescripción de las infracciones y sanciones, no pretende afirmar que, al alcanzarse el tiempo de prescripción, haya que tenerlas por

inexistentes. El ERJAFE determina que las infracciones y las sanciones prescribirán según lo disponga cada ley respectiva aplicable en cada entidad ⁶⁸ que conforma el sector público. Pero la Ley Orgánica del Servicio Público, aquella que rige para casi todas las entidades que conforman la Administración Pública establece en su artículo 92 plazos de prescripción de las acciones y la prescripción de la autoridad para imponer la sanción, determinando que: “Las acciones que concede esta Ley que no tuvieren término especial, prescribirán en noventa días, que se contará desde la fecha en que se le hubiere notificado personalmente a la servidora o servidor público con la resolución que considere le perjudica. Igualmente prescribirán en el término de noventa días las acciones de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contempla esta Ley y las sanciones impuestas en cada caso, término que correrá desde la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la infracción o desde que se impuso la sanción” .⁶⁹

Se han dado algunas interpretaciones respecto del tiempo que tiene la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias. Por una parte se dice que, el término de los 90 días comienza a correr a partir de la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la falta disciplinaria, que es lo coherente, por oportunidad y agilidad en la adopción de los correctivos; y, la otra que, sostiene que los 90 días se contabilizarán desde los resultados del sumario administrativo, en cuya investigación se determina fundamentalmente la comprobación de la falta, situación que es contraria con los fallos expedidos por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia.

En cuanto a la sanción decretada por la autoridad nominadora, ésta también PRESCRIBE en el término de 90 días, así lo señala la normal legal, aunque en derecho administrativo sólo cabe hablar de CADUCIDAD, cuando dicha sanción no ha sido registrada, peor aún notificada al servidor público afectado, para que surta los efectos jurídicos de conformidad a

⁶⁸ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 197 dispone: “Prescripción: 1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan; 2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable; y, 3. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor” .⁶⁸

⁶⁹ Ley del Servicio Público, artículo 92

lo señalado en el artículo 19 del Reglamento a la LOSEP, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Modernización del Estado, y en reiterados fallos expedidos por la Corte Nacional de Justicia.

Al referirse la Ley al término de 90 días para impugnar o reclamar un acto administrativo, este tiempo deberá ser contabilizado tomando en cuenta únicamente los días hábiles, excluyendo los sábados y domingos y días festivos. Sucede muchas veces en la práctica administrativa, que una vez expedida la resolución del titular de la entidad mediante la cual se ordena la sanción, ésta no se la impone, ya sea por no haberse elaborado la acción de personal por parte del Jefe o Director de Recursos Humanos o porque elaborada la acción de personal dicho documento no se ha notificado al servidor dentro del término de los NOVENTA DÍAS, lo que ocasiona PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN de parte de la autoridad para imponer la sanción administrativa.

CAPÍTULO III

3. PRINCIPIOS Y REGLAS COMO ESTRUCTURA NORMATIVA DE LOS DERECHOS

3.1. Generalidades.

En octubre de 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador, en la cual se introducen cambios sustanciales y definitivos en el reconocimiento de los derechos, su sistema de protección y en la estructura del Estado Ecuatoriano. Establece que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público, por lo que todo derecho que se origine del ejercicio directo o indirecto de ésta debe fundarse en las convicciones y valores jurídicos de la comunidad, que legitiman su contenido y le otorgan la fuerza de obligar. Los principios jurídicos son estos valores y convicciones que constituyen los pensamientos directores de la regulación jurídica producto del ejercicio directo o indirecto de la soberanía.

Los principios son aplicados como mandatos generales que contienen un deber de respeto que obliga a actuar consultando el valor contenido en éstos. El problema principal en torno a los principios jurídicos, surge o se origina, de considerar si ellos rigen como categoría jurídica autónoma, independientemente de que haya sido o no incorporados al ordenamiento jurídico. En los distintos textos positivo.

Por otro lado, sirven de parámetros de interpretación. Ayudan de forma decisiva a valorar el sistema jurídico. Gracias a los principios podemos identificar normas contradictorias (antinomias) y también las lagunas del sistema jurídico (anomias). El principio enuncia que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales”⁷⁰; y, encontramos un precepto en una ley que establece que las personas que tengan drogas prohibidas, sin importar la cantidad ni el tipo de droga, serán sancionadas con 12 y 16 años, de igual modo la ley sanciona a las personas que matan con la misma pena. En un caso en que la persona tenga dos gramos de marihuana y sea para la venta, el juez se encontraría, sin duda, ante una norma legal desproporcionada que está en pugna con el principio constitucional de proporcionalidad. Ante este dilema, que en el derecho penal es más fuerte por el principio de legalidad, el juez aplica el tipo el tipo penal o la norma constitucional que es un principio. “Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes

⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador, octubre de 2008, artículo 76 numeral 6.

constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar –y eventualmente censurar –las leyes ordinarias vigentes”⁷¹

El principio enuncia que las personas con discapacidad tienen derecho a que se eliminen “las barreras arquitectónicas”. En la ciudad, las veredas y el acceso a los edificios públicos no tienen acceso para las personas que se movilizan en silla de ruedas. No existen normas jurídicas, en leyes ni ordenanzas, que viabilicen el principio constitucional. En este caso, existe una anomia, que puede ser colmada por el Consejo Municipal o por el fallo de un juez o jueza al conceder la protección de derechos.

Los principios inspiran para resolver las antinomias y para colmar las anomias. En el primer caso descrito, el juez podría, por el principio de proporcionalidad, determinar cuál sería la pena aplicable; y, en el segundo, crear una norma basada en el principio de atención prioritaria.

3.2. Definición.

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes, sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser determinadas en el caso concreto, por esto Alexy afirma que los principios proporcionan un haz de posibilidades para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una característica esencial del principio. El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetros de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.

Los principios generales del derecho se nutren del derecho natural y son el medio ideado para superar las inevitables deficiencias del derecho positivo. Estos actúan como criterio de interpretación de otras normas, como fuente supletoria de la ley o como mandatos que obligan a moverse en la dirección del valor consagrado en el principio.

⁷¹⁷¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 2005, 7ma. Edición, p.876.

Como criterio de interpretación, cuando precisan el sentido y contenido de una norma jurídica, como en el caso del artículo 44 segundo inciso de la LOSEP⁷² que le asigna la función de aplicar la Constitución ⁷³ en los casos dudosos. Como fuente supletoria, cuando cumplen con la tarea de integrar las lagunas existentes, cuando no exista ley aplicable al caso controvertido o que regulen casos o materias semejantes, debiéndose aplicar en su defecto la doctrina constitucional y los principios generales del derecho y como mandatos generales que contienen un deber de respeto que obliga a actuar consultando el valor contenido en estos.

Los principios constituyen auténticas fuentes del derecho, sin necesidad de observar ningún proceso de positivización, y al expresar un deber de respeto dirigido a todos los miembros de aquella para que los observen en cada uno de sus actos jurídicos, van a tener un campo de aplicación mayor que cualquier norma jurídica, la cual solo puede aplicarse cuando se produzca el supuesto de hecho consagrado en ella.

Las normas-principios, a diferencia de las normas-reglas que se cumplen o no, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes; De esta forma, dice ALEXY, los principios son “mandatos de optimización”. El principio o mandato de optimización es aplicable en todo proceso de creación-aplicación de normas que pasa, por la interpretación y que involucra a todos los órganos a los que la Constitución ha atribuido la potestad normativa, pues, todos son creadores-aplicadores de las normas jurídicas, incluyendo los jueces que al dictar sentencias expiden normas individuales.

Los principios, por su lado, no siguen una lógica del todo o nada; los principios no establecen un vínculo directo entre los hechos y la conclusión jurídica, constituyen en realidad mandatos de optimización, como lo sostiene Robert Alexy, que sirven de parámetros de interpretación; así, mientras las reglas exigen fundamentalmente una interpretación literal, por cuanto su contenido se agota en su formación lingüística, la

⁷² “El sumario administrativo se ejecutará en aplicación de las garantías del debido proceso, respeto al derecho a la defensa y aplicación del principio de que en caso de duda prevalecerá lo más favorable a la servidora o servidor”.

⁷³ “En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.

interpretación de los principios requiere identificar y comprender a plenitud su finalidad y valores immanentes, más allá de su consagración positivista...”⁷⁴

Los principios tienen una función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas, según lo sostiene FERRAJOLI. Esto significa que “los principios operarían para perfeccionar el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida”⁷⁵.

Por lo tanto, sólo cuando las normas reglas generan dudas, dejan laguna o entran en contradicción, las normas-principios entran en acción con toda su fuerza directriz y con el vigor de la obligatoriedad proporcionada por la Constitución. Luego, los jueces ya no quedan en libertad (creación judicial) de resolver esos casos, producidos por las reglas, apelando a criterios extra-jurídicos (morales, políticos, lógicos, etc.), sino que se vinculan a los principios jurídicos. Pero, ¿por qué las normas de menor volumen o densidad de contenido (reglas) son preferidas en su aplicación a las de mayor volumen o densidad (principios)? Pues porque éstos no son sino preceptos que sirven de seguridad al ordenamiento que se estructura, esencialmente, con reglas.

Los principios, según este positivismo tradicional, son un aditamento, un mecanismo auxiliar, un plus, en definitiva, a las reglas, no tienen eficacia autónoma. Esta concepción es la que debe ser superadas, ser abandonada y adoptando la neopositivista ponerse a tono con el significado de lo que es un Estado constitucional de derechos o garantista.

Los Asambleístas, los jueces, los fiscales, los administradores públicos, los abogados, debemos, debemos tomar posición, adherirnos a los principios ante los casos de la realidad. El principio jurídico que adhiere el hecho no proporciona la conducta a seguir, esto es, el precepto, la regla, pero indica, al menos, la dirección en la que debería ubicarse ésta para no contradecir el valor que el principio contiene.

Por ejemplo, la norma que contiene el principio de legalidad (no hay sanción sin previo procedimiento legal) indica al administrador público que no puede sancionar al particular por una infracción administrativa, sino sigue previamente el procedimiento debido. La regla dice:

⁷⁴ Sentencia Nro. 002-10SIC-CC.R.O.-S-NRO. 294, de 6-IX-2010

⁷⁵ FERRAJOLI ,Luigi (2005) Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, 7ma. Edición, Madrid España.

El que cometa el acto X se le impondrá la sanción Y. Si P comete en la realidad el acto, la autoridad administrativa, primero, enfoca el hecho con la luz que irradia el principio de legalidad (no hay sanción sin previo procedimiento legal) y se adhiere al valor que éste contiene, en este caso, el derecho de defenderse de P (nadie debe quedar en indefensión y no impone ninguna sanción aún, opta por instruir el procedimiento debido. Esto porque, en el ejemplo, el hecho constitutivo de infracción administrativa es iluminado por el principio de legalidad y le ordena a la autoridad que frente a este hecho real proceda conforme lo prescribe y reconozca el derecho de P a tener un debido procedimiento en el cual defenderse, pues es conforme a la dignidad, libertad e igualdad de la persona o de justicia así proceder (valor).

Aquel ejemplo citado, nos conduce a entender que, a los hechos, los principios jurídicos les proporcionan valor normativo. O lo que es lo mismo, la realidad presenta exigencias jurídicas que los operadores jurídicos deben satisfacer “en presencia de los principios, la realidad expresa valores”. No puede ser de otra forma, pues, la eficacia de los principios se explica porque van acompañados del imperativo “tomarás posición frente a la realidad conforme a lo que proclamas”. Esta es la postura dogmática que los ordenamientos jurídicos de los estados constitucionales, como el Ecuador, obligan a que sea adoptada por todos sus operadores jurídicos.

En consecuencia, los principios son aplicados conforme la realidad lo exija, de acuerdo a los casos que se presenten en la ocasión comprendida en la densidad de cada uno de éstos.

3.3. Ponderación de los principios.

La ponderación es, efectivamente, uno de los criterios empleados para delimitar conceptualmente la categoría de los principios frente a las de las reglas, entendidas ambas como clases o tipos diferentes de normas jurídicas. En una de sus más conocidas caracterizaciones, Robert Alexy ha señalado que el elemento que permitiría individualizar los principios sería su condición de mandatos de optimización, esto es, la de ser normas que ordenan algo en la mayor medida posible. De esto modo, sostiene que “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida,

entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible”.⁷⁶

Los principios se diferencian de las reglas en virtud de su condición de mandatos de optimización, esto es, por tratarse de normas fragmentarias en cuanto a su consecuencia jurídica, susceptibles tan sólo de un cumplimiento gradual. La gradualidad es, por tanto, una nota característica de los principios, cuando no, precisamente, la propiedad que más intensamente determina su comportamiento dentro del sistema. Tal y como ha señalado A. García Figueroa,⁷⁷ la idea de cumplimiento gradual puede referirse a dos cuestiones: primero, a la intensidad con la que se cumple el mandato que expresa la norma- gradualidad como intensidad en la aplicación-; y, segundo, a la frecuencia con la que ese principio se impone frente a otros con los que entra en conflicto –gradualidad como frecuencia en la aplicación-.

Esto nos conduce a afirmar que los principios admiten un cumplimiento gradual porque se aplican en mayor o en menor medida, o porque se aplican más o menos frecuentemente. Mientras que, en el primer supuesto, la gradualidad alude al hecho de que un mandato pueda cumplirse en cada caso con una mayor o menor exigencia, en el segundo la gradualidad de los principios no se traduce en la intensidad de la satisfacción del mandato que incorporan, sino en la frecuencia variable con la que se desplazan a otros principios. Esta segunda dimensión de la gradualidad de los principios alude al hecho de que algunas normas, aun siendo válidas, no se aplican con carácter constante, sino que cuando entran en conflicto con otras normas algunas veces se aplican y otras no.

En ambos casos la gradualidad remite en principio a una circunstancia que sólo se produce después, y no antes, de identificar un conflicto entre ésta y otra norma. Dicho de otro modo, frente a lo que sostienen voces tan autorizadas como R. Dworking, M Atienza, J. Ruíz Manero o el propio R. Alexy⁷⁸

3.4. Principios de aplicación de los derechos.

⁷⁶ Robert Alexis, *ibídem*

⁷⁷ García Figueroa A, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, CEPC, 1998, pp.189 y ss.

⁷⁸ Sobre este debate se revisan los criterios de PRIETO SANCHIS L., *Sobre principios y normas*, Madrid, CEC, 1993; ATIENZA M., y RUIZ MANERO J., *Las Piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel 1996.

Las constituciones, en su parte dogmática, pueden tener principios de aplicación y principios sustantivos. Los principios de aplicación son de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos. Los principios sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos. Por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación (principio de aplicación) se aplica para los derechos del buen vivir, la participación, la protección y para todos los derechos (principios sustantivos).

Nuestra legislación los establece en el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador. (2008).

3.5. Las Reglas.

Respecto de las reglas, sostiene Claudia Escobar (2010) en su obra “El Rol de las reglas en la era de los principios”, en *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neo constitucionalismo y Sociedad, Quito, 2010, p. 216), que “Operan dentro de un esquema de todo o nada; si los hechos previstos en una norma se confirman, o bien la norma-regla es válida y por lo tanto el resultado que prevé la misma debe ser aplicado como una consecuencia lógica; o bien es inválida y por lo tanto no presenta ninguna consecuencia para el caso”⁷⁹

3.6. Las Garantías.

Estado garantista es el que se construye como un sistema artificial de garantías constitucionalmente pre ordenado a la tutela de los derechos fundamentales. Se trata de un Estado que se erige como único productor de normas jurídicas (positivismo jurídico) que se encuentra regulado, desde la producción normativa misma, por normas positivas que indican quién, cómo y cuándo hacerlo (formas) y, además prescribe con qué contenido (sustancial o material). Luego, el Estado produce normas jurídicas que son válidas y existen porque se hacen por los órganos competentes y siguiendo las formalidades previstas (ser del derecho), pero también su validez la hace depender de su contenido o sustancia, lo que implican su deber ser, pues éste no puede ir contra los límites que la Constitución le impone (el derecho sobre el derecho) en forma vinculante a la producción jurídica. Luego,

⁷⁹ Claudia Escobar (2010) “El Rol de las reglas en la era de los principios”, en *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neo constitucionalismo y Sociedad, Quito, p. 216),

actualmente, el Estado constitucional garantista regula constitucionalmente al mismo derecho positivo tanto en la forma de ser producido como en sus contenidos producidos. No es válida la norma que no es producto del órgano competente y que no haya seguido el procedimiento regulado, como inválida es la que contenga preceptos contrarios a los derechos de las personas, a la dignidad, a la libertad o igualdad de éstas. Este es el modelo o sistema garantista. Esta concepción implica revolucionar los conceptos de validez (simple adecuación a las normas) y vigencia (cualquier contenido) de las normas que preconiza el positivismo jurídico pre-garantista.

El tratadista Oswaldo Alfredo Gozaíni, en su obra⁸⁰ sostiene que las normas requieren para su validez: “no sólo haber sido promulgadas por órganos competentes y procedimientos debido, sino también pasar la revisión de fondo, por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material) como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc, que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado, sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, éste razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general y, en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella y, finalmente razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad”⁸¹

3.6.1. Garantías Normativas.

Son aquellos principios y reglas encaminadas a conseguir que los derechos fundamentales estén efectivamente asegurados como las normas que, se limiten al mínimo sus restricciones, y se asegure su adecuado resarcimiento cuando se han producido daños como consecuencia de su vulneración por parte de los poderes públicos o sus agentes.

