



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA ADMINISTRATIVA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

El procedimiento sumarial incoado a las servidoras y servidores públicos en el Régimen Disciplinario de la ley Orgánica de Servicio Público y la aplicación del principio de proporcionalidad

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTORA : Viteri Moya, Ana Patricia

DIRECTOR : Blacio Aguirre, Galo Stalin Dr. Ph.D.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2018



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Septiembre, 2018

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Dr.

Galo Stalin Blacio Aguirre Ph.D.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación denominado El procedimiento sumarial incoado a las servidoras y servidores públicos en el Régimen Disciplinario de la ley Orgánica de Servicio Público y la aplicación del principio de proporcionalidad, realizado por Ana Patricia Viteri Moya, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo

Loja, marzo 14 de 2018

f)

Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph.D.

Director de la tesis

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Ana Patricia Viteri Moya, declaro ser autora del presente trabajo de titulación El procedimiento sumarial incoado a las servidoras y servidores públicos en el Régimen Disciplinario de la ley Orgánica de Servicio Público y la aplicación del principio de proporcionalidad, de la Titulación de Magíster en Derecho Administrativo, siendo el Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph.D., 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, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo de investigación, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 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 o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f:

Ana Patricia Viteri Moya

C.C. 171429591-0

DEDICATORIA

A mi adorada familia, por su permanente apoyo en esta importante etapa profesional.

AGRADECIMIENTO

Un muy sentido agradecimiento a los catedráticos de la Maestría en Derecho Administrativo y muy especialmente al Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre Ph.D., Director de la presente tesis por su asesoría y dirección.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN.....	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 MARCO TEÓRICO.....	5
1.1. El Derecho Administrativo Sancionador en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	6
1.1.1. Concepto de Derecho Administrativo Sancionador.....	7
1.1.2. Características del Derecho Administrativo Sancionador.....	8
1.1.2.1. El Derecho Administrativo Sancionador es una rama autónoma del derecho.....	8
1.1.2.2. En el Derecho Administrativo Sancionador, la sanción administrativa debe ser típica y antijurídica.....	8
1.1.2.3. Las penas que se aplican en el derecho administrativo sancionador están establecidas en la LOSEP.....	10
1.1.2.4. En el Derecho Administrativo Sancionatorio se viola el principio constitucional del “non bis in ídem”.....	13
1.1.2.5. En el Derecho Administrativo Sancionatorio, la pena de suspensión temporal sin goce de remuneraciones e inconstitucional.....	15
1.1.3. Del sumario administrativo.....	16
1.1.3.1. Concepto del sumario administrativo.....	16
1.1.3.2. Características del sumario administrativo.....	17
1.1.3.3. Del sumario administrativo y el debido proceso.....	22
1.1.4. Los principios constitucionales y el proceso disciplinario administrativo.....	23

1.1.4.1. Del principio de la legalidad y las sanciones disciplinarias	23
1.1.4.2. Del principio de culpabilidad y las sanciones disciplinarias	27
1.1.4.3. De los principios neoconstitucionalistas y su aplicabilidad en el procedimiento administrativo.....	29
1.1.4.4. El principio de aplicabilidad directa en el procedimiento administrativo.....	32
1.1.4.5. El principio pro homine en el procedimiento administrativo	32
1.1.4.6. El principio de no restricción del contenido de los derechos y garantías constitucionales.....	33
1.1.5. Aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso administrativo.....	36
1.1.5.1. Concepto del principio de proporcionalidad.....	36
1.1.5.2. Características del principio de proporcionalidad.....	37
1.1.5.3. El principio de proporcionalidad y su aplicación en materia administrativa.....	38
1.1.5.4. El principio de motivación de los fallos administrativos..	42
1.1.5.5. El principio de proporcionalidad en los fallos administrativos.....	43
1.1.5.6. La falta de motivación y la falta de proporcionalidad en la aplicación de condenas en los fallos administrativos.....	44
1.1.5.7. Procedimiento contencioso administrativo por los fallos recaídos en un procedimiento sumarial.....	44
1.1.5.8. La acción extraordinaria de protección contra la sentencia de la Corte Provincial de Justicia o la de casación emanada por la Sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia basada en la violación del debido proceso. en tramitación de la acción subjetiva o de plena jurisdicción del accionante.....	44
CAPÍTULO II DISEÑO METODOLÓGICO.....	46
2.1. Métodos.....	47
2.2.1. Método deductivo.....	47
2.2.2. Método inductivo.....	47
2.2.3. Método analógico o comparativo.....	47