⁸⁰ Oswaldo Alfredo Gozaíni, *El Debido proceso*, RUBINZAL-CULZONI, Buenos Aires, 2004, pág. 21.

La principal garantía normativa es el conocido principio general de Supremacía de la Constitución en virtud del cual la Carta Magna es la norma que prevalece sobre cualquier otra y por tanto los ciudadanos y los poderes están sujetos al texto constitucional y al resto del ordenamiento. En el Ecuador esta garantía normativa está expresada de forma diferente en distintos enunciados normativos entre los que sobresalen el artículo 424 de la Constitución⁸² y el artículo 3 numeral 1 del texto constitucional⁸³.

Así mismo, existen otras garantías normativas como el deber de respeto a los derechos establecidos en el artículo 11 numeral 9, según el cual “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.⁸⁴

Esta garantía normativa general se ve complementada por otro mecanismo de idéntica naturaleza: la rigidez e inalterabilidad constitucional, destinado a evitar la alteración del contenido e identidad de la propia Constitución. En el caso de los derechos esta garantía normativa se expresa en el procedimiento de reforma especialmente rígido del catálogo de derechos y en la prohibición de restricción del contenido de los derechos, establecida en el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución.

Otra garantía normativa importante es la obligación reparatoria definida en el inciso 2 del citado numeral que dispone la obligación del Estado de reparar las violaciones de los derechos derivada de las acciones u omisiones de sus agentes en ejercicio de sus cargos, o por la falta o deficiente prestación de servicios públicos.

Finalmente, con tal nombre garantías normativas los constituyentes de Montecristi establecieron un novedoso mecanismo, inédito en el país, que asegura la sujeción de la Asamblea Nacional, y de cualquier otro órgano que tenga potestad normativa reconocida por la Constitución, a los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados

⁸² El artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, dispone: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales. En caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

⁸³ El inciso 1 del artículo 3 de la Constitución establece que son deberes primordiales del Estado entre otros “Garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”.

⁸⁴ El artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, dispone: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales. En caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

internacionales de derechos humanos⁸⁵ con lo que todo acto normativo está limitado por el contenido y eficacia de los derechos fundamentales.

3.6.2. Las garantías institucionales.

Son los mecanismos de protección que la Constitución otorga, no ya a los derechos fundamentales de las personas, sino a determinadas organizaciones o instituciones valiosas desde el punto de vista del constituyente, a las que asegura un núcleo o reducto indisponible para el legislador. Ejemplos de este tipo de garantías son el principio de separación de poderes, el reconocimiento del carácter laico del Estado, también conocido como separación entre iglesias y el Estado, el principio de legalidad, la existencia de un órgano independiente y autónomo. (Corte o Tribunal Constitucional) que vigile la supremacía de la Constitución, y la labor del defensor del pueblo, entre otros.

En cuanto al principio de separación de poderes se conoce en la doctrina como la segunda columna vertebral del Estado Constitucional y consiste en una forma de organización del poder soberano del Estado que mediante su separación en distintas funciones evita su acumulación en una sola persona o institución.

La primera versión de la teoría de la separación de funciones del Estado la encontramos en la obra de Jhon Locke, pero fue Montesquieu el que en el siglo XVIII propondrá la formulación teórica de la separación de poderes que conocemos y aplicamos hoy en día. Para formar un gobierno moderado, nos dice el autor francés “es necesario combinar los poderes, regularlos, temperarlos, hacerlos actuar, de tal forma que se dé un contrapeso a cada uno de ellos para que puedan resistir la fuerza y la voluntad del otro”⁸⁶.

Esta doctrina se ha vinculado históricamente a la clásica división tripartita de las funciones estatales. Según esta teoría el poder se divide en tres ramas o funciones: a) La Función Legislativa que se encarga de la producción de normas generales y abstractas; b) La Función Ejecutiva, encargada de ejecutar los mandatos de la ley y del resto de funciones residuales; y, c) La Función Judicial, encargada de la aplicación de las normas en el caso

⁸⁵ El artículo 84 determina: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, tendrá la obligación de adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales (...) En ningún caso la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

⁸⁶ Montesquieu, El espíritu de las leyes, México, Editorial Porrúa, 1971.

concreto y de vigilar el cumplimiento estricto de las leyes por parte de los otros dos poderes del Estado.

Esta garantía institucional, sin embargo ha sido modificada y relativizada en el derecho contemporáneo, pues hoy en día aparte de que no existen solo tres funciones del Estado⁸⁷, cada una de las funciones tradicionales comparte con las otras algunas competencias que en la visión tradicional eran exclusivas de los otros poderes.

Respecto a la separación entre Iglesia y Estado, desde el punto de vista jurídico, nos referimos a la garantía jurídica por medio de la cual se consigue que las instituciones públicas y las religiosas se mantengan separadas e independientemente, con el resultado de que cada una de ellas mantiene su autonomía para tratar los temas relacionados con sus esferas de influencia. Como resultado de la positivización de tal garantía se logra el establecimiento de un Estado Laico, y se inicia el proceso de secularización de una sociedad, mientras en el plano de los derechos esta garantía se manifiesta en el reconocimiento de la libertad de conciencia y de cultos.

En la actualidad, la separación entre iglesia y el Estado se encuentra plasmada en la mayor parte de las constituciones de los estados constitucionales modernos. En el caso ecuatoriano esta garantía se encuentra reconocida en el artículo 1 de la Constitución, en virtud del cual el Estado ecuatoriano es, entre otros rasgos, democrático, intercultural, plurinacional y laico. En cuanto atañe a esta última característica, los poderes públicos garantizan el laicismo y la ética republicana como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.⁸⁸

Con relación al principio de legalidad, esta es una de las garantías más importantes del Estado liberal en su versión original, y consiste en la distinción y subordinación de la acción pública y judicial a la ley considerada en sentido formal. Implica la preeminencia del poder legislativo respecto del resto de poderes y la supremacía de la ley respecto del respeto de los actos normativos del Estado, incluyendo los derechos fundamentales que solo son tales en virtud de que la ley así lo diga, lo mande y lo permita.

⁸⁷ En el Ecuador, existen dos funciones estatales creadas con la Constitución del 2008: Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social.

⁸⁸ Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 3, numeral 4.

También existe una segunda acepción del principio de legalidad que lo entiende como aquel sometimiento de la administración (ejecutivo) a la ley y se manifiesta en la conocida expresión según la cual: “El Estado solo puede hacer aquello que está expresamente permitido en la ley mientras que los particulares pueden realizar todo lo que la ley no les prohíbe”.

La principal manifestación de la vigencia del principio de legalidad es justamente el principio de reserva de ley, según el cual existen algunas materias que por su importancia social o política el constituyente atribuye exclusivamente al legislador. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, la tipificación de delitos y sanciones, la creación o modificación de impuestos, la regulación de los derechos constitucionales y de cualquier actividad que tenga que ver con el ejercicio de los derechos, la regulación de la organización político-administrativa del país, entre otras, solo pueden ser reguladas por la ley.

En la actualidad, con el reconocimiento de la supremacía de la Constitución el principio de legalidad, génesis y fin del Estado de derecho se relativiza y se convierte en principio de juridicidad o constitucionalidad, en virtud del cual los atributos que antes se predicaban de la ley (imperatividad, generalidad, coercitividad, aplicación directa e inmediata) pasan a ser propiedad de la Constitución. A partir de este momento la palabra ley no es sinónimo de ley en sentido formal, sino que hace referencia a todas las normas del ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere a la garantía de la existencia del control constitucional en cabeza de un órgano autónomo llamado Tribunal o Corte Constitucional, que de acuerdo con la doctrina tiene como misión garantizar la supremacía de la Constitución y evitar la dictadura de la mayoría mediante controles que hagan presentes y efectivos los derechos de las minorías políticas.

Con independencia de las críticas recurrentes a las cortes constitucionales, debido al real o supuesto déficit democrático que aqueja a la justicia constitucional, es innegable que su existencia significa una transformación revolucionaria del aparato institucional del Estado, porque significa garantizar en los hechos el carácter normativo y la supremacía de la Constitución.

Finalmente, aparece una última garantía institucional: la figura del Defensor del Pueblo que ha sido concebida como una institución de protección extrajudicial de los derechos. Como se

sabe la existencia de la Defensoría del Pueblo está inspirada en el modelo del ombudsman de los países escandinavos y que fue adoptado con importantes modificaciones por la Constitución española (artículo 54) y mediante el constitucionalismo español pasó a las constituciones latinoamericanas de las últimas dos décadas.

En el caso ecuatoriano la Defensoría del Pueblo hace parte de la nueva Función de Transparencia y Control Social⁸⁹ y tiene como funciones principales la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, que incluyen la emisión de medidas de cumplimiento obligatorio de los derechos humanos; el patrocinio de las acciones constitucionales; la investigación de acciones y omisiones de servidores públicos en relación con los derechos humanos constitucionalizados; y la vigilancia del cumplimiento estricto del derecho a la libertad, que incluye las acciones necesarias para evitar la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes⁹⁰ así como solicitar a las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna.

Está claro que en este contexto el Defensor del Pueblo realiza una importante función reguladora de la función administrativa en la medida en que esta puede llegar a vulnerar los derechos humanos, lo que incluye funciones de control y fiscalización sobre las actuaciones tanto de autoridades como de particulares que cumplan funciones públicas.

3.6.3. Garantías de políticas públicas.

La Constitución Ecuatoriana de 2008 incorpora uno de los más importantes avances teóricos del nuevo constitucionalismo latinoamericano respecto de las constituciones europeas. Por primera vez en la historia constitucional del mundo se vincula la existencia de derechos con la operatividad y obligatoriedad de implementar políticas públicas, es decir que se constitucionaliza y normativiza con el más alto rango, la vinculación estrecha que en el Estado democrático existe entre derechos y política.

En ese contexto, en el Ecuador posterior al 20 de octubre de 2008, la formulación, ejecución y evaluación de políticas y servicios públicos debe orientarse necesariamente a la eficacia de los derechos del buen vivir, con la consecuencia de que si una política pública vulnera un

⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 204 numeral 2.

⁹⁰ Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 215.

derecho constitucional hay la obligación de cambiar o reformular la política pública, incluyendo la modificación del presupuesto, con la estrecha participación de los afectados.

Aquello representa un cambio copernicano respecto de la eficacia y naturaleza de los derechos sociales, y de discurso sobre carácter normativo y obligatorio de todo el ordenamiento constitucional que en el constitucionalismo europeo continental ha sido desconocido por la consideración de la gran mayoría de los derechos sociales como meros principios o criterios subsidiarios de interpretación, mediante su consagración como normas de programación final y principios rectores del ordenamiento, mientras no sean desarrollados por el legislador secundario.

A diferencia de lo que ocurre en el constitucionalismo social de los países centrales del capitalismo, en el modelo constitucional del Ecuador, 2008, los derechos del *sumak kawsay* no solo está reconocidos taxativamente como derechos público subjetivos, con todas las garantías que ello implica, y en tanto tales como facultades jurídicas que hacen parte del patrimonio de las personas, sino que están definidos en el llamado régimen del buen vivir como obligaciones directas del Estado, sancionables mediante las garantías establecidas en el artículo 85 de la norma suprema.

3.6.4. Garantías Jurisdiccionales.

En las democracias constitucionales contemporáneas la forma de garantizar derechos más conocida es aquella que se ejerce ante la jurisdicción, comúnmente conocida como garantías jurisdiccionales de los derechos. Estas no son otra cosa que la posibilidad de ejercer el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos. Y en cuanto tales son un conjunto de instrumentos procesales que dentro del sistema jurídico estatal cumplen la función de la tutela directa de los derechos constitucionales.

Esto tiene que ver así mismo con el nuevo papel que los jueces cumplen en las democracias constitucionales modernas. En efecto, la necesidad de garantizar institucionalmente los derechos humanos y la crisis del parlamentarismo racionalizado han producido un redimensionamiento de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado: El Juez ya no es más como pensaba Montesquieu, y los liberales del siglo XIX, la boca muda de la ley sino que se convierte en el protagonista de la acción del Estado, mediante el papel de garantes últimos de los derechos fundamentales, y con ellos las garantías procesales se

convierten en un elemento esencial de este nuevo modelo. Esta mutación es la concepción de la jurisdicción no ha sido, sin embargo, un proceso pacífico: los poderes públicos tradicionales, afectados por esta nueva cultura jurídica, ven con profunda desconfianza el nuevo rol de los jueces y han comenzado a plantear la necesidad de realizar reformas que limiten la autonomía del poder judicial y restauren el antiguo equilibrio entre poderes propio del liberalismo decimonómico.

Las principales garantías judiciales conocidas en los ordenamientos jurídicos occidentales son: El hábeas corpus, la acción de amparo, tutela o protección, el hábeas data, las acciones de grupo y el amparo contra sentencias judiciales. En el caso ecuatoriano las reformas del año 1996, posteriormente consolidadas en la Constitución de 1998, introdujeron en el plano constitucional este tipo de garantías jurisdiccionales, aunque lo hicieron de manera desordenada y asistemática, pues tan solo se reconoció la existencia del amparo constitucional, el hábeas corpus y el hábeas data. En ese sentido, la Constitución de 2008, representa un avance sustancial frente a la anterior Constitución, pues establece un amplio y completo catálogo de garantías jurisdiccionales organizadas.

3.6.4.1. Finalidad de las garantías jurisdiccionales.

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las garantías jurisdiccionales buscan la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

3.6.4.2. Características de las garantías jurisdiccionales.

Según el artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador las garantías jurisdiccionales de los derechos tienen las características siguientes:

Todas son acciones públicas y populares, de tal manera que cualquier persona, grupo de personas, pueblos o nacionalidades pueden interponerlas.

Tienen un procedimiento sencillo e informal.

El procedimiento de tramitación es oral, esto es, a través de audiencias públicas.

Para iniciar la acción y durante su tramitación son hábiles todos los días y todas las horas.

El no cumplimiento de una garantía jurisdiccional conlleva la destitución del cargo por parte del funcionario renuente al cumplimiento.

3.7. Garantías constitucionales que integran el debido proceso.

Las garantías que articulan el debido proceso están contenidas en el artículo 76 desde el numeral 1 hasta el 6 de la Constitución de la República del Ecuador:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

3.8. Garantías constitucionales que integran el derecho a la defensa.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, en su artículo 76 numeral 7 establece que:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d. Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e. Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f. Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g. En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h. Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j. Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k. Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m. Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

CAPÍTULO IV

4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

4.1. El procedimiento disciplinario como garantía.

El procedimiento administrativo, constituye un cauce formal tanto para el ejercicio del poder de la Administración Pública, como para la materialización y defensa de los derechos de los ciudadanos.

El fin primordial del Estado radica en la protección y promoción de los derechos humanos; en ese sentido las garantías del debido proceso modulan los mecanismos mediante los cuales se efectivizan los derechos de los ciudadanos al tiempo que delimitan las fronteras y los límites dentro de los cuales han de ejercer sus funciones los órganos de poder público.

El artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

Es importante reconocer que la norma citada no sólo se circunscribe de manera exclusiva al derecho a la tutela judicial efectiva en vía jurisdiccional, sino que debemos observar el contenido íntegro de la norma, la cual obliga a que la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, debe consagrarse en todo proceso, así lo señala el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador en su numeral 1⁹¹, observando cada una de estas garantías básicas.

El debido proceso es formal y material. El primero está constituido por las etapas procesales que deben cumplirse, los términos fijados para una de ellas, las oportunidades de actuación de las partes y todas las demás establecidas de manera expresa. El segundo se refiere al contenido proteccionistas de las ritualidades procesales, al conjunto de garantías constitucionales y legales reconocidas al ciudadano y que de alguna manera puedan ser afectadas por el proceso al cual está sometido.

⁹¹ Art. 76, numeral 1: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Coorresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.

Es por ello que a la luz de estas garantías constitucionales, existen principios que norman el procedimiento administrativo. Estas garantías constitucionales del debido proceso previstas en el artículo 76 son de plena aplicación al proceso disciplinario sin limitaciones ni matizaciones, así lo dice el artículo citado, se aplicará en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones.

Algunas de las garantías pueden aplicarse quizás sin dificultad alguna dentro de las diferentes etapas del proceso disciplinario, pero otras, como la culpabilidad, exigen planteamientos particulares. La conducta debe ser contraria a la ley por acción u omisión, debe estar definida como falta leve o grave, y la acción u omisión del infractor debe ejecutarse con la intención de causar el daño, o sin la previsión necesaria pudiendo haberla tenido con dolo o culpa. La garantía denominada en el texto como juzgamiento conforme a las leyes preexistentes se traduce en tipicidad.

La garantía de no doble juzgamiento (*non bis in ídem*) es la que presenta controversias en el servidor público, aunque se encuentre aceptado en la ley que el mismo hecho con un mismo infractor sea sometido a investigación y juzgamiento y éste sea responsable tanto administrativa, penal y civilmente.

4.2. El Derecho Disciplinario.

El derecho disciplinario es un mecanismo de control formal mediante el cual el Estado pretende garantizar el cabal cumplimiento de la función pública, su misión primordial siendo sancionatoria, es preferentemente preventiva. Se acude a él cuando se distorsiona, se afecta o vulnera la misión, esto es, cuando se infringen los deberes que le corresponden cumplir a los servidores públicos y se lo hace de manera sustancial o cuando se quebrantan las prohibiciones que deben observar. En el ámbito específico de la tarea del estado, el derecho disciplinario es el primer mecanismo para prevenir y sancionar la infracción de deberes y prohibiciones.