2.2.4. Método analítico.....	47
2.2.5. Método sintético.....	47
2.2. Técnicas e instrumentos.....	47
2.2.1. Fichas bibliográficas.....	47
2.2.2. Fichas de campo.....	47
2.2.3. Fichas linkográficas.....	48
2.3. Técnicas de campo.....	48
2.3.1. Encuesta.....	48
2.3.2. Entrevista.....	48
2.4. Procedimiento de la investigación.....	48
2.5. Instrumentos.....	48
2.6. Diseño de la investigación.....	48
CAPÍTULO III RESULTADOS.....	50
3.1. Entrevista a dos abogados de la Contraloría General del Estado y a un ex – procurador síndico municipal	51
3.1.1. Entrevista a la abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito.....	51
3.1.2. Entrevista a la abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito.....	53
3.1.3. Entrevista al ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, Dr. Santiago Acosta Villacís.....	55
3.2. Encuesta y observaciones a la encuesta de cincuenta abogados de libre ejercicio de la ciudad de Quito especialistas en Derecho Administrativo.....	58
CAPÍTULO IV ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	66
4.1. Análisis de los resultados de la entrevista a dos abogados de la Contraloría General del Estado y a un ex – procurador síndico municipal..	67
4.2. Análisis de los resultados de la encuesta a cincuenta abogados de Libre ejercicio de la ciudad de Quito especialistas en Derecho Administrativo.....	75

5.1. Conclusiones.....	76
5.2. Recomendaciones.....	77
5.3. Proposición de modificaciones a la LOSEP.....	79
5.3.1. Introducción.....	79
5.3.2. Justificación.....	79
5.3.3. Presentación: Anteproyecto de la Ley Reformatoria a la LOSEP y su Reglamento.....	79
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	86
LINKOGRAFÍA.....	89
LEGISGRAFÍA.....	89
ANEXOS.....	90

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA	Pág.
Tabla N° 1 Aplicación de los principios del debido proceso en materia de sumarios administrativos.....	58
Tabla N° 2 No aplicación de los principios del debido proceso.....	59
Tabla N° 3 Cumplimiento del literal e) del numeral 7 del Art. 11 de la Constitución.....	60
Tabla N° 4 Abogado proporcionado por el Estado.....	61
Tabla N° 5 ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales?.....	62
Tabla N° 6 Motivación de los fallos recaídos en sumarios administrativos en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales.....	63
Tabla N° 7 Tramitación de nulidad de sumario administrativo.....	64
Tabla N° 8 Aplicación del principio de proporcionalidad.....	65

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA	Pág.
Figura N° 1 Aplicación de los principios del debido proceso en materia de sumarios administrativos.....	58
Figura N° 2 No aplicación de los principios del debido proceso.....	60
Figura N° 3 Cumplimiento del literal e) del numeral 7 del Art. 11 de la Constitución.....	61
Figura N° 4 Abogado proporcionado por el Estado.....	62
Figura N° 5 ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales?.....	63
Figura N° 6 Motivación de los fallos recaídos en sumarios administrativos en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales.....	64
Figura N° 7 Tramitación de nulidad de sumario administrativo.....	65
Figura N° 8 Aplicación del principio de proporcionalidad.....	66

RESUMEN

El proceso administrativo disciplinario tiene por objeto investigar y sancionar las irregularidades e infracciones cometidas por los servidores públicos. Este procedimiento, de la LOSEP, es obligatorio para las autoridades que tengan conocimiento del supuesto cometimiento de infracciones administrativas. En este trabajo de titulación se analiza la eficacia, importancia y fundamentos jurídicos de estos procedimientos, la legislación vigente, la jurisprudencia y doctrina de los diversos autores. Las instancias disciplinarias están insertas en la gestión pública porque es deber de las autoridades investigar y sancionar la conducta de todos los servidores públicos que de ellos dependen, pero el principal obstáculo radica en que los procedimientos disciplinarios administrativos nacionales en su mayoría, están a cargo de personal de Recursos Humanos, carentes de conocimientos jurídicos, quienes aplican solo el principio de legalidad y no otros que la Constitución establece como el principio pro homine y de aplicabilidad directa de los derechos constitucionales y los consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuya aplicación es obligatoria.

Palabras claves: Proceso Administrativo; sanciones administrativas, debido proceso, proporcionalidad de sanciones, principio de legalidad, principio pro homine.

ABSTRACT

The disciplinary administrative process is aimed at investigating and punishing irregularities and infractions committed by public servants. This procedure, of the LO-SEP, is mandatory for the authorities that have knowledge of the alleged committing of administrative infractions. In this titling work, the effectiveness, importance and juridical foundations of these procedures, the current legislation, the jurisprudence and doctrine of the different authors are analyzed. The disciplinary bodies are involved in public administration because it is the duty of the authorities to investigate and punish the conduct of all public servants who depend on them, but the main obstacle lies in the fact that most of the national administrative disciplinary procedures, they are in charge of Human Resources personnel, lacking legal knowledge, who apply only the principle of legality and not others that the Constitution establishes as the pro homine principle and of direct applicability of constitutional rights and those enshrined in international instruments of rights humans whose application is mandatory.

Keywords: Administrative Process; administrative sanctions, due process, proportionality of sanctions, principle of legality, pro homine principle.

INTRODUCCIÓN

El tema de investigación se refiere al procedimiento sumarial incoado a las servidoras y servidores públicos en el Régimen Disciplinario de la ley Orgánica de Servicio Público y la aplicación del principio de proporcionalidad, procedimiento que tiene como fin controlar las actividades de las servidoras y servidores públicos en lo que dice relación con el incumplimiento de sus deberes y obligaciones e irrespeto a las prohibiciones que se subsumen en los hechos tipificados como infracciones tipificados por las leyes penales, especiales o administrativas.

En el Capítulo I se desarrolla el Derecho Administrativo Sancionador en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, definiéndoselo y señalando sus principales características como rama autónoma del derecho y analizando la tipicidad y antijuridicidad de las sanciones administrativas establecidas en la LOSEP y la crítica a algunas sanciones que se contemplan en la señalada normativa; analizándose, igualmente el sumario administrativo y los principios del debido proceso y demás principios constitucionales.

En el Capítulo II, Diseño Metodológico, se desarrollan los métodos, técnicas e instrumentos utilizados en el presente trabajo de titulación, dentro de la cuales destacan las técnicas de campo consistentes en encuestas y entrevistas, en donde personas expertas en materias administrativas expresaron sus fundadas opiniones acerca del procedimiento administrativo.

En el Capítulo III, Resultados, se desarrollan las entrevistas a dos abogados de la Contraloría General del Estado y a un ex – procurador síndico municipal y las encuestas a cincuenta abogados de libre ejercicio de la ciudad de Quito especialistas en Derecho Administrativo.

El Capítulo IV desarrolla un análisis de los resultados en el cual se desarrollan las respectivas observaciones a las opiniones fundadas de los encuestados y entrevistados, en donde claramente se determinó cuáles son los defectos y virtudes de nuestro procedimiento administrativo sancionador.