El derecho disciplinario es una de las modalidades de derecho sancionatorio, cuyas funciones esenciales son de prevención, de retribución justa y de corrección que se logra con el establecimiento de la sanción en la disposición y con la imposición y aplicación de las

sanciones en los respectivos casos. El derecho disciplinario es una herramienta normativa del Estado que encauza la conducta de los servidores públicos.

El Estado se auto protege con el proceso disciplinario estableciendo barreras jurídicas, éticas y moralizantes para garantizar el cabal desempeño de la función pública. Esas barreras de autocontención tienen una función preventiva que pretende que los demás servidores públicos se abstengan de seguir el mal ejemplo de atentar contra la función pública.

El proceso disciplinario es un instrumento adecuado para la realización de la justicia disciplinaria que no puede ser reconducido exclusivamente a la imposición de la sanción, sino también a la declaratoria de inocencia del inocente. Se erige en un instrumento neutro de la jurisdicción, cuya finalidad estriba tanto en actuar el ius sancionatorio como en declarar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, valor fundamental del ordenamiento jurídico en nuestra Constitución.

Sostiene SÁNCHEZ HERRERA ESQUIO MANUEL, en su obra “Dogmática practicable del Derecho Disciplinario” que: “El proceso disciplinario es un camino legítimo para que sobre él discorra el derecho disciplinario sustancial con sus importantes contenidos dogmáticos y pueda ser aplicado. En una sociedad sometida a los valores y principios del Estado Social de Derecho, cuya plataforma viene constituida por el Derecho como limitador de poderes y sancionador de esas arbitrariedades, como coordinador de los poderes y como plenitud de garantías para cuantos en él intervienen, el proceso disciplinario se convierte en la barrera infranqueable de posibles abusos en la investigación y juzgamiento de las conductas de los sujetos disciplinables”.⁹²

Ese camino al que se refiere el tratadista citado, nos lleva a comprender que el proceso disciplinario no es simplemente una hilera de pasos aislados, desconectados y separados, por el contrario el proceso representa un todo: un método de carácter científico jurídico de naturaleza dialéctica. Los grados del conocimiento procesal se convierten en el sustento de cada una de las decisiones que se adoptan a su interior. El proceso disciplinario, en relación con la resolución, ha de pasar por distintas etapas respecto de las correspondientes exigencias probatorias. Grado de conocimiento de posibilidad, cuando se inicia el proceso,

⁹² SÁNCHEZ HERRERA Esiquio Manuel, Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, segunda edición, Bogotá, D.C. – Colombia, 2007.

es decir cuando se abre la indagación disciplinaria; probabilidad máxima cuando se le imputa los cargos, y certeza cuando se dicta el fallo o la resolución sancionatoria, la duda razonable da lugar a la ausencia de certeza y por tanto a la absolución. Cada etapa procesal está ligada a la otra como un presupuesto procesal, se constituyen en el proceso del sumario administrativo.

El funcionario competente al realizar la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen. Al hablarse de prevalencia de la justicia se está haciendo referencia a que las decisiones que se adopten al interior del proceso deben consultar la razón, el derecho y la equidad. Un proceso justo es aquel donde se materializan las garantías, aquel que supera la formalidad y en el que el funcionario disciplinario actúa con acatamiento de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

La doctrina, nos señala que “La búsqueda de la verdad tiene una vinculación trascendente con la realización de la justicia material, cuando se encuentra la verdad material y la decisión del juez disciplinario es razonada sobre esa verdad, se está haciendo justicia material. La verdad real es superior a la verdad formal, la primera llega a la verificación de los hechos determinando en concreto lo ocurrido, estableciendo efectivamente lo sucedido, por su parte la verdad formal es la verdad del proceso, esto es, la verdad probatoria, la alcanzada dentro de los términos señalados. El cometido del proceso disciplinario es lograr la verdad real, aquella que consulta lo más lejano, lo más oculto de los hechos y que evidencia la realidad histórica de los sucesos”.

Considero que al proceso disciplinario le compete el respeto de los derechos y garantías que le asisten a las personas que en él intervienen. El proceso disciplinario debe implicar de forma necesaria un equilibrio entre eficacia y garantías. La búsqueda de la verdad y el logro de la justicia deben darse respetando la legalidad del procedimiento y sobre todo validando las garantías y derechos que le asisten a las partes procesales. Es decir respetando los principios fundamentales de la potestad sancionadora.

4.3. El sumario administrativo.

En materia disciplinaria, la antigua Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, derogada por la Ley Orgánica del Servicio Público, realizaba una distinción entre los funcionarios de carrera y aquellos que no lo eran.

En el primer caso, era procedente la instauración de un sumario administrativo, cuyo procedimiento se conserva en la actualidad. Por el contrario, aquellos funcionarios que no eran de carrera, sólo tenían derecho a ser escuchados en única audiencia, luego de la cual se imponía directamente la sanción, con la cual se corría traslado tanto al funcionario como a la Dirección Nacional de Personal. Esta dicotomía fue abolida por la normativa vigente, toda vez que, cualquier funcionario integrante del servicio civil, en la actualidad, tiene el derecho a que se le siga un sumario administrativo y contar con las garantías indispensables, previo a la imposición de cualquier sanción prevista en la ley.

Dentro de las reglas estructurales, la primera consiste precisamente, en la absoluta imprescindibilidad del procedimiento, al establecer que ninguna sanción administrativa puede imponerse sin la previa tramitación del procedimiento legalmente establecido. Es aquí donde aparece el sumario administrativo, como una institución jurídico-administrativa que se aplica a los servidores públicos que prestan sus servicios lícitos y personales en la Administración Pública, cuando éstos cometen ciertos actos o hechos que se encuentran tipificados y sancionados por la ley como infracciones disciplinarias, que hacen presumir graves indicios de responsabilidad administrativa en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho usual de Cabanellas Guillermo, define al SUMARIO ADMINISTRATIVO así: “Denominación de algo irreverente para la justicia autentica, cuyas actividades se imitan y hasta parecen usurparse o desdeñarse, que se estilan en algunos sectores de la administración pública, ante hecho dolosos y sin más denunciables como delitos, o graves irregularidades de carácter disciplinarios, resuelve una investigación a cargo de un funcionario especial, que procede a reunir antecedentes e informes testificable. El mismo funcionario resume los hechos y aprecia si se dan los supuestos de improcedente comportamiento, quienes sean los responsables y en qué conceptos; y hasta se propone la sanción para los culpables”.

El Dr. Jaramillo Ordóñez Herman, al referirse al SUMARIO ADMINISTRATIVO, establece que: “Es un procedimiento administrativo rápido y resumido, que prescinde de algunas formalidades contempladas en los procesos penales y civiles; encaminados a sancionar mediante la suspensión y destitución de los puestos de trabajo a los servidores públicos, por faltas e incorrecciones cometidas”.

El objeto del sumario administrativo es investigar y esclarecer de manera imparcial los hechos suscitados o denunciados y su procedimiento se encuentra normado por el Reglamento a la LOSEP y, se inicia cuando el servidor público ha incurrido en la violación de un deber o ha quebrantado una prohibición expresa y concluye cuando el Director de la Unidad Administrativa del Talento Humanos emite un informe pormenorizado de antecedentes, conclusiones y recomendaciones con el señalamiento de las disposiciones violadas por el incumplimiento de deberes y prohibiciones puntualizadas en las leyes y reglamentos, y si dicha conducta merece una sanción administrativa, la misma que deberá imponerla la autoridad nominadora, o, en su defecto, el sumario serviría para absolver al servidor de las presuntas responsabilidades y consecuentemente recomendar el archivo del expediente.

La Ley Orgánica del Servicio Público define en su artículo 44 al sumario administrativo: “Es el proceso administrativo, oral y motivado por el cual la administración determinará o no el cometimiento, de las faltas administrativas establecidas en la presente ley por parte de una servidora o servidor público.

Por lo tanto, la norma legal dispone que el sumario administrativo se ejecutará en aplicación de las garantías al debido proceso, respeto al derecho a la defensa y aplicación del principio de que en caso de duda prevalecerá lo más favorable a la servidora o servidor. De determinarse responsabilidades administrativas, se impondrán las sanciones señaladas en la presente ley. De establecerse responsabilidades civiles o penales, la autoridad nominadora correrá traslado a los órganos de justicia competente”.

Esta disposición legal tiene plena concordancia con lo señalado en el artículo 77 del Reglamento a la LOSEP, que dice: “La destitución del servidor público constituye la máxima sanción administrativa dentro del sector público; será impuesta únicamente por la autoridad nominadora, CON POSTERIORIDAD AL SUMARIO ADMINISTRATIVO respectivo, y

fundamentada en las causales señaladas en el artículo 48 de la LOSEP y en el ordenamiento jurídico vigente”.

Por lo tanto, la Administración Pública para imponer una sanción al administrado, debe seguir el procedimiento legalmente establecido en nuestra legislación, tal como lo hemos venido sosteniendo en el desarrollo de este trabajo. Es decir que en ningún caso se podrá imponer sanción sin que se haya tramitado el correspondiente sumario administrativo, es decir respetando el principio constitucional de la presunción de inocencia.

En nuestro ordenamiento jurídico, el procedimiento para iniciarle un sumario administrativo a un servidor público, se encuentra claramente descrito en los artículos 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 Y 98 del Reglamento a la LOSE , el cual se encuentra definido por fases o etapas:

Acciones previas:

- Informe remitido a la UATH
- Informe remitido a la autoridad nominadora
- Autorización para iniciar el sumario administrativo
- Inicio del sumario: Auto de llamamiento a sumario administrativo
- Designación de Secretario Ad Hoc.
- De la notificación
- Prueba
- De la contestación
- Audiencia oral
- Informe con las conclusiones y recomendaciones
- Resolución
- La sanción
- Notificación de la sanción

La Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado en reiterados fallos respecto de la destitución de un servidor público sin habersele seguido previamente un sumario administrativo, como un acto administrativo nulo o ilegal.

4.4. Fases del sumario administrativo: iniciación, instrucción y terminación.

La admisibilidad de la instrucción de un sumario administrativo requiere que a título de hipótesis se afirme la existencia de un hecho que puede configurar una falta disciplinaria por parte del servidor público. Para la imposición de las sanciones disciplinarias de destitución a los servidores públicos, se requerirá previamente de un procedimiento denominado SUMARIO ADMINISTRATIVO, en el cual se permitirá al servidor ejercer la garantía constitucional del derecho a la legítima defensa y al debido proceso, respondiendo de esta manera al derecho de los servidores a no ser sancionados disciplinariamente sin antes haberles proporcionado la oportunidad de justificarse, es decir, desvirtuar las presuntas faltas con la presentación de pruebas aceptadas en el Código de Procedimiento Civil, norma supletoria del Derecho Administrativo; sumario mediante el cual, se deberá probar documentada y testimonialmente la existencia o no de infracciones que puedan afectar a la administración pública y al interés público.

La destitución del servidor público constituye la máxima sanción administrativa dentro del sector público y será impuesta únicamente por la autoridad nominadora, luego de haberse seguido el correspondiente sumario administrativo.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 199 establece: “Garantía de procedimiento: 1. El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal establecido; y, 2. En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento”.

Es decir que los procedimientos sancionadores que la administración pública aplique, deberán garantizar al presunto responsable el derecho a ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia, así como a formular las alegaciones y a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico.

Este derecho está claramente definido en la Constitución de la República en su artículo 77 numeral 7 literal a) que establece: “El derecho de toda persona a la defensa incluye: a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las

acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento”.

4.4.1 Iniciación del procedimiento.

Esta etapa de indagación denominada preliminar, debe estar revestida de una actividad probatoria sumamente exigente, conformada por los distintos medios de prueba consagrados en la ley, y en este afán por encontrar la verdad, el funcionario responsable está facultado por iniciativa de parte o propia facultad oficiosa, a realizar las investigaciones para tener la certeza de que evidentemente existe méritos suficientes para abrir la investigación o archivar definitivamente la denuncia o el expediente.

El artículo 78 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, dice: “Cuando se considere que un servidor hubiere incurrido en el cometimiento de una presunta falta que merezca sanción de suspensión temporal sin goce de remuneración o de destitución, el jefe inmediato, desde que tuvo conocimiento del cometimiento de la presunta falta, comunicará el particular por escrito y motivadamente, en el término máximo de 3 días, a la UARHS, adjuntando los antecedentes y pruebas de descargo con que se cuente”.

El tratadista Juan Alfonso Santamaría Pastor, en su obra Principios de Derecho Administrativo General I, sostiene que “este informe denominado facultativo, emitido por el Jefe inmediato del presunto infractor, deberá expresar en primer lugar la identidad de la persona o personas que la presentan (si fuere el caso), el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables”. Continúa manifestando el tratadista citado que “pero para que esto ocurra, es necesario que previamente, se haya realizado alguna actuación previa reservada, cuyo objeto es determinar si realmente concurren las circunstancias que justifiquen tal iniciación, y en particular, a establecer los hechos susceptibles de motivar la decisión, las personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros casos”.

Uno de los aspectos que pretende concretar la indagación es precisamente la identificación del autor, ese supuesto de hecho debe acreditarse, siendo indispensable que se recaude, un acervo probatorio mínimo que ofrezca certeza sobre la persona que se encontraría comprometida en los hechos irregulares, y que serían objeto de la subsiguiente etapa, en la

cual debe estar identificada en debida forma, porque la falta que podría imputársele es eminentemente personal y relacionada con el incumplimiento del deber funcional.

Es indispensable que se determine si la conducta imputada existió, si es típica y esclarecer las circunstancias en que se cometió, demostrando el perjuicio sufrido por parte de la administración y, sobre todo, determinar el grado de responsabilidad de la persona vinculada a la investigación. El conocimiento público que se tenga acerca del posible infractor por el cargo que ostenta y de su desempeño como tal, permitiría la apertura de investigación en su contra, sin que ello pueda tenerse como causal de nulidad, siempre y cuando se le brinden las oportunidades que otorga la ley para ejercer el derecho de defensa y contradicción, que deben tener plena operancia desde el inicio de las averiguaciones disciplinarias y que se hacen efectivos a través de las comunicaciones y notificaciones que deben librarse en cada caso. De esa manera también se está cumpliendo con el principio de publicidad de una decisión en la que se empieza a concretar la imputación en sentido fáctico y jurídico.

Al hablarse de perjuicio, con finalidad de la investigación, no puede entenderse en el sentido de que se esté propiciando un ilícito disciplinario en sentido material, ello no es problema de injusto o de antijuridicidad, sino de graduación de la sanción. Es decir, si se demuestra con la investigación que con la comisión de la falta se produjo un perjuicio económico o de otra índole a la administración, esa circunstancia tendrá especial importancia no para graduar el ilícito, sino exclusivamente para medir la sanción y su especie.

Por lo tanto, este informe que dispone la investigación disciplinaria es de trámite o de sustanciación, pero de naturaleza compleja, es decir, debe ser proferido por el funcionario público con plena competencia, o por quien haya sido delegado para ese efecto. Puede suceder, en algunos casos, de que cuando el funcionario que dicta el informe carece de competencia, esa actuación estará afectada de nulidad.

Informe previo: El artículo 91 del Reglamento a la LOSEP, determina que antes dar inicio al sumario administrativo se deberán cumplir con las acciones precias: 1. Cuando viniere en conocimiento de una autoridad, funcionario o servidor la presunción de la comisión de una falta disciplinaria grave por parte de la o el servidor de la institución, tal información será remitida a la UATH para el estudio y análisis de los hechos que presuntamente se imputan. 2. Conocido y analizado por la UATH estos hechos, en el término de tres días informará a la autoridad nominadora o su delegado sobre la procedencia de iniciar el sumario

administrativo, consignando los fundamentos de hecho y de derecho y los documentos de respaldo, en el caso que hubiere lugar, dicho informe no tendrá el carácter de vinculante. 3. Recibido el informe, la autoridad nominadora o su delegado mediante providencia, dispondrá a la UATH, de ser el caso, el inicio del sumario administrativo, en el término de 5 días.

4.4.2. Inicio del sumario administrativo.

La iniciación del sumario lo hará la autoridad nominadora, en el término máximo de 5 días de haber recibido el informe emitido por la UATH, de ser procedente dispondrá, mediante providencia, el inicio del sumario administrativo, así lo señala el artículo 91 numeral 3 del Reglamento a la LOSEP.

4.4.3 Auto de llamamiento a sumario administrativo.

El artículo 92 del Reglamento a la LOSEP, expresa que a partir de la providencia de la autoridad nominadora o su delegado en la que dispone se dé inicio al sumario administrativo, el titular de la UATH o su Delegado levantará el auto de llamamiento a sumario administrativo en el término de 3 días, indicando en la misma la enunciación de los hechos materia del sumario administrativo y los fundamentos de la providencia expedida por la autoridad nominadora; el señalamiento de 3 días para que comparezca el servidor y dé contestación a los hechos, la obligación de comparecer con un abogado y señalar casillero judicial y la designación del Secretario Ad hoc, que deberá ser posesionado en un término máximo de 3 días a partir de la fecha de su designación.

4.4.4. De la notificación.

El auto de llamamiento a sumario será notificado por el Secretario Ad hoc en el término de un día, mediante una boleta entregada en su lugar de trabajo o mediante tres boletas dejadas en su domicilio o residencia, conforme lo señala el Código de Procedimiento Civil, concediéndole al servidor sumariado el término de 3 días para que conteste sobre los hechos que se le imputan.

4.4.5. De la contestación.

Recibida la notificación la o el servidor, en el término de 3 días, contestará al planteamiento del sumario administrativo, adjuntando las pruebas de descargo que considere le asisten.

4.4.6. Del término de prueba.

Vencido el término concedido para que conteste el sumariado, se procederá a la apertura del término de prueba por 7 días, solicitando las partes la práctica de las pruebas que considere pertinente.

La prueba resulta trascendental para el proceso disciplinario, desde su iniciación, durante su desarrollo con las vicisitudes que a lo largo del mismo se pueden presentar y en su culminación. Esta etapa debe estar revestida de una actividad probatoria sumamente exigente, conformada por los distintos medios de prueba consagrados en la ley.

El complejo mundo del proceso disciplinario con las particulares que dentro de su trámite se pueden presentar, nos obliga a reflexionar sobre cómo la investigación se debe desarrollar, previo al agotamiento de las etapas consagradas en la ley su reglamento, respetando la garantía básica del derecho al debido proceso claramente establecida en el artículo 76 numeral 7 literal h) que dice: “Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presente en su contra”.

De igual manera, se debe destacar la importancia de aplicar el principio de la legalidad de las pruebas y el onus probando, so pena de incurrir en las supraleales causales de nulidad, tal como lo señala el artículo 76 numeral 4 de la Constitución que dice: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

El derecho de defensa debe ser considerado en esta etapa del procedimiento, ya que éste es consecuencia lógica del principio constitucional a un debido proceso y conlleva así mismo el estudio juicioso por parte de la administración pública y de los servidores públicos del aspecto probatorio.

Finalmente, dentro de todo proceso disciplinario, resulta una verdad insoslayable que sólo lo conducente, pertinente, necesario y útil, debe interesar al funcionario disciplinario, quien debe descartar de plano las pruebas manifiestamente superfluas e inútiles, pues es lógico suponer que el administrador disciplinario no puede tomar ninguna determinación basado única y exclusivamente en su sentido común, sino que ha de hacerlo con fundamento en evidencias incorporadas al proceso, las cuales deben ser objeto de un juicioso análisis para lograr la motivación de la decisión disciplinaria.

Las pruebas que deberán ser practicadas por parte de la administración pública, se encuentran enunciadas en el artículo 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, normas supletorias legales aplicables en el desarrollo del procedimiento administrativo.

4.4.7. De las conclusiones y recomendaciones.

Concluida la audiencia oral, el titular de la Unidad Administrativa del Talento Humano o su delegado, en un término de 10 días, previo a la revisión del expediente, lo remitirá a la autoridad nominadora y un informe con las conclusiones y recomendaciones, señalando de ser necesario la sanción que debe imponerse, teniendo en cuenta que este informe no tiene el carácter de vinculante para la decisión que adopte la autoridad o su delegado.

4.4.8. Resolución y la sanción.

Una vez que la autoridad nominadora ha recibido el expediente, deberá emitir una providencia motivada aplicando la sanción correspondiente, la cual deberá ser notificada al sumariado en su domicilio. El titular de la UATH elaborará la acción de personal en la deberá registrar la sanción impuesta, la cual será notificada conjuntamente con la resolución del sumario administrativo.

4.4.9. De la renuncia en sumario administrativo

Puede suceder que en el caso de que la o el servidor, contra quien se haya instaurado un proceso de sumario administrativo presentare su renuncia al cargo que desempeña, la autoridad no la aceptará hasta que concluya el proceso tal como señala el artículo 45 de la

LOSEP, y en caso de abandono del puesto, se continuará con el sumario aún en ausencia del servidor.

4.4.10. De la rehabilitación por destitución

El artículo 100 del Reglamento a la LOSEP determina que la o el servidor que hubiera sido destituido por una causal que no hubiera conllevado responsabilidad civil o penal, ni sea de aquellas relacionadas por indebida administración, manejo, custodia o depósitos de recursos públicos, transcurridos dos años de la fecha de destitución podrá solicitar al Ministerio de Relaciones Laborales su rehabilitación para desempeñar un puesto en cualquier institución que conforma el sector público, menos en la que lo destituyó.

4.5 Prescripción y caducidad.

4.5.1. Prescripción de derechos del servidor para impugnar la sanción.

La Ley del Servicio Público en su artículo 92 establece que las acciones que no tuvieren término, prescribirán en NOVENTA DÍAS, que se contará desde la fecha en que se le hubiere notificado personalmente a la servidora o servidor público con la resolución que considere le perjudica.

4.5.2. Prescripción de acciones de la autoridad nominadora para imponer sanción.

El segundo inciso del artículo 92 de la LOSEP, determina que PRESCRIBIRÁN EN EL TÉRMINO DE NOVENTA DÍAS, las acciones de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contempla esta ley y las sanciones impuestas en cada caso, término que correrá desde la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la infracción o desde que se impuso la sanción.

Al referirse la Ley al “término de 90 días” para impugnar o reclamar un acto administrativo, este tiempo deberá ser contabilizado tomando en cuenta únicamente los días hábiles, excluyendo los sábados y domingos y días festivos. Sucede muchas veces en la práctica administrativa, que una vez expedida la resolución del titular de la entidad mediante la cual

se ordena la sanción, ésta no se la impone, ya sea por no haberse elaborado la acción de personal por parte del jefe o director de recursos humanos o porque elaborada la acción de personal, dicho documento no se ha notificado al servidor dentro del término de los NOVENTA DÍAS, lo que ocasiona PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN O DE LA SANCIÓN de la autoridad para imponer la sanción administrativa.

4.5.3. Caducidad de la acción para accionar.

El término de 90 días para demandar la recuperación o reparación de los derechos del servidor público están concatenados al término que también señala la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 65 cuando determina que el ejercicio del recurso de plena jurisdicción o subjetivo deberá interponerse dentro del término de 90 días. Este derecho a demandar debe entenderse tanto en sede administrativo como en sede judicial.

Se han dado algunas interpretaciones por el Tribunal Contencioso Administrativo de Manabí y Esmeraldas, en el sentido de que no cabe la prescripción de la potestad sancionadora de la administración pública respecto de la sanción del servidor público, aduciendo de que quien debe conocer de la falta de dicha servidora o servidor público, es la autoridad nominadora, lo cual es violatorio al derecho de dichos servidores, puesto que la Ley no especifica que deba ser precisamente la AUTORIDAD NOMINADORA, sino simplemente LA AUTORIDAD, las cuales pueden ser un Director Regional, Provincial, o a un Subsecretario, pero no necesariamente un Contralor, Procurador General o un Ministro de Estado, generando con esta interpretación una imprescriptibilidad de la facultad de sancionar de la administración pública, lo cual genera una situación de inseguridad jurídica.

Así mismo, existen otros pronunciamientos equivocados respecto del tiempo que tiene la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias. Por una parte se dice, que el término de los 90 días comienza a correr a partir de la fecha “en que la autoridad tuvo conocimiento de la falta disciplinaria” que es lo coherente, por la oportunidad y agilidad en la adopción de los correctivos; y la otra, que sostiene que los 90 días se contabilizaran desde los resultados del sumario administrativo, en cuya investigación se determina fundamentalmente la comprobación de la falta, situación que es contraria con los fallos expedidos por la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. (ANEXOS)

CAPÍTULO V

5. INVESTIGACIÓN DE CAMPO

5.1. Población y Muestra.

5.1.1. Población.

La presente investigación está dirigida a los Jueces Principales y Suplentes que laboran en el Tribunal Distrital Nro. 4 de lo Contencioso Administrativo de Manabí y Esmeraldas; a los Abogados en libre ejercicio profesional y, finalmente a los Directores de Asesoría Jurídica de instituciones Públicas de Portoviejo.

COMPOSICIÓN	POBLACIÓN
<ul style="list-style-type: none">• Jueces	6
<ul style="list-style-type: none">• Abogados en el libre ejercicio	20
<ul style="list-style-type: none">• Directores de Asesoría Jurídica	10
TOTAL	36

5.1.2 Muestra

FORMULA:

$$n = \frac{N}{(E)^2(N-1)+1}$$

n= Tamaño de la muestra

N=Población o Universo

E= Margen de Error (0.05)

$$n = \frac{33}{(0.1)^2(33 - 1) + 1} = \frac{33}{0.01(32) + 1} = \frac{33}{1.32} = 25$$

5.2. Instrumentos de recolección de datos.

Los instrumentos que se utilizaron para esta investigación fueron:

- Fichas nemotécnicas
- Guía de Observación de los Juicios (Anexo 8)
- Cuestionario
- Guía de encuesta

5.3. Procedimiento de la investigación.

Quienes proporcionaron la información de los juicios fue la Secretaria del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Manabí y Esmeraldas.

En las encuestas se realizaron preguntas abiertas, las mismas que fueron respondidas por los Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Manabí y Esmeraldas, los Abogados que llevan Juicios Administrativos y los Directores de Asesoría Jurídica de las Instituciones Públicas de Portoviejo.

ENCUESTA APLICADA A LOS JUECES PRINCIPALES Y JUECES SUPLENTE DEL TRIBUNAL DISTRITAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CUADRO # 1

En el ejercicio de la Potestad Disciplinaria ¿La Administración Pública cumple con la aplicación de garantías básicas constitucionales a los servidores públicos en sede administrativa?

ALTERNATIVAS	F	%
SI	0	0%
NO	6	100%
TOTAL	6	100%



El 100% equivalente a 6 jueces principales y suplentes del Tribunal Contencioso Administrativo de Manabí y Esmeraldas expresan que no se cumple con las garantías del debido proceso en sede administrativa al sancionar a un servidor público.

CUADRO # 2

¿La Administración Pública cumple de manera inmediata con la ejecución de la sentencia que le ha sido adversa a sus intereses?

ALTERNATIVAS	F	%
SI	1	17%
NO	5	83%
TOTAL	6	100%

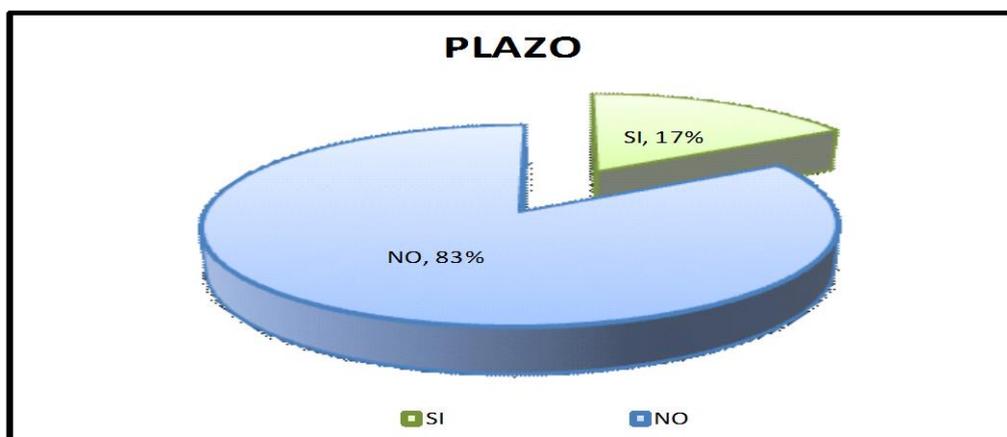


En esta pregunta nos podemos dar cuenta que el 17% equivalente a 1 juez dice que si existe la predisposición de la Administración Pública para cumplir con la ejecución de la sentencia mientras que el 83% equivale a 5 jueces expresan que no existe esa predisposición para ejecutar las sentencias.

CUADRO # 3

En el ejercicio de su potestad sancionadora, la Administración Pública impone las sanciones a los servidores públicos dentro del plazo que señala la Ley Orgánica del Servicio Público?

ALTERNATIVAS	F	%
SI	1	17%
NO	5	83%
TOTAL	6	100%



Al realizar el análisis encontramos que el 83% equivalentes a 5 jueces no cumplen con el plazo que señala la LOSEP al momento de imponer sus sanciones a los servidores públicos, solo el 17% lo hace.

CUADRO # 4

La potestad sancionadora que ejerce la Administración Pública la realiza con fines de juzgamiento o de manera adicional?

ALTERNATIVAS	F	%
Fines de juzgamiento	6	100%
Perfeccionamiento de la prestación del servicio	0	0%
TOTAL	6	100%

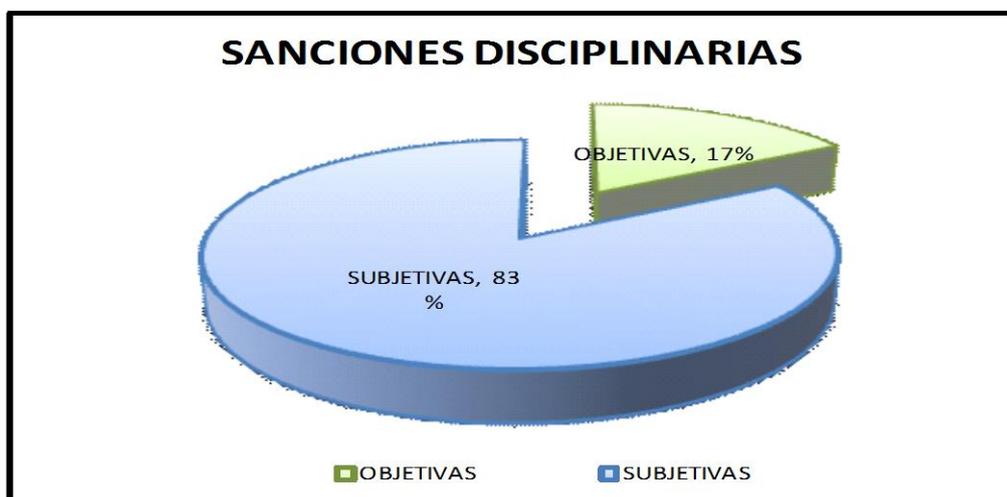


El 100% de los jueces de acuerdo al análisis respondieron que la potestad sancionadora que ejerce la Administración Pública al servidor público, se la hace con fines de juzgamiento de acuerdo a los intereses de cada funcionario.

CUADRO # 5

La Administración Pública al imponer las sanciones disciplinarias ¿las realiza en base criterios objetivos o, a supuestos estimativos de carácter subjetivo?

ALTERNATIVAS	F	%
OBJETIVAS	1	17%
SUBJETIVAS	5	83%
TOTAL	6	100%

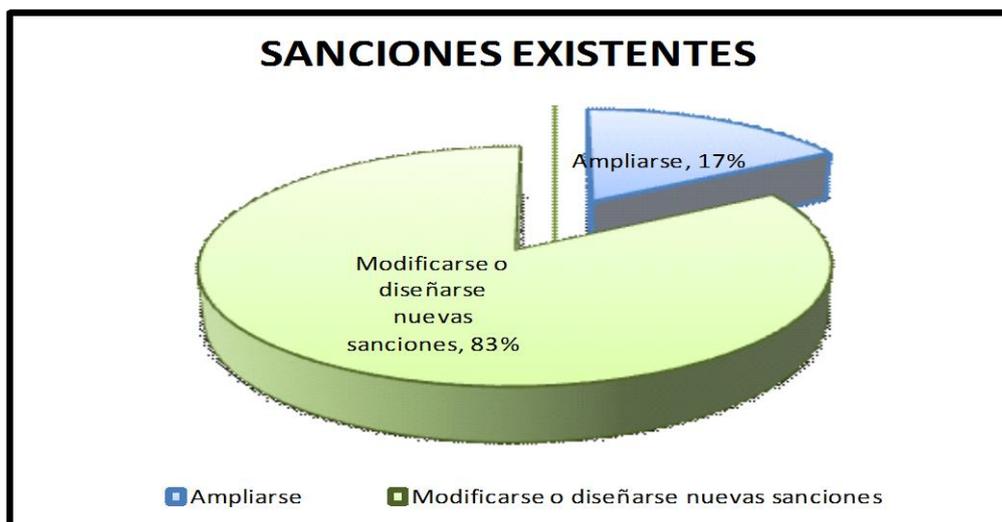


Al analizar los datos podemos darnos cuenta que el 83% opinaron que la Administración Pública, al momento de imponer las sanciones disciplinarias a los servidores públicos, lo hace obedeciendo a criterios estimativos, no a criterios científicos – técnicos u objetivos.

CUADRO # 6

Considera usted las sanciones podrían reducirse, ampliarse, modificarse o diseñarse nuevas sanciones?

ALTERNATIVAS	F	%
Reducirse	0	0%
Ampliarse	1	17%
Modificarse o diseñarse nuevas sanciones	5	83%
TOTAL	6	100%



El 83% equivalente a 5 jueces se pronuncia que deben modificarse o diseñarse nuevas sanciones para los servidores públicos, mientras que el 17% dice que debe ampliarse las sanciones existentes hacia los mismos.

ENCUESTA APLICADA A LOS DIRECTORES DE ASESORÍA JURÍDICA DE INSTITUCIONES PÚBLICAS

CUADRO # 1

La Administración Pública en el ejercicio la Potestad Disciplinaria, ¿cumple con las garantías del debido proceso en sede administrativa al sancionar a un servidor público?