Finalmente, en el Capítulo V se determina las conclusiones y recomendaciones, para, finalmente proponer las modificaciones necesarias al procedimiento administrativo sancionatorio de nuestra Ley Orgánica de Servicio Público y su reglamento.

La importancia que tiene la presente investigación, consiste en aplicar los principios neoconstitucionalistas que rigen nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, al procedimiento administrativo sancionatorio, porque analizados varios fallos administrativos sumariales, queda en evidencia la aplicación del principio de legalidad que es una expresión del obsoleto derecho positivo, destacando que el sustento doctrinario de nuestra Constitución de la República concibe un derecho que se constituye por normas, principios y valores, dentro de los cuales destacan los principios pro homine, de aplicabilidad directa de los derechos constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de proporcionalidad, entre otros, que no se aplican por parte de los funcionarios que ejercen como juzgadores de los sumarios administrativos.

La respuesta al problema planteado consistió en una propuesta de reforma al procedimiento sumarial existente en la Ley Orgánica de Servicio Público y su reglamento concordiéndola con la Constitución de la República y la doctrina neoconstitucional en que ésta se sustenta, siendo obligación de toda autoridad y servidor público aplicar directa e inmediatamente los derechos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, prevaleciendo estos últimos cuando establezcan derechos más favorables a los contemplados en la Constitución, lo que no ocurre en materia de procedimientos administrativos sancionatorios en el Ecuador.

Los objetivos generales y específicos se cumplieron plenamente con la modificación propuesta a la LOSEP, no existiendo inconvenientes para el desarrollo de la presente investigación desde el punto de vista doctrinario y la opinión de los expertos entrevistados y encuestados.

Respecto de la metodología utilizada se recurrió a los métodos deductivo, inductivo, comparativo y analítico sintético y a las técnicas de investigación clásicas y que ayudaron a conseguir los objetivos generales y específicos, sin las cuales, la metodología aplicada no se hubiese materializado como las fichas bibliográficas, nemotécnicas, de campo y linkográficas, siendo esta investigación de carácter descriptivo y exploratorio

CAPÍTULO I
MARCO TEÓRICO

1.1. Tema: El Derecho Administrativo Sancionador en el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano

1.1.1. Concepto y características del Derecho Administrativo Sancionador

El Derecho Administrativo Sancionador, también denominado “Derecho Penal Sancionador”, es definido por el jurista brasileño Dr. Isaías Dantas Freitas en su artículo “La finalidad de la pena en el derecho administrativo disciplinario”, como:

“La rama del Derecho Administrativo que regula las relaciones disciplinarias entre el Estado-Administración y su cuerpo funcional, o sea, que regula los deberes de los servidores, sus prohibiciones y el juzgamiento de las faltas cometidas por ellos, así como la respectiva sanción disciplinaria, permitiendo de este modo el buen funcionamiento de la máquina administrativa de acuerdo con las normas legales en que se fundamenta la Administración Pública”. (Dantas 1999, pág. 120)

De acuerdo a lo expuesto por el jurista invocado, esta rama del Derecho Administrativo tipifica las faltas cometidas por los servidores públicos y el procedimiento para establecer su responsabilidad disciplinaria, de acuerdo con las normas legales que las establecen, lo que está en plena concordancia con el principio “nulla pena nullum crimen sine lege”.

La doctrina y la legislación comparada distingue entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, según expresa el jurista chileno Dr. Eduardo Cordero Quinzacara, quien señala dos disposiciones del ordenamiento jurídico chileno que las distingue categóricamente, como lo son los Arts. 20 y 501 del Código Penal chileno, que dispone:

Art. 20.- No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas (Código Penal de Chile 2012, Última actualización Ley 20587 de 08/06/2012, Arts. 20 y 501)

Art. 501. En las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se establecerá mayores penas que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales (Código Penal de Chile 2012, Última actualización Ley 20587 de 08/06/2012, Arts. 20 y 501)

El mencionado jurista chileno respecto de estas normas que, claramente, distinguen el Derecho Penal del Derecho Administrativo Sancionador, cuando expresa:

“Ambas normas son tomadas del Código Penal español de 1848 y dan cuenta de la concepción seguidas por los redactores del Código Penal chileno: a) las sanciones administrativas, ya sean disciplinarias o gubernativas, no se reputan penas y, por tanto, se debe entender que las conductas que castigan no son delitos para efectos de dicho Código; b) Las autoridades administrativas no pueden establecer mayores penas que las previstas en dicho Código, salvo que una ley expresamente así lo establezca. Por su parte, de ambas normas se desprenden dos reglas formales que ha seguido el legislador para identificar las sanciones administrativas: la naturaleza del órgano que la aplica, en este caso la Administración; y su cuantía o gravedad, pues salvo texto legal expreso, no es posible que estas superen a las previstas en el Código Penal para las faltas”. (E. Cordero 2012, págs.. 141 y 142.)

Como señala el jurista chileno invocado, la gran diferencia entre las sanciones administrativas y las penales, radica en que en las primeras no hay privación de libertad y, además, en las penales el ius puniendi lo ejerce el Estado mediante la Función Judicial, lo que no ocurre con las sanciones administrativas las que se aplican a quienes tienen una relación de subordinación o dependencia con el Estado, ello sin perjuicio que si las penas administrativas con graves, se persiga la responsabilidad penal del responsable.

Lo anterior ha generado reticencias doctrinarias respecto de las sanciones administrativas y su procedimiento, ya que, por lo general en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, en donde el sumario administrativo está a cargo de personal administrativo que carece de conocimientos jurídicos como ocurre en los municipios de pequeños cantones, lo que ha traído como consecuencia acciones de protección en que se alega que se ha violado el debido proceso, y, respecto de sentencias que fueron ratificadas en las ins-

tancias judiciales administrativas, la acción extraordinaria de protección, revocándose los sumarios administrativos por arbitrarios y trayendo como consecuencia la restitución de la servidora o el servidor a sus labores y pago de todas las remuneraciones que dejó de percibir durante el tiempo en que se le suspendió de sus labores.

1.1.2. Características del Derecho Administrativo Sancionador

El Derecho Administrativo Sancionador, tiene una serie de características, que lo diferencian del Derecho Penal:

1.1.2.1. El Derecho Administrativo Sancionador es una rama autónoma del derecho

Los juristas chilenos Dres. Eduardo Cordero Quinzacara y Eduardo Aldunate Lizana, en su artículo “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, expresan:

“En la especie, sin embargo, no existe ejercicio de facultades propiamente jurisdiccionales, que resuelvan conflictos entre partes, sino que se trata de potestades administrativas sancionadoras [...] como lo ha señalado la doctrina, “un elemento básico de la sanción administrativa es el carácter administrativo del procedimiento que ha de observarse. El procedimiento aparece gobernado y dirigido, principalmente, por órganos y funcionarios integrantes de la Administración”. (Cordero y Aldunate 2012, págs. 344 y 345)

De acuerdo a lo expuesto por los Dres, Eduardo Cordero Quinzacara y Eduardo Aldunate Lizana, son potestades sancionadoras que tienen una competencia específica y disciplinaria relacionada con sus servidoras o servidores, ya que afectan a personas que tienen un vínculo jurídico de dependencia con la Administración.

1.1.2.2. En el Derecho Administrativo Sancionador, la sanción administrativa debe ser típica y antijurídica

Con el objeto de cumplir con el principio “nullum crimen nula pena sine lege”, no sería consti-

itucional sancionar a una servidora o servidor público, sin que estuviera tipificada la ilicitud y la sanción, de conformidad a lo que dispone el numeral 3 del Art. 76 de la Constitución de la República.