ALTERNATIVAS	F	%
SI	2	20%
NO	8	80%
TOTAL	10	100%



El 80% equivalente a 8 Directores de Asesoría Jurídica de varias instituciones públicas no cumplen con las garantías del debido proceso al momento de sancionar a un servidor público, en algunos casos presionados por la autoridad nominadora solo hacen es una simulación y así violan las garantías del debido proceso.

CUADRO # 2

¿Existe predisposición de la Administración Pública para cumplir con la ejecución de la sentencia que le ha sido adversa a sus intereses?

ALTERNATIVAS	F	%
SI	0	0%
NO	10	100%
TOTAL	10	100%

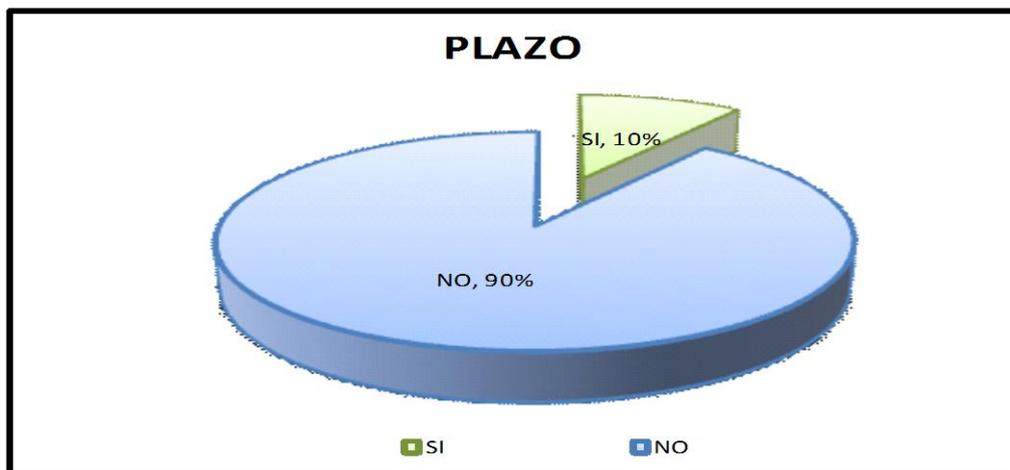


El 100% equivalente a 10 Directores jurídicos expresan que no existe la predisposición para ejecutar las sentencias perjudicando así a la parte procesal que ha sido favorable y además incumpliendo con los principios de celeridad y eficiencia establecidos en la constitución.

CUADRO # 3

La Administración Pública al imponer las sanciones a los servidores públicos en el ejercicio de su potestad sancionadora, ¿lo hace dentro del plazo que señala la Ley Orgánica del Servicio Público?

ALTERNATIVAS	F	%
SI	1	10%
NO	9	90%
TOTAL	10	100%

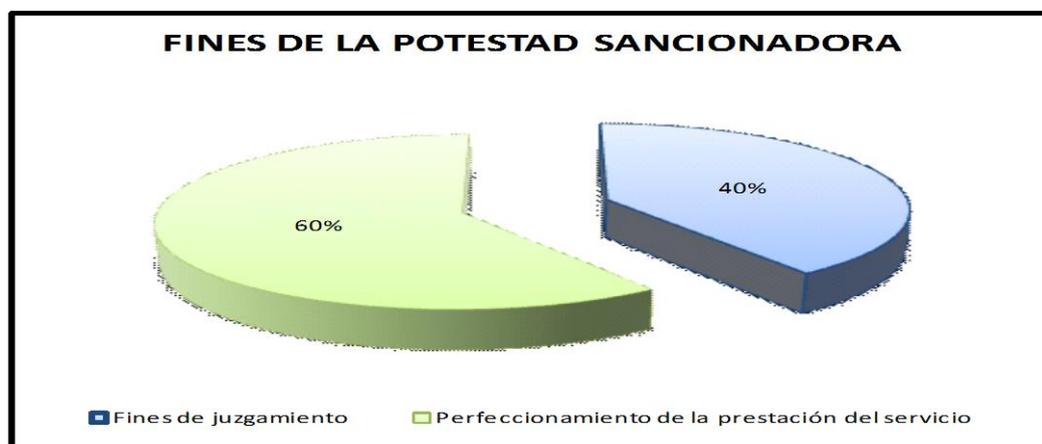


El 90% no cumple con el plazo al momento de imponer las sanciones al servidor público de acuerdo como lo estipula la ley, por lo que violentan las leyes y los derechos de los servidores públicos.

CUADRO # 4

La Administración Pública al momento de ejercer la potestad sancionadora al servidor público, ¿la realiza con fines de juzgamiento o de manera adicional para perfeccionar la calidad en la prestación del servicio público?

ALTERNATIVAS	F	%
Fines de juzgamiento	4	40%
Perfeccionamiento de la prestación del servicio	6	60%
TOTAL	10	100%



De acuerdo a la encuesta realizada el 60% se pronunció, afirmando que la potestad sancionadora que ejerce la Administración Pública en contra del servidor público, la ejercita con fines de perfeccionamiento de la prestación de servicio logrando con esto la salida del servidor, por convenir a los intereses de la autoridad nominadora.

CUADRO # 5

Las sanciones disciplinarias que impone la Administración Pública ¿obedecen a criterios objetivos o, a supuestos estimativos de orden subjetivo?

ALTERNATIVAS	F	%
OBJETIVAS	0	0%
SUBJETIVAS	10	100%
TOTAL	10	100%

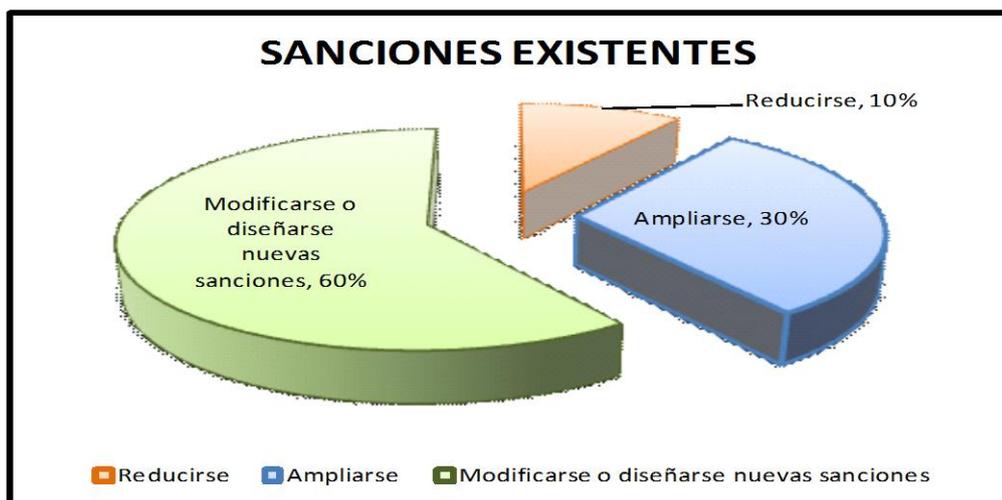


Al analizar los datos se puede apreciar que el 100% de los directores jurídicos de instituciones públicas obedecen a supuestos estimativos al momento de imponer la sanción disciplinaria y no lo hacen de acuerdo a la objetividad del caso, lo que nos dice que todo se hace a conveniencia de la autoridad nominadora.

CUADRO # 6

Considera que las actuales sanciones administrativas podrían reducirse, ampliarse, modificarse o diseñarse nuevas sanciones?

ALTERNATIVAS	F	%
Reducirse	1	10%
Ampliarse	3	30%
Modificarse o diseñarse nuevas sanciones	6	60%
TOTAL	10	100%



El 60% equivalente a 6 Directores de acuerdo a su criterio expresan que deben modificarse o diseñarse nuevas sanciones, pero un poco más fuerte a las existentes, tomando en cuenta el acto realizado por el servidor público de la entidad. Mientras que un 30% dicen que deberían ampliarse.

ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL

CUADRO # 1

Considera Usted que la Administración Pública en el ejercicio de la Potestad sancionadora ¿cumple con la aplicación de las garantías del debido proceso en sede administrativa?

ALTERNATIVAS	F	%
SI	3	15%
NO	17	85%
TOTAL	20	100%

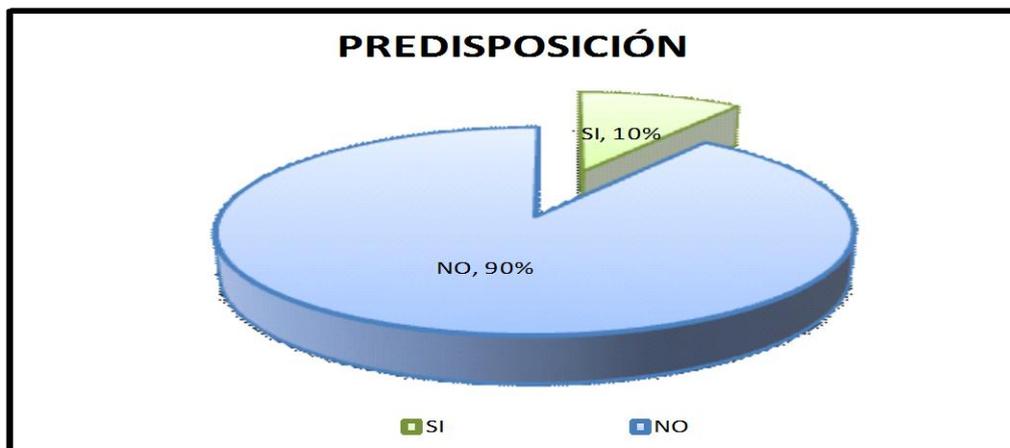


El 85 % de los abogados expresan que no se cumplen con las garantías del debido proceso, ya que la misma administración pública de la institución se encarga de violarlas.

CUADRO # 2

¿Cree usted que existe predisposición por parte de la Administración Pública para cumplir con la ejecución de la sentencia cuando ésta es adversa a sus intereses?

ALTERNATIVAS	F	%
SI	2	10%
NO	18	90%
TOTAL	20	100%

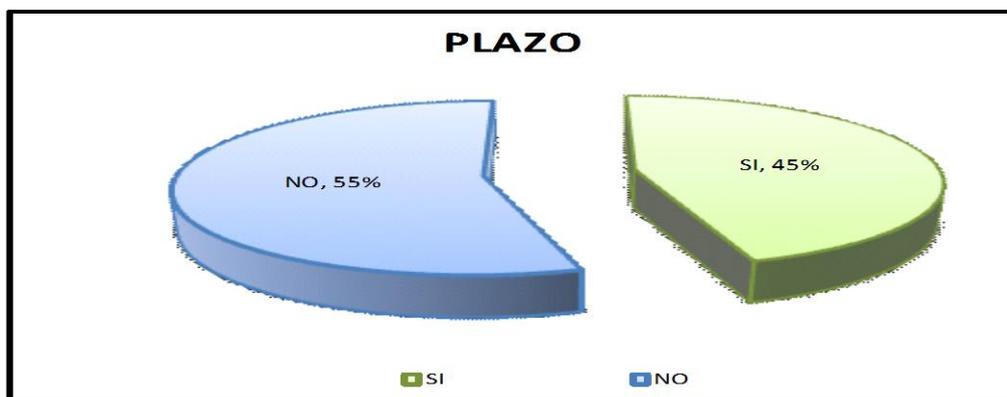


EL 90 % de los abogados dicen que no existe la predisposición para cumplir con la ejecución de la sentencia, ya que las entidades a veces no tienen la disponibilidad económica para hacerlo o en algunas ocasiones los reintegran a sus puestos de trabajos porque estos han sido ocupados.

CUADRO # 3

Está usted de acuerdo en que la imposición de sanciones por parte de la Administración Pública a los servidores públicos en el ejercicio de su potestad sancionadora, lo hace fuera del plazo previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público?

ALTERNATIVAS	F	%
SI	9	45%
NO	11	55%
TOTAL	20	100%

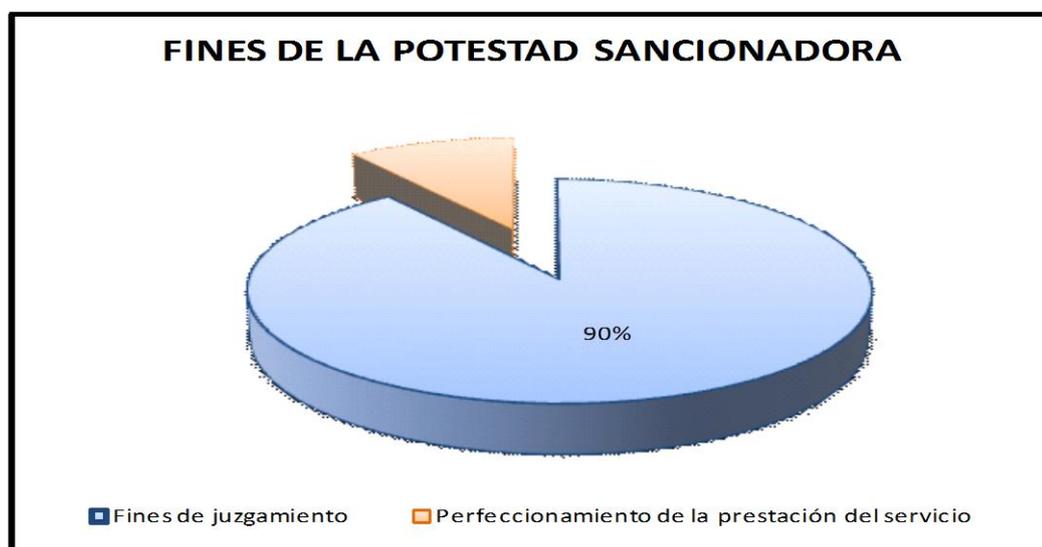


El 45 % equivalente a 9 encuestados expresan que si se cumplen con el plazo previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público, mientras que el 55% no lo hacen en el plazo previsto sino que lo realizan extemporáneamente y por lo tanto no cumplen con la Ley.

CUADRO # 4

Considera usted que la Administración Pública al ejercer su potestad sancionadora al servidor público, ¿la impone con fines de juzgamiento o de manera adicional para el perfeccionamiento de la prestación del servicio?

ALTERNATIVAS	F	%
Fines de juzgamiento	18	90%
Perfeccionamiento de la prestación del servicio	2	10%
TOTAL	20	100%



EL 90% al momento de imponer una sanción la ejercen con fines de juzgamiento argumentando que cumplen la ley y el 10% considera que lo hace para que se tomen las acciones correctivas necesarias para que el sancionado mejore la calidad en la prestación del servicio público.

CUADRO # 5

Considera usted que las sanciones disciplinarias que impone la Administración Pública obedecen a criterios objetivos o, a supuestos subjetivos?

ALTERNATIVAS	F	%
OBJETIVAS	3	15%
SUBJETIVAS	17	85%
TOTAL	20	100%

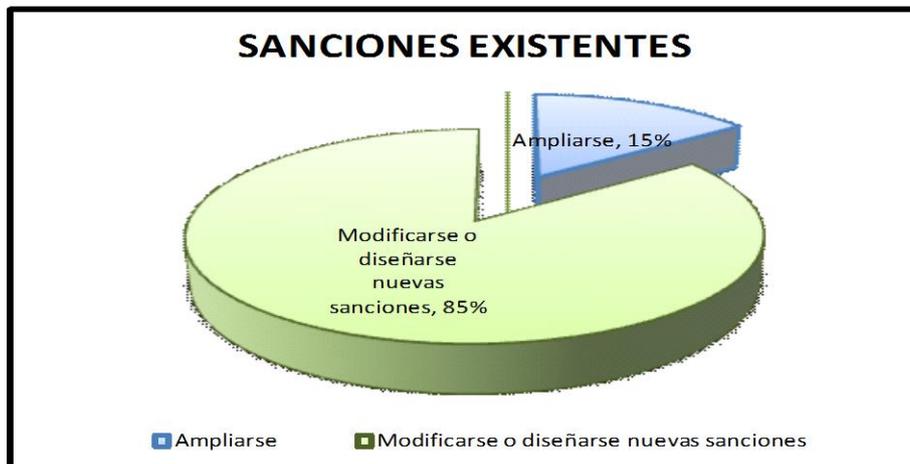


El 85% de las sanciones disciplinarias obedecen a criterios subjetivos, debido al favoritismo de los superiores a sus servidores, lo que hacen que no se cumpla con la objetividad de las mismas.

CUADRO # 6

Cree usted que las sanciones existentes ¿podrían reducirse, ampliarse, modificarse o diseñarse nuevas sanciones?

ALTERNATIVAS	F	%
Reducirse	0	0%
Ampliarse	3	15%
Modificarse o diseñarse nuevas sanciones	17	85%
TOTAL	20	100%



El 85% de los encuestados concordaron que deben modificarse o diseñarse nuevas sanciones a los servidores públicos, y que deben de ser correctivas y lesionadoras para los servidores, con el fin de que estos no vuelvan a cometer la infracción.

CONCLUSIONES

La Ley Orgánica del Servicio Público regula la relación entre la administración y sus servidores públicos, y es ejecutada a través de su Reglamento con las excepciones para las obreras y obreros y para los servidores públicos que laboran en las empresas públicas y un régimen especial para un sector de instituciones que también conforman el sector público.

La Administración Pública ejerce su potestad sancionadora, a través de la aplicación del derecho administrativo sancionador, mediante un procedimiento previamente establecido en el Reglamento a la LOSEP.