Lo anterior implica, igualmente, que no pueden existir tipos penales abiertos, los cuales son repudiados por la doctrina penal mundial, según señala la Corte Constitucional de Colombia, cuando expresa:

“La dogmática tradicional ha considerado que el tipo penal debe contener en sí mismo todos los elementos que lo determinan y que lo hacen diferente a otros tipos penales que pueden llegar a ser parecidos [...] Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio, se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria [...] La apertura del tipo puede dar lugar a distintos problemas constitucionales, salta a la vista que un tipo absolutamente abierto vulnera el principio de tipicidad. Pero también desconoce el principio de legalidad porque no sería la ley la que crea el delito, sino la voluntad posterior del juez, expresada al momento de la sentencia, este es precisamente el principal reproche que hacen los demandantes a las disposiciones demandadas”. (Corte Constitucional de Colombia 2012, Sentencia C-121-12, <http://www.corteconstitucional.gov.co>)

La tipicidad administrativa es genérica y abierta, ya que corresponde a la autoridad nominadora completarla de acuerdo a su criterio, destacándose que en las sentencias analizadas, cuyo texto se inserta como anexo al final de esta investigación no existe siquiera un atisbo de aplicación del principio de proporcionalidad.

La tipicidad administrativa de acuerdo al jurista Dr. Regis Fernandes de Oliveira es:

El conjunto de elementos de comportamiento punible previstos en la ley administrativa [...] Los elementos del tipo se dividen en objetivos, subjetivos y normativos: los primeros tienen relación con el lugar, tiempo, condiciones del sujeto y objeto de la acción punible; los segundos se relacionan con el fin buscado por el agente, la voluntad que lo animó a la práctica del acto; los últimos conducen a un juicio de valor en relación a los presupuestos

del injusto típico («sin autorización de la autoridad competente», «sin las formalidades legales» etc., expresiones jurídicas o extrajurídicas que exigen una comprensión general del derecho o de la realidad social), faltando alguno de estos elementos expresos del tipo, no habrá infracción. (Fernandes 2005, pág. 21. 2ª ed.)

En consecuencia, de acuerdo al autor comparado si no existe dolo, no habrá sanción administrativa punible, porque se exige en todo ilícito que medie voluntad o intención del autor a realizar el acto y el Art. 81 al referirse a las faltas leves sanciona a las acciones u omisiones realizadas por error, descuido o desconocimiento menor sin intención de causar daño y que no perjudiquen gravemente el normal desarrollo y desenvolvimiento del servicio público, destacando que la simple reiteración puede implicar la destitución.

Nuestro legislador trata a los “cuasidelitos administrativos” como delitos, es decir aquellos en que media la voluntad de producir daño, pero como en las faltas leves no existe voluntad de cometer el acto perjudicial, su reiteración en ningún caso puede general la destitución, porque el servidor puede alegar caso fortuito o fuerza mayor, como sería por ejemplo el caso que en virtud de una mantención de los equipos computacionales de la institución no se entregó el documento solicitado en el plazo requerido y de ocurrir exactamente lo mismo, dentro de un año calendario, puede aplicársele la destitución, lo que es absolutamente contrario a derecho.

1.1.2.3. Las penas que se aplican en el derecho administrativo sancionador están establecidas en la LOSEP

La Ley Orgánica de Servicio Público, contempla, en su Art. 43 las siguientes sanciones disciplinarias: Amonestación verbal; amonestación escrita; sanción pecuniaria administrativa; suspensión temporal sin goce de remuneraciones, y destitución.

Respecto de la amonestación administrativa, el Diccionario Jurídico Mexicano expresa que ésta “se emplea con frecuencia Como corrección disciplinaria, es decir como uno de los instrumentos que se confieren al juzgador para mantener el orden en las audiencias y la buena conducta de los sujetos procesales dentro del procedimiento judicial; en los sentidos que hemos mencionado, es decir, como advertencia y como reprensión...”. (Diccionario Jurídico Mexicano 1982, pág. 137)