El objetivo de la LOSEP y su Reglamento, está encaminado a la formación integral del servidor público, en las áreas profesional, técnico y personal, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, calidez, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación.

Uno de los objetivos del derecho sancionador es responder a las exigencias de la sociedad de que quienes conforman la Administración Pública brinden un servicio eficaz, eficiente y de calidad a los administrados, cuyo incumplimiento merece una sanción ejemplarizadora, previamente tipificada en la ley y desarrollada en el reglamento correspondiente.

En el Ecuador no existe unidad de procesos administrativos sancionadores, puesto que las entidades que conforman la estructura del Estado, según las especificaciones propias de la naturaleza del servicio que prestan, se rigen por sus propios ordenamientos jurídicos, por ejemplo la administración pública central se rige por la LOSEP y su Reglamento, exceptuando a la Función Legislativa, Magisterio Nacional, Servicio Exterior y Miembros de la Comisión de Tránsito del Guayas, en el cual consta su régimen disciplinario, así como también sus trabajadores que laboran en las Empresas Públicas.

De las Encuestas realizadas a Directores del talento Humano, se ha podido determinar que una gran mayoría, no son servidores conocedores del procedimiento, y es allí donde mayormente se ocasiona la vulneración de los principios de aplicación de los derechos, aquello está reflejado en la interpretación de los resultados de campo.

Igualmente, las entrevistas a Jueces y abogados en libre ejercicio profesional, nos dan la pauta para afirmar que la Administración Pública al ejercer la potestad disciplinaria, incumple con las garantías básicas del debido proceso y derecho a la defensa, prescripción en la imposición de sanciones y las sanciones impuestas obedecen más a criterios subjetivos que objetivos, así como también se ha podido comprobar que existe una falta de interés en ejecutarse una sentencia que le ha sido adversa a los intereses de la Administración

Los fallos analizados dan una muestra clara del respaldo legal que tienen los servidores públicos en sus cargos cuando son destituidos de sus cargos irrespetando el debido proceso.

Los servidores públicos se esfuerzan para que las funciones a ello encomendadas, sean cumplidas con responsabilidad y esmero, pero a la hora de imponer una sanción, se vulneran sus derechos aplicando sanciones desproporcionadas.

La forma de disponer la separación de sus cargos a los servidores públicos por el cambio de gobierno es injustificada y contribuye al deterioro de la justicia y el menoscabo de la economía de ellos, pues, pasan directamente al desempleo;

RECOMENDACIONES

Recomendar que el Estado dicte medidas efectivas que garanticen la estabilidad de los servidores públicos en sus cargos;

Recomendar a los órgano jurisdiccional, actúen aplicando los principios de la administración de justicia, otorgando una verdadera tutela judicial efectiva, reintegrando a aquellos servidores públicos ilegalmente destituidos y pagándoles sus remuneraciones dejadas de percibir desde que fueron separados de sus cargos.

Exhortar a las autoridades gubernamentales para que cesen tales disposiciones, de separar a los servidores públicos de sus cargos irrespetando el debido proceso.

Que el Estado, a través de su institución correspondiente, disponga la unificación de un CODIGO DISCIPLINARIO UNICO para todos los servidores públicos de todas las instituciones que conforman el sector público.

Denunciar el abuso de autoridad de los representantes ocasionales de las instituciones públicas quienes han procedido sin ninguna justificación legal a separar de sus cargos a los servidores públicos;

Recomendar a las autoridades de las instituciones públicas que cumplan con su deber estrictamente legal y con respeto de los derechos humanos;

Desarrollar políticas públicas que incentiven la honorabilidad de los servidores públicos, muchas veces cuestionados sin fundamento por las autoridades seccionales de turno, con el propósito de justificar la separación de aquellos de sus cargos;

Organizar veedurías ciudadanas encaminadas a hacer el seguimiento de los procesos judiciales por las demandas de los servidores públicos separados de sus cargos sin respeto al debido proceso.

Recomendar que la Asamblea Nacional apruebe la Ley de Repetición, para que el Estado, inicie la acción de repetición en contra de la autoridad que con su actuación dio lugar a que el Estado indemnice a un servidor público que fue destituido de su cargo de manera ilegal.

Que el Estado a través del Ministerio correspondiente, envíe un proyecto de reformas tendientes a concretar el principio de unidad jurisdiccional, mucho más que en el inciso cuarto del numeral cuarto del Art. 3 de la nueva Ley Orgánica del Servicio Público, determina que el Ministerio de Relaciones Laborales controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal dentro de los cuales se debe entender el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, que se rijan por leyes especiales

BIBLIOGRAFÍA

AYALA CALDAS, Jorge Enrique, (2006), La responsabilidad de los Servidores Públicos, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá- Colombia.

AVILA SANTAMARÍA, Ramiro, (2011), Los Derechos y sus Garantías, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito Ecuador.

CARBONELL, Miguel, (2011), Argumentación Jurídica: El juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México.

DROMI, Roberto, (2003), Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, Edición rustica, Buenos Aires – Argentina.

FERRAJOLI ,Luigi, (2005), Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, 7ma. Edición, Madrid España.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, (2004), Curso de Derecho Administrativo, Tomos I y II, Novena Edición, Thomson Civitas, Madrid-España.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, (2007), Dogmática del Derecho Disciplinario, Editorial Panamericana formas e Impresos S.A, cuarta Edición, Colombia, Octubre 20

GORDILLO, Agustín, (2003), Tratado de Derecho Administrativo, tomo II y IV, Cuarta. Edición, Buenos Aires – Argentina.

GOZAINI, Oswaldo Alfredo, (2004), El Debido Proceso, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina.

GUZMAN NAPURÍ, Cristian, (2004), La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General, ARA Editores EIRL, Perú.

GARRIDO FALLA, Fernando y Otros, (2005), Tratado de Derecho Administrativo, vol.1.14 va. Edición, TECNOS, Madrid.

GARCÍA FIGUEROA, A., (1998), Principios y Positivismo Jurídico, CEPC, Madrid España.

MOREY PRINCIPE, Freddy, (2008), El proceso Administrativo Disciplinario, Editorial Rodhas, Perú.

MORALES TOBAR, Marcos, (2010), Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1era. Edición, Quito-Ecuador.

NIETO, Alejandro, (2002), Derecho Administrativo Sancionador, Editorial TECNO, Madrid-España.

LAFUENTE BENACHES, Mercedes, (1996), El Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos de la administración del Estado, Valencia, Tirant lo Blanch.

PALACIOS JARAMILLO, Martha Inés, (2001), Debido Proceso Disciplinario, 1ra. Edición, Editorial ABC, Bogotá – Colombia.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón, (1999), Manual de Derecho Administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón, (1972), El Poder Sancionador en la Administración y la crisis del sector judicial penal) Editorial Marcial Pons, Madrid.

PARRA GUTIERREZ, William René, (2011,) Derecho Administrativo Disciplinario, Tercera Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá- Colombia.

PÉREZ CAMACHO, Efraín, (2009), Manual de Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador.

REPETTO, Alfredo R. (2008), Procedimiento Administrativo Disciplinario, Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires – Argentina.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel (2007) Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Edición Nueva Jurídica, 2da. Edición.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2004) Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I y II, Primera Edición, Madrid.

ISAZA SERRANO, Carlos Mario (2009) Teoría General del Derecho Disciplinario, segunda edición, EDITORIAL TEMIS S.A., Bogotá-Colombia.

ZAVALA EGAS, Jorge, (2005) Derecho Administrativo, Editorial Edino, tomo I, Guayaquil Ecuador.

ZAVALA EGAS, Jorge, (2007) Derecho Administrativo, Editorial Edino, tomo II, Guayaquil Ecuador.

LEYES Y CÓDIGOS

Constitución de la República del Ecuador, (Registro Oficial Nro. 449 de 20 octubre de 2008) última modificación 13 Julio 2011 Quito-Ecuador.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 35, Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968) última modificación el 28 de diciembre de 2001, Quito Ecuador.

Ley Orgánica del Servicio Público (Registro Oficial Suplemento 294 de 6 de octubre de 2010, Quito Ecuador.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público (Registro Oficial Suplemento 18 de 1 de abril de 2011) última modificación 30 de septiembre de 2013, Quito Ecuador.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Ley 73, Registro Oficial Suplemento 95 de 12 de junio de 2001) última modificación 11 de agosto de 2009, Quito Ecuador.

Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, (Decreto Ejecutivo 548 Registro Oficial 119 de 7 de julio de 2003, Quito Ecuador.

Ley Orgánica de Empresas Públicas (Registro oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009) última modificación 14 de octubre de 2013, Quito Ecuador.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010, Quito Ecuador.

Ley de Modernización del Estado (Ley 50, Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993) última modificación 27 de febrero de 2009.

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y de Homologación del sector público (Registro Oficial Nro. 16 de 12 de mayo de 2005) actualmente derogada por la LOSEP.

Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (Decreto Ejecutivo 474, Registro Oficial Suplemento 505 de 17 de enero de 2005) en la actualidad derogado por el Reglamento a la LOSEP.

Código de Procedimiento Civil (Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005) última modificación 24 de noviembre de 2011.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (2002) Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 de 18 de marzo 2002, última modificación 21 octubre 2013.

ANEXO Nro. 1

SENTENCIAS

- 27-XI-2001 (Resolución No. 339-2001, R.O. 556, 16-IV-2002)

- DESTITUCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO: Derecho de defensa

“... SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por el demandado Ab. S. C., se funda en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y aduce que en la decisión recurrida existe aplicación indebida de los artículos 87 y 114 literal a) de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Art. 62 del Reglamento de Personal de la Superintendencia de Compañías; Art. 64 del Reglamento General de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Art. 23 de la Constitución; por otro lado la actora economista M. B., funda su recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y aduce que en la decisión recurrida existe falta de aplicación de lo dispuesto en los artículos 20, 24 numeral 3, artículo 35 y 273 de la Constitución Política de la República. Además la actora aduce en su escrito de interposición del recurso que el Tribunal inferior ‘ha incurrido en la falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, al señalar en su parte dispositiva o resolutive que no tengo derecho al pago de remuneraciones y más conquistas sociales por no ser la actora servidora pública de carrera, cuando no existe norma legal o reglamentaria que establezca expresamente que los servidores públicos no considerados de carrera, no tengamos derecho a percibir las remuneraciones y más beneficios legales por el trabajo realizado...’

TERCERO.- Para resolver sobre el recurso de casación interpuesto por el Ab. S. C., a nombre de la Superintendencia de Compañías, es necesario observar lo siguiente: los artículos 86 y 87 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, señalan en su orden la escala de calificaciones, que merecen los servidores públicos, de acuerdo con su rendimiento comenzando desde inaceptable hasta excelente; y, el Art. 87 establece cuáles son los efectos de la calificación, regulando que el servidor público que mereciere la calificación de deficiente, volverá en el lapso de tres meses a ser calificado y, en caso de merecer igual calificación, será considerado como inaceptable. Agrega dicha norma que el empleado que mereciere la calificación de inaceptable perderá automáticamente su puesto. Esta norma es concordante con lo dispuesto en el literal a) del Art. 114 del mismo cuerpo legal que expresa que son causales de destitución, entre otras, la incapacidad o falta de probidad en el desempeño de sus funciones según lo dispuesto en el Art. 87 de la misma ley, antes referido. Ciertamente es que las normas legales antes indicadas hablan de la pérdida automática del puesto, así como de la destitución del funcionario que haya merecido en forma reincidente, la calificación de deficiente, como es el presente caso. Sin embargo, el Art. 64 del Reglamento General de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa establece de manera clara y precisa, el reconocimiento del derecho a favor de los servidores para no ser sancionados sin antes proporcionárseles la oportunidad de justificarse. Agrega esta disposición reglamentaria lo siguiente: ‘Para imponer a un servidor que no sea de carrera cualquiera de las sanciones previstas en el Art. 62 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (se refiere a las sanciones disciplinarias que van desde la amonestación hasta la destitución) se les escuchará previamente en audiencia de lo cual se dejará constancia escrita’ (lo agregado entre paréntesis es nuestro). Estas normas legales y reglamentarias guardan armonía con lo ordenado en el Art. 23 de la Constitución Política de

la República, que establece que el Estado reconocerá y garantizará a las personas, entre otras el derecho al debido proceso. Para asegurar el debido proceso, la misma Constitución ordena que deben observarse, entre otras, las siguientes garantías básicas: que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento y que toda persona tiene derecho a ser oportuna y debidamente informada de las acciones iniciadas en su contra. En el presente caso, como bien afirma el Tribunal inferior en su sentencia, la Superintendencia de Compañías debió ordenar la apertura del expediente administrativo para que se convoque a audiencia, es decir que debió darse a la funcionaria la oportunidad de que se defienda, puesto que el Superintendente de Compañías, en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 62 del Reglamento de Personal de la institución, dispone la conformación de una Comisión de Reevaluación integrada por el Asesor General, la Subintendente Financiera y Administrativa y la Subdirectora Administrativa, sin opción al derecho de defensa de la actora, al no hacerlo se han violado las normas legales, reglamentarias y constitucionales referidas por el mismo recurrente, la Superintendencia de Compañías; es decir que no existió el debido proceso, para que la actora pueda presentar sus argumentos de defensa. Por estas razones, se considera improcedente el recurso de casación interpuesto por la demandada Superintendencia de Compañías.

CUARTO.- En cuanto al recurso presentado por la actora, se debe considerar lo siguiente:

a) El recurso de casación es un recurso de carácter restrictivo, formal y completo, es decir, de estricto rigor legal para su procedencia, conforme lo exige la ley, la doctrina y la jurisprudencia concordante de la Corte Suprema de Justicia y, obviamente la de esta Sala, manifestada a través de reiterados fallos. En el caso, se enuncia como causal la primera del artículo 3 de la ley de la materia, sin precisar de modo inequívoco y concluyente, si adolece el fallo de vicios 'in iudicando' como aplicación indebida de normas de derecho o procesales, lo que ocurre cuando se aplica una norma ajena al asunto materia de la decisión; o falta de aplicación que es igual a ausencia de la norma jurídica; o, por fin, interpretación errónea que consiste en aplicar la norma correspondiente pero dándole un sentido o alcance distinto del que lo tiene; además, si se alega falta de aplicación de una norma de derecho o procesal, no se puede alegar al mismo tiempo, su errónea o equivocada interpretación; no es posible exigir su reconocimiento y simultáneamente atacar su escogencia; o a la inversa, porque al impugnar su selección la tilda de impertinente. Precisa relieves, conforme al criterio vinculante sostenido por la Sala en muchos casos, que por la naturaleza del recurso, no le corresponde a la Sala casacional suplir deficiencias del recurrente o enmendar falencias y errores. Por estas razones, no se toma en cuenta lo referido en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 del recurso; b) En cuanto a lo que afirma la actora que en el fallo del Juez 'a-quo' se ha dejado de aplicar lo dispuesto en los Arts. 20, 24 numeral 3, Arts. 35 y 273 de la Constitución, se debe anotar lo siguiente: el Art. 20 de la Constitución, indica que las instituciones del Estado estarán obligadas a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos y que las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes. En el presente caso, la Superintendencia de Compañías, como institución del Estado, no ha causado a la actora un perjuicio como consecuencia de la prestación deficiente de un servicio público, puesto que la

actora al ser funcionaria pública, era ella quien prestaba el servicio a los usuarios de la Superintendencia de Compañías, por lo tanto, dicha norma no es aplicable para el caso de la reclamación formulada por la recurrente. Por otro lado, el numeral 3 del Art. 24 de la Constitución establece que para asegurar el debido proceso, entre otras garantías, se debe observar que las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones, por cuya razón, y en el presente caso, debemos remitirnos a las normas de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que es la aplicable para el caso que se ventila, en cuyo cuerpo legal, se establece el derecho al pago de las remuneraciones, pero únicamente a los funcionarios que sean de carrera, conforme lo establece el inciso segundo del Art. 112 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 108 del mismo cuerpo legal por cuya razón, bien hizo el Tribunal inferior en negar la pretensión de la actora en lo referente al pago de las remuneraciones y más conquistas sociales por todo el tiempo en que estuvo fuera del cargo y además, sin lugar a indemnizaciones. En cuanto a la no aplicación del Art. 35 de la Constitución, se debe indicar que, en vista de que la recurrente no ha manifestado en forma expresa y clara cuál de los catorce numerales ha sido infringido, este Tribunal no analiza tal particular, criterio concordante con lo referido en el Art. 273, aludido por la misma recurrente, en el sentido de que las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes. Por las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechazan los recursos de casación interpuestos por las partes litigantes, quedando en firme el fallo del inferior. ...”

ANEXO 2

- 23-V-2000 (Resolución No. 119-2000, R.O. 162, 13-IX-2000)

- FACULTAD DISCRECIONAL DE LA COMISIÓN DE CRÉDITO DEL B.E.V.

- ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN Y NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

" VISTOS: (...): El abogado W.S., Gerente de la Sucursal Mayor del Banco Ecuatoriano de la Vivienda (BEV), interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, en el juicio seguido en su contra por el Ab. A. C. Procurador Judicial de A. S. Elevado el recurso a esta Sala y agotado su trámite, para decidir, se hacen las siguientes consideraciones: ...

SEGUNDA.- La sentencia cuestionada declara la ilegalidad de la resolución y la nulidad del acto administrativo mediante el cual la Comisión de Crédito anuló la carpeta de adjudicación de vivienda a la madre de la actora representada por el Procurador Judicial y favoreció con dicha resolución a H. G.; además, dispone que el BEV `reconozca los derechos de la accionante por lo que recupera la adjudicación que le favoreciera a su difunta madre...', y ordena que se proceda a celebrar la escritura de adjudicación de la villa 4 de la manzana 259-F-38 de la ciudadela Sauces VI.

TERCERA.- El recurrente en un extenso escrito de interposición, alega la infracción de cincuenta y cinco normas comprendidas en la Constitución Política de la República y varias leyes en vigencia, pero, no obstante lo dilatado de este escrito, cuando se refiere a las causales en las que funda su recurso, se limita a decir; aplicación indebida de normas de derecho contempladas en la causal primera; aplicación indebida de normas procesales; aplicación indebida de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba contemplados en la causal tercera; y adopción de decisiones incompatibles con la Ley del Banco de la Vivienda, sus estatutos, sus reglamentos de inversiones y préstamos y resoluciones del Directorio. Por último, en los fundamentos del recurso en resumen, sostiene lo siguiente: a) Incompetencia del Tribunal por aplicación indebida del Art. 5, inciso 1o. y 2o. y Art. 6, literal a), sin indicar a qué ley o reglamento pertenece esta disposición ni referirse a la causal primera; además en esta parte se refiere a que `no hay procedimiento de entrega por adjudicación'; b) Incompetencia del Tribunal `porque el art. 6 señala que no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa las cuestiones contempladas en los literales a) y b)', se entiende, aunque no lo dice, que se trata de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa porque después expresa que la naturaleza jurídica de carácter civil pertenece a la jurisdicción ordinaria, conforme el literal b) del Art. 6 de la ley `ibidem'; c) Dice que la causal segunda se fundamenta en el considerando segundo de la sentencia y que si se hubiere aplicado debidamente el Capítulo IV de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el Tribunal hubiera tenido cuidado en reparar `que el acto impugnado no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa' por lo cual alega aplicación indebida de las normas contenidas en el citado capítulo; d) Sostiene que las decisiones de la Comisión de Crédito no son actos administrativos refiriéndose al Art. 5, inciso 2o. de la Ley del BEV; e) Sin precisar el modo de la infracción, dice que se violó el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al no haberse demandado al representante legal del BEV que es el Gerente General, lo cual sostiene que anula el proceso; f) Añade así mismo, sin especificar el modo de la infracción, que se violó el Art. 30, literales c) y d) de la

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no se hizo uso del artículo 32 y que se dio curso a la aplicación indebida del Art. 33 de la misma ley; g) Respecto a la tercera causal se refiere a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba y cita el artículo 290 sin indicar la ley de la que forma parte, y a los artículos 118, 119, 120 y 121 del Código de Procedimiento Civil; y, h) Dice que la señora madre de la reclamante era una ocupante ilegal de la vivienda sin haber legalizado su tenencia por compra que no se dio; añade que los valores entregados por pagos iniciales, se imputaron a la ocupación como arrendamiento por el tiempo que duró la ocupación de conformidad con lo establecido en el Art. 33 inciso primero y segundo y sus reformas del Reglamento de Préstamos e Inversiones del BEV; por fin, al explicar la alegación sobre la causal quinta dice que las decisiones incompatibles son el aceptar y declarar con lugar la demanda y declarar ilegal la resolución y nulo el acto administrativo, `confundiendo una operación de crédito bancario, reconociendo derechos a quien no es titular...`.

CUARTA. - El recurrente alega en su escrito de interposición del recurso, la violación en la sentencia del lit. b) del Art. 6, sin determinar la ley, pero señalando a continuación que resuelve materia de carácter civil, mención que determina el que considere la Sala que se refiere al lit. b) del Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyo texto dice: `Art. 6o. No corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa...: b) Las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones'. Ahora bien, examinada la sentencia se encuentra que en el considerando séptimo se hace un largo análisis de los antecedentes, estableciéndose todo lo relativo a la circunstancia de que la actora es hija y heredera universal de la fallecida adjudicataria inicial de la vivienda, en acatamiento de lo prescrito por el correspondiente Juez de lo Civil de Guayaquil, que ha resuelto en materia hereditaria; y con tal antecedente, en la parte resolutive de la misma, no sólo que se declara la ilegalidad de la resolución administrativa impugnada que es materia correspondiente a la jurisdicción contencioso administrativa, sino que además se dispone que: `... se proceda a la elaboración de la escritura definitiva de adjudicación' de la vivienda de la cual fue adjudicataria la causante de la actora; resolución esta última que inclusive excede la pretensión constante de la demanda, la cual textualmente se dice: `...demando la declaración de la ilegalidad de la resolución de la Comisión de Crédito del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Sucursal Mayor de Guayaquil, por la que se anula la carpeta de M. M., recuperar la Vivienda de Sauces VI, manzana 259 F 38, Villa 4, a favor del B.E.V. y adjudicársela (sic) a H.G. y a su grupo familiar'. Tales circunstancias revelan con absoluta evidencia que la sentencia consideró y resolvió materias de carácter civil, conforme dejamos especificado, materias éstas que estaban vedadas a la jurisdicción contencioso administrativa en acatamiento de la norma legal antes transcrita, por lo que es evidente el fundamento que tuvo la recurrente para interponer, como lo ha hecho, el presente recurso de casación.

QUINTO (SIC).- Existiendo fundamentación legal para el recurso por la violación del lit. b) del Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir por no tener competencia para tratar y resolver las materias civiles en la sentencia, es evidente que la Sala tiene oportunidad de entrar a estudiar el contenido de ella, a fin de dictar la resolución que corresponda en derecho, en mérito de los hechos en ella establecidos, lo que se

impugna, en la acción propuesta, es la decisión adoptada por la Comisión de Crédito de la Sucursal de Guayaquil del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, dejando sin efecto una adjudicación de vivienda, realizada con anterioridad por la misma Comisión, en favor de la madre de la actora, y, en el mismo acto, la adjudicación de dicha vivienda en favor de otra persona que aparece como conviviente de la inicial adjudicataria y de su grupo familiar. Es evidente que conforme aparece del Reglamento de Inversiones y Préstamos del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, se llega la adjudicación mediante un trámite minuciosamente reglado que establece las condiciones que debe reunir el solicitante para, de ser el caso, ser sujeto de crédito, y además titular de una adjudicación de viviendas construida por el B.E.V. Ahora bien, cumplidos los requisitos reglamentarios, no hay duda de que la Comisión de Crédito, al adjudicar la vivienda realiza un acto discrecional que únicamente puede ser ejercido en favor de uno de quienes sean acreedores de la adjudicación, por haber reunido los requisitos establecidos por el respectivo reglamento, pues como enseña la más reciente doctrina de los tratadistas del Derecho Administrativo, el acto discrecional de ninguna manera puede ser considerado arbitrario, y en consecuencia respecto de él no puede adoptarse la posición clásica según la cual, constando el hecho de que estaba presente esta discrecionalidad en el acto, el Juez sin más se abstenía de entrar en el fondo del mismo; y esto porque, como manifiestan varios tratadistas, es falso que en todo acto administrativo no se dé un elemento de discrecionalidad. Como señala Eduardo García De Enterría: 'La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos.' (Eduardo García De Enterría, 'La lucha contra las inmunidades del poder', Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, P. 25). Siguiendo al mismo autor, tenemos que además de este elemento, es necesario considerar que el fin de los poderes discrecionales es también un elemento reglado de los mismos; como consecuencia de ello, aparece el control de la desviación del poder, cuando la autoridad ejerce el poder discrecional, pero no para el cumplimiento de la finalidad considerada por la ley, sino para una distinta. Además de esto, la actual doctrina francesa, ha establecido otros elementos respecto del control de los actos discrecionales. Estos serían: en primer lugar, el control de los hechos determinantes; en segundo lugar, es elemento de control, la recordación de la diferencia entre la discrecionalidad y lo que los juristas alemanes llaman los conceptos jurídicos indeterminados, cuyos ejemplos bien podrían ser entre otros el justo precio, utilidad pública, urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc. La tercera técnica de control de las facultades discrecionales está en el control y aplicación de los Principios Generales de Derecho; que como bien se conoce, son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el 'abstractum' mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica, y que como ejemplos bien se pueden señalar: la equidad manifiesta, la racionalidad, la buena fe, la proporcionalidad de los medios a los fines, la naturaleza de las cosas, etc. Si el acto discrecional salva estas limitaciones será legal, si no salva, por más discrecional que éste fuera, siempre tendrá el carácter de ilegal. Aplicando la doctrina antes expuesta, tenemos que en el caso es evidente que el fallecimiento de la inicial adjudicataria era el hecho determinante que le facultaba a la comisión de crédito para adoptar una resolución respecto de la adjudicación que quedaba vacante. Por otra parte, declarada ésta, era evidente que la adjudicación podía realizarla terminantemente en favor de quien hubiere cumplido todos los requisitos señalados en el reglamento, independientemente de cualquier relación particular que éste tuviera con la inicial adjudicataria. Tal circunstancia debía ser

expresada a través de los documentos pertinentes en la adjudicación; de no hacerlo se estaría ante un claro caso de desviación del poder discrecional. Considerar, por ejemplo, como se pretendió, que una renuncia de la inicial adjudicataria en favor de un tercero es base suficiente para adjudicar por parte de este la vivienda, sin determinar el cumplimiento de los requisitos reglamentarios establecidos por el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, sería asimismo una clarísima desviación de poder: pues la reglamentación interna de la institución concede la facultad de adjudicar a la Comisión de Crédito, no para que ésta simplemente reconozca pactos civiles entre un adjudicatario y terceros, sino para que otorgue las viviendas en favor de quienes son sujetos merecedores de tal adjudicación en consideración del interés social que regula toda la actividad del Banco Ecuatoriano de la Vivienda. Pero hay más asimismo la aplicación de los principios generales de derecho, obligaba a que la Comisión considere el hecho de que la inicial adjudicataria había pagado el precio de la vivienda, mediante depósito realizado en el banco y que en consecuencia sus herederos tenían derecho sino a la entrega del inmueble, por haberse celebrado el contrato traslativo de dominio, a que se les devuelva los valores depositados por el precio, más los intereses respectivos que debió ganar dicho depósito en el banco, y en cuanto a la ocupación del mismo por parte de la anterior adjudicataria, hasta cuando ella haya ocupado. Ciertamente es que tal hecho originaba una obligación de pagar por la ocupación del inmueble, también no es menos cierto que había también de considerarse el justo precio del inmueble a la fecha de dejarse sin efecto la adjudicación. La circunstancia de que no se haya considerado estos varios aspectos en el acto de adjudicación, pese al carácter discrecional del mismo, torna a éste un ilegal, por lo que carece de eficacia. En consecuencia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia recurrida, declarando ilegal la resolución de la Comisión de Crédito, mediante la cual se adjudicó la Villa No. 4 de la manzana 259-F-38 del Programa de Vivienda `Los Sauces 6' en favor de H. G.; disponiéndose que la Comisión de Crédito en acatamiento estricto de las disposiciones reglamentarias pertinentes, adjudique la mencionada vivienda en favor de quien fuera sujeto de tal adjudicación, en cumplimiento de las disposiciones reglamentarias antes mencionadas y debiendo dejar a salvo los derechos de la accionante M.M., en su calidad de heredera de la anterior adjudicataria, en relación a la devolución del precio inicial que fuera abonado por la inicial adjudicataria, quien por su fallecimiento perdió tal calidad. ..."

ANEXO 3

- 17-V-2000 (Resolución No. 109-2000, R.O. 161, 12-IX-2000)

- PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD SANCIONADORA

"... PRIMERO.- Se sostiene que se ha aplicado indebidamente el Art. 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, ya que a criterio del recurrente se ha cometido el error de considerar que el Director General de la institución demandada conoció de la infracción con anterioridad al 14 de mayo de 1997, cuando recién con oficio de 31 de julio de ese mismo año, la conoce, circunstancia esta que determinaría el que no se haya producido la correspondiente prescripción de la acción sancionadora que se la ejercitó el 10 de septiembre del mismo año. Ahora bien, si en estricto sentido, la materia de la discusión no es el derecho sino de hecho y en consecuencia, de haber error, éste no tendría porque ser conocido en un recurso de casación, sin embargo, verificado el contenido de lo autos se encuentra que el oficio No. 02320-2840 de 10 de septiembre de 1997, el Jefe de Recursos Humanos de la entidad demandada asevera que el Director General dispuso un examen especial de auditoría a la actora, con mayor anterioridad, para establecer las inconsistencias detectadas en el otorgamiento de certificados médicos a favor del Dr. D. O. y que el Auditor Interno Jefe las comunica mediante oficio No. 0400-908 de 31 de julio de 1997 (...). En el oficio últimamente referido se menciona la solicitud de la práctica del examen especial efectuado mediante oficio No. 02320-2244 de 7 de julio de 1997 (...), lo que demuestra que con anterioridad a esa fecha, aunque hubiera sido el día inmediatamente anterior, se conoció de las irregularidades presuntamente cometidas por la Dra. O. Q. Del 7 de julio de 1997, fecha de petición del informe al 10 de septiembre de 1997 y más aún al 17 de septiembre del mismo año, que aparece como fecha en la cual el Director General ordenó la sanción, es de absoluta evidencia se han transcurrido más de sesenta días de plazo, que era el que tenía la autoridad para sancionar al recurrente, lo que demuestra que aún en materia de hecho no hubo la indebida aplicación del Art. 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

SEGUNDO.- Por otra parte, en el libelo expresamente se señala que se pretende: `La nulidad por ilegalidad del acto administrativo que impugno...' (...) y en la parte resolutive de la sentencia: `se acepta la demanda y declara ilegal el acto administrativo...' (...). Ahora bien, conforme enseña la doctrina del derecho administrativo y lo acepta nuestra ley, la ilegalidad es el género en tanto que la nulidad es la especie, de lo que resulta que, en el caso, habiéndose comprobado la ilegalidad del acto administrativo, aunque dicha ilegalidad no se encuentre en los casos específicos de nulidad señalados con la norma pertinente, al aceptar la demanda y declarar la ilegalidad, es decir la falta genérica, el Tribunal de ninguna manera se excedió al decidir sobre asuntos que no se trabó la litis, y en consecuencia no hubo falta de aplicación de la norma legal constante en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO.- El anterior análisis, nos lleva a la evidente conclusión de que el recurso de casación interpuesto carece de fundamento legal. Pero hay más, es reiterativa la actitud del abogado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de proponer recursos, como el presente, sin base jurídica, por lo que es evidente que con su conducta se halla incurso en lo señalado en el Art. 18 de la Ley de Casación. Por las consideraciones anteriores,

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso de casación interpuesto. ..."

PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD SANCIONADORA

"... SEGUNDO.- El recurso se limita a impugnar la sentencia por considerar que ha infringido el Art. 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa 'por errónea interpretación del inciso segundo' del antedicho artículo y, lo funda en el Art. 3, causal 1 de la Ley de Casación 'en la parte que dice igualmente prescribirán en el plazo de sesenta días la acción de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contempla esta Ley y...' pues esta disposición debe entenderse en el sentido de que el plazo es para iniciar una acción a través de la cual se imponga una sanción y no un plazo para la imposición misma de una sanción;".

TERCERO.- La sentencia impugnada, en su considerando séptimo analiza la causal invocada en el recurso como sustento tendiente a obtener la información del fallo. En dicho considerando se citan varias comunicaciones e informes, relativos a las pretensas infracciones perpetradas por la actora que obran en el juicio de origen, con determinación de fechas, para concluir, entonces, que, desde el 22 al 25 de septiembre de 1997 en que la autoridad nominadora, el Alcalde de la Municipalidad de Cuenca conoció de los hechos al 26 de diciembre del propio año que impuso la sanción de destitución, mediante acción de personal No. 4704, había transcurrido con exceso el plazo fijado en el Art. 126, inciso 2 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y, por tanto, cuando la facultad sancionadora de la mencionada autoridad municipal, había prescrito, antecedente que determinó la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo, sin otra consideración.

CUARTO.- Respecto al tiempo transcurrido desde que el Alcalde de Cuenca conoció de las imputaciones a la servidora destituida hasta la fecha en la que aplicó la sanción, no hay duda de que hubo transcurrido más del lapso de sesenta días. Al tenor de la norma que contiene el inciso 20 del Art. 126 de la referida Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, la acción de la autoridad para imponer la sanción, que doctrinariamente debe entenderse como caducidad cuenta desde la fecha en la que tuvo conocimiento de la infracción o desde que se decretó la sanción, pues, acción, en el caso, se ha de entender como el ejercicio de la facultad otorgada por la ley a la autoridad nominadora para imponer la sanción en cuanto efecto o resultado de hacer, de donde se infiere, a la luz de la lógica y el derecho, que esa facultad no ha de permitirse que se la ejerza en cualquier tiempo, sino obvia y naturalmente dentro de los sesenta días que señala la ley, a partir del conocimiento del hecho imputado al servidor público, tanto más que aún en tratándose del servidor público de carrera, el sumario administrativo que debe preceder al juzgamiento tiene, conforme prevé el reglamento de la ley de la materia en su Art. 63 normas adjetivas de procedimiento que establecen términos para su accionar. Lo procedente permite concluir que no ha lugar el recurso interpuesto, donde se puntualiza la causa en que se funda y la norma legal que se pretendió en el recurso fue erróneamente aplicada. Por lo expuesto y, hallándose vedada la Sala para cualquiera otra consideración, porque el recurso limita su competencia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso interpuesto, disponiéndose la devolución del proceso para los efectos legales consiguientes...".