Esta sanción es la más leve y se aplica cuando no amerite una sanción mayor, consistiendo en una corrección disciplinaria que verbal y privadamente le hace a la funcionaria o funcionario, la persona de quien aquel depende directamente, el cual debe comunicar por escrito el hecho de la sanción a la Oficina de Personal respectiva, con copia al funcionario amonestado (Ley Orgánica de Servicio Público 2010, Art. 43 inciso 1º)

La sanción que aumenta un grado en gravedad que se contempla en el inciso 2º del Art. 43 de la Ley Orgánica de Servicio Público, contempla, es la “amonestación escrita”, la cual se impone cuando la servidora o servidor haya recibido, durante un mismo mes calendario, dos o más amonestación verbales (Ley Orgánica de Servicio Público 2010, Art. 43, inciso 2º)

Esta sanción, discrimina en cuanto a la reincidencia de la o el servidor cuando se reitera la amonestación verbal en un mismo mes. En este caso también se discrimina a una persona por su “pasado administrativo” y debido a la levedad de la pena, podría acontecer que el jefe directo interprete a su manera cuando procede esta sanción y la reitere con el fin expreso de perjudicar a la o el servidor.

En el inciso 3º del Art. 43 de la ley Orgánica de Servicio Público, se establece la sanción pecuniaria administrativa, la cual no debe exceder: “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”. (Ley Orgánica de Servicio Público 2010, Art. 43 inciso 3º)

Nuevamente, en esta sanción se discrimina a la o el servidor, ya que se discrimina en base a la supuesta reiteración de conductas, pudiendo darse el caso hipotético que un jefe discrimine a la o el servidor, le imponga primero una amonestación verbal, la que reitera para que se transforme en amonestación escrita, insistiendo en la persecución para que se transforme en sanción pecuniaria administrativa y, finalmente, presione con la reiteración de esta última sanción para destituir a la o el servidor.

Finalmente, la Ley Orgánica de Servicio Público no define expresamente a la “destitución”, señalando, simplemente, en su Art. 48, las causales por las cuales procede, razón por la cual se ha recurrido a la jurisprudencia comparada, como la emanada de Sentencia

N° 10051 de 1998 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia que la define como:

“Una forma de retiro del servicio público, pero al mismo tiempo es la máxima sanción que puede imponerse a un empleado. Por revestir ese carácter sancionatorio, la destitución requiere que previamente a ser decretada se adelante un proceso disciplinario que le sirva de fundamento y en el curso del cual se den presupuestos indispensables, como son: que la falta cometida sea grave, que esté debidamente comprobada y que en el trámite del disciplinario se haya observado puntualmente el debido proceso, con salvaguardia estricta del derecho de defensa del inculpado”. (Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo 1998, pág. 2)

En la Ley Orgánica del Servicio Público, el Art. 48 establece una serie de causales por las que procede la destitución, cuando dispone:

Art. 48.- Causales de destitución.- Son causales de destitución:

- a) Incapacidad probada en el desempeño de sus funciones, previa evaluación de desempeño e informes del jefe inmediato y la Unidad de Administración del Talento Humano;
- b) Abandono injustificado del trabajo por tres o más días laborables consecutivos;
- c) Haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento lícito y en general por los delitos señalados en el Artículo 10 de esta Ley;
- d) Recibir cualquier clase de dádiva, regalo o dinero ajenos a su remuneración;
- e) Ingerir licor o hacer uso de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en los lugares de trabajo;
- f) Injuriar gravemente de palabra u obra a sus jefes o proferir insultos a compañeras o compañeros de trabajo, cuando éstas no sean el resultado de provocación previa o abuso de autoridad;
- g) Asistir al trabajo bajo evidente influencia de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas;
- h) Incurrir durante el lapso de un año, en más de dos infracciones que impliquen sanción disciplinaria de suspensión, sin goce de remuneración;

- i) Suscribir, otorgar, obtener o registrar un nombramiento o contrato de servicios ocasionales, contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento;
- j) Incumplir los deberes impuestos en el literal f) del Artículo 22 de esta Ley o quebrantar las prohibiciones previstas en el literal d) a