ANEXO 4

- 30-X-2001 (Resolución No. 297-2001, R.O. 552, 10-IV-2002)

- ACTO ADMINISTRATIVO: Motivación

“... PRIMERA.- Sostiene el recurrente que se ha violado en la sentencia el Art. 18 de la Constitución Política del Estado, norma esta que se refiere a la aplicación e interpretación de los derechos humanos y que en consecuencia por su naturaleza tiene un carácter general. Desde luego puede darse violación de esta norma en una sentencia pero cuando esto ha ocurrido es preciso establecerlo en forma concreta, sin que tal situación pueda ser atribuida a la violación de otra norma, circunstancia que a criterio de la Sala no se ha configurado en el proceso.

SEGUNDA.- El Art. 24 de la Constitución establece las garantías del debido proceso y según lo señalado en el escrito de interposición del recurso, en el caso se ha violado lo establecido por los numerales 1, 11, 13 y 17 de dicho artículo constitucional. El primero de tales numerales establece el principio fundamental conocido como nullum crimen nulla pena sine lege, pero aplicado también a la materia administrativa, en tanto que el numeral 11 garantiza el que ninguna persona podrá ser distraída de sus jueces naturales, lo que en síntesis podría considerarse como la necesidad de competencia en razón de las personas; el numeral 13 se refiere a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos que afectan a las personas y a las condiciones en que se cumple esta disposición, en tanto que el numeral 17 se refiere al derecho de acceder a los órganos judiciales para obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses. Iniciando el examen de las normas del Art. 24 que se pretende se han violado, la Sala considera que es evidente que el recurrente recibió las garantías suficientes en el desenvolvimiento de la instancia judicial ante el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo, sin que se observe que en ningún momento dicho Tribunal haya procedido parcialmente o en forma no expedita ni menos aun que el caso haya quedado en la indefensión, pues ha sido objeto del trámite correspondiente y al no estar de acuerdo el recurrente con la sentencia expedida en el caso, luego de cumplidos todos los trámites legales, ha tenido la oportunidad de concurrir mediante la interposición del recurso de casación, ante el máximo organismo judicial, que por medio de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, está examinando los presuntos vicios que el casacionista atribuye a la sentencia impugnada, lo que significa que tampoco ha habido en el caso violación del numeral 17 del Art. 24 de la Constitución Política del Estado.

TERCERA.- El numeral 13 del Art. 24 de la Constitución tiene el siguiente texto: ‘Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente’; este principio de la motivación constaba ya con anterioridad en la Ley de Modernización del Estado, cuyo Art. 31 dice: ‘Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo’. La transcripción de estas disposiciones evidencia que la motivación del acto debe constar de la resolución correspondiente. Claramente el texto constitucional dice que no habrá motivación si en la resolución no se enunciaren las normas

y principios en que haya fundado; y en la Ley de Modernización del Estado se dice que la motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano en relación con los resultados del procedimiento. De modo que no se puede, ni aún realizando una interpretación extensiva, que en el caso no sería aceptable por tratarse de derecho público, admitir que la motivación conste en documento aparte de la resolución. La motivación es parte esencial del documento en el cual consta la resolución. Ahora bien, en el caso consta con absoluta evidencia que el Tribunal 'a quo' en su sentencia reconoce que no existe motivación en el documento en el que consta la resolución (considerando séptimo, fjs. 265), lo que de acuerdo con la ley significa que el acto no se encuentra motivado, pretendiendo que existen motivos y explicaciones previos a la resolución en el informe de la comisión integrada para realizar las investigaciones. Lo anterior nos demuestra con absoluta evidencia que en la sentencia recurrida se violó la disposición contenida en el numeral 13 del Art. 24 de la Constitución, violación que da fundamento al recurso de casación y que permite a la Sala, casando la sentencia, dictar la que en su lugar corresponda por el mérito de la sentencia.

CUARTA.- Siendo el principal propósito de la acción el que declare la ilegalidad del acto administrativo impugnado y evidenciándose que dicho acto no es motivado por no enunciar las normas o principios jurídicos en que se haya fundado y no explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, lo que quiere decir que dicho acto administrativo es ilegal, nada más hay que considerar en el caso, por lo que, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia recurrida y aceptándose la demanda se declara la ilegalidad de la resolución del Consejo Universitario de la Universidad de Cuenca, adoptada en la sesión extraordinaria del 3 de agosto de 1999, en la que se suspende por dos meses sin sueldo al Dr. J. Z., profesor y decano de la Facultad de Ciencias Agropecuarias de la Universidad de Cuenca, por no ser motivada, disponiéndose que se cancelen todos los valores que debía percibir el actor por el desempeño de sus funciones y que fueron retenidos en virtud de la resolución administrativa que se declara ilegal, así mismo se dispone que se borre de la hoja de servicios de docente universitario del actor, todo lo referente a la sanción declarada ilegal por la presente sentencia. ...”

ANEXO 5

- 18-VI-99 (Resolución No. 178-99, R.O. 290, 4-X-99)

- PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD SANCIONADORA DE LA AUTORIDAD NOMINADORA

"VISTOS: (...): El Director Ejecutivo del INEFAN deduce recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo en el juicio seguido por el Ing. C. A. en contra de INEFAN, fallo en el cual aceptándose parcialmente la demanda por prescripción del derecho de sancionar, dispone el reintegro al cargo del actor. Pretende el recurrente que en el fallo se ha aplicado indebidamente el Art. 119 del Código de Procedimiento Civil; así como los Arts. 126 y 63, Lit. a) de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de su reglamento, respectivamente. Habiéndose establecido la competencia de la Sala para conocer y resolver este recurso con oportunidad de la calificación del mismo, situación que no ha variado; y una vez agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recurso, corresponde dictar la respectiva sentencia, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- El Art. 119 del Código de Procedimiento Civil se refiere a las normas de apreciación de la prueba, la que deberá ser apreciada en su conjunto, de acuerdo con las reglas de sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. En tanto que el Art. 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa establece la prescripción de las acciones, disponiendo en su inciso segundo que en el plazo de 60 días prescribirá la acción de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contemple esa ley, el mismo que correrá desde la fecha en la cual la autoridad tuvo conocimiento de la infracción; en tanto que el Art. 63 regula el procedimiento del sumario administrativo que ha de seguirse previamente a la destitución de los servidores de carrera. Ahora bien, no siendo el actor servidor de carrera, es evidente que no le son aplicables las normas de esta última disposición debiendo tan sólo considerarse lo dispuesto en el Art. 126 de la ley para el caso.

SEGUNDO.- De autos aparece que, el agraviado con el acto que originó la sanción del actor, envió con fecha 3 de julio de 1995, la correspondiente denuncia, dirigida al Director Administrativo y Financiero, constando al pie de la misma una sumilla que expresamente dispone: 'R. Humanos-investigación', luego de la cual existe una rúbrica y una fecha: '07.07.95' (...); lo que demuestra con toda evidencia que una autoridad, cualquiera que fuera ésta, pero que tenía facultad para ordenar la investigación respecto de la denuncia, dispuso a Recursos Humanos que ésta sea realizada, con fecha 7 de julio de 1995, y es evidente que así se procedió, pues, aparece de los correspondientes documentos que por orden del Director Administrativo y Financiero del INEFAN, Recursos Humanos procedió a hacer la investigación, como aparece de la comunicación, que, con fecha 17 de agosto de 1995 se envió, en la que se hace conocer de los resultados de la misma al Director Administrativo y Financiero (...); con fecha 2 de octubre se repite su texto en comunicación dirigida al Director Ejecutivo (...), quien con esa misma fecha ordena se practique la correspondiente audiencia. Todo lo anterior demuestra que evidentemente el Director Administrativo y Financiero conoció de la denuncia y ordenó la prosecución de la investigación con fecha 7 de agosto; y por los resultados de su orden, aparece que tal funcionario contaba con la atribución suficiente para ordenar sobre la materia, seguramente en virtud de delegación de la

autoridad nominadora; en todo caso se trata de la autoridad a la que se refiere la ley. Si no hizo conocer con la oportunidad debida, al Director Ejecutivo, de la denuncia, y tan sólo éste llegó a percatarse de la misma por la información de la Jefa de Recursos Humanos de 2 de octubre, tal falencia del administrador no puede perjudicar al administrado, tanto más que desde la fecha en que conoció de la denuncia bien podría cumplirse, dentro del plazo que se tenía para ello, todos los requisitos exigidos por la ley, que esencialmente no son otros que la audiencia del acusado, para pronunciar y comunicar la correspondiente sanción.

TERCERO.- Sin embargo, la resolución se adopta tan sólo el 18 de octubre, es decir después de 16 días de haber ordenado la audiencia el Director Ejecutivo. Mas, al haberse presentado la denuncia el 3 de agosto y haberse adoptado la primera disposición de investigación el 7 de ese mes, desde esta fecha se debe contar el plazo que tenía la autoridad para sancionar. Aceptar contar tal plazo desde la fecha en que ordena la audiencia el Director Ejecutivo sería aceptar que, por cualquier circunstancia se puede violar el plazo señalado por la ley. La negligencia de la administración, tanto en no hacer conocer inmediatamente el Director Ejecutivo, como en no evacuar el trámite en los días que tenía para ello desde la orden del Director Ejecutivo, de ninguna manera puede perjudicar al administrado, pues, como se dijo antes, se estaría aceptando cualquier ardid para burlar la ley. Las consideraciones antes señaladas demuestran que el inferior, en su fallo no violó ninguna de las disposiciones señaladas en el escrito de interposición del recurso, por lo que carece éste de sustento jurídico; como consecuencia de lo cual, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso propuesto; no sin antes señalar que prosperó el juicio únicamente por la prescripción de la acción sancionadora, pese a que el acto considerado como motivo de la destitución es ilegal. ..."

ANEXO 6

- 5-XI-2002 (Resolución No. 393, R.O. 49, 27-III-2003)

- FACULTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN: Caducidad; inseguridad jurídica

- UNIVERSIDADES Y ESCUELAS POLITÉCNICAS: Límites de su autonomía

“VISTOS (...): El Ing. V. O. en su calidad de Rector y como tal representante legal de la Universidad Central del Ecuador interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo dentro del juicio seguido por F. G.; fallo de mayoría que acepta la demanda. Sostiene que las normas de derecho que estima infringidas son los artículos: 75 y 192 de la Constitución Política de la República del Ecuador; 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 5 y 34 de la Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas vigente a la fecha de presentación de la demanda; y, 1 del estatuto universitario. Funda su recurso en las causales primera, tercera, cuarta y quinta del Art. 3 de la Ley de Casación. Habiéndose establecido la competencia de la Sala para conocer y resolver el recurso interpuesto con oportunidad de la calificación del mismo, presupuesto procesal que no ha variado, y una vez agotado el trámite establecido por la ley, es procedente que se dicte sentencia a efecto de lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- El Art. 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa textualmente dispone en su inciso segundo que: ‘Igualmente prescribirán en el plazo de sesenta días la acción de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contempla esta Ley y las sanciones impuestas en cada caso. El plazo previsto en el inciso primero de este artículo se contará desde la fecha en que se hubiere notificado al servidor público la resolución que considere le perjudica. El previsto, en el inciso segundo correrá desde la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la infracción o desde que se decretó la sanción’. Conviene señalar que el Art. 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa de manera expresa señala que el plazo de sesenta días ‘correrá desde que la autoridad nominadora tuvo conocimiento de la infracción,’ cuyo sentido natural y obvio es desde que tuvo noticia o conocimiento del hecho irregular que merece la sanción, sin consideración alguna del trámite posterior que deba darse para establecer la autoría y el grado de responsabilidad del autor, previo el ejercicio del derecho de defensa de éste. Ninguna otra interpretación es aceptable y evidentemente así lo establece la unánime jurisprudencia tanto del Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuando tenía jurisdicción nacional, como de esta Sala, asunto éste que por reiterado debe ser tomado en cuenta por quienes integran la Administración Pública, para dentro del plazo que concede la ley, ejercer su facultad sancionadora, so pena de ser ellos los únicos responsables de que hechos reprobables queden sin sanción cuando dejan transcurrir el pertinente término sin ejercer ese derecho. Ahora bien, de autos aparece que el Decano de la “Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Central del Ecuador conoció la denuncia presentada en contra de F. G. el 27 de octubre de 1997, por parte del Dr. B. C., profesor de la facultad, quien luego de dirigir varias tesis de grado se dio cuenta de que existía plagio en una de ellas, resultando directamente implicado el actor de este juicio; luego de sustanciado el procedimiento administrativo, se impone la sanción de destitución del cargo de Profesor de la Facultad en la categoría de Auxiliar a tiempo completo al actor el 7 de enero de 1998, es decir cuando transcurrieron en exceso el plazo de sesenta días que tenía la autoridad para imponerle la sanción. Sorprende sobre manera

la lentitud con la que ha procedido la administración en este caso, - puesto que una vez notificada la destitución, el actor decide apelar ante la Comisión Académica del H. Consejo Universitario de la Universidad Central, la cual al cabo de diez meses, esto es el 23 de noviembre de 1998, resuelve ratificar la sanción impuesta. Posteriormente interpone recurso de tercera instancia ante el Consejo Universitario, el cual fue resuelto el 12 de enero de 1999 ratificando su destitución. De lo antes señalado aparece con absoluta evidencia la lentitud con la que se ha procedido dentro de la Universidad Central, por lo que al no actuar con celeridad, la administración permitió que caduque su facultad sancionadora en un acto totalmente reprochable del actor.

SEGUNDO.- Es verdad, que por disposición constitucional las universidades gozan de autonomía (Art. 75 de la Constitución Política del Estado), concordante con lo anterior el Art. 5 de la Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas reconoce y garantiza la autonomía universitaria y el Art. 1 de los estatutos de la Universidad Central del Ecuador ratifican que la institución es una persona jurídica autónoma de derecho público, pero no por ello se va a malinterpretar esta autonomía. En consecuencia, es menester analizar el alcance de esta autonomía, y para ello se debe razonar en el sentido de que, el Estado Ecuatoriano como tal es el soberano, y mediante su ordenamiento jurídico en la más alta cúpula está la Constitución Política y luego en segundo orden las leyes vigentes, las cuales en una u otra forma conceden diversas autonomías entre ellas a las universidades y escuelas politécnicas, pero sin lugar a duda tales facultades no les constituyen en organismos soberanos, o sea que pueden imponer sus voluntades al margen de la normatividad vigente en Ecuador. Entonces es indispensable señalar los límites de la autonomía, la cual consiste en la facultad de decidir en última instancia y sin apelación sobre los asuntos que le conciernen. Mas, tal facultad de decisión siempre estará sometida al marco legal vigente, ya que no existe en el estado de derecho institución alguna, por alta que ésta fuera que pueda adoptar decisiones válidas al margen de lo que ordena la ley. Si bien es cierto que el H. Consejo Universitario de la Universidad Central es la máxima autoridad de este organismo autónomo, mas por ello de ninguna manera está autorizado para adoptar resoluciones al margen de lo que dispone la ley, a la cual, en ejercicio del principio de legalidad, se halla sometido. En consecuencia, jamás puede adoptar decisiones válidas que vulneren los derechos establecidos por la Constitución y las leyes, y menos pretender absurdamente que tales decisiones modifiquen o reformen las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de vigencia obligatoria. Ahora bien, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, ningún servidor público, por autónoma que fuera la institución a la que presta sus servicios, puede ser separado de sus funciones sino en los casos expresamente determinados por las leyes y cumpliendo los requisitos previos para tal separación establecidos en la norma jurídica vigente.

TERCERO.- No existiendo normativa alguna en la Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas sobre la competencia en el tiempo de la autoridad administrativa para ejercer la acción sancionadora, el Juez tiene que acudir a otra normatividad que cubra ese vacío de la ley porque de lo contrario, la falta de determinación del tiempo en el cual puede ejercer su facultad sancionadora el administrador, afecta evidente y directamente a la seguridad jurídica, que es una de las garantías consagradas por la Constitución Política del Estado en el numeral 26 del Art. 23 de esa suprema ley; por ello para el caso se consideró la

normatividad establecida por el Art. 126 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, toda vez que a más de esa norma no existe ninguna otra que señale el plazo dentro del cual puede ejercer su competencia en ejercicio de la facultad sancionadora la autoridad nominadora. Por lo que no se puede aceptar la pretensión que en la sentencia impugnada se han adoptado decisiones incompatibles o contradictorias.

CUARTO.- El ius punendi del Estado es uno solo pero se manifiesta de dos maneras: la potestad administrativa sancionadora y la potestad penal de la jurisdicción. Esta dualidad de sistemas represivos está recogida en un mismo precepto constitucional, el numeral primero del Art. 24 de la Constitución Política del Estado que dice: 'Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley'. En el caso, si bien ha caducado la facultad sancionadora de la administración, en tratándose de plagio, podrían existir serias presunciones de responsabilidad penal y una posible infracción que afecta al interés social, por cuya razón es procedente se ordene se remitan todos los antecedentes del caso al Ministerio Público, a fin de que la jurisdicción penal establezca tanto el evento material de la infracción como la consiguiente responsabilidad. Sin otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto. Enviense los autos al Ministerio Público por existir presunciones de responsabilidad penal en el caso. ..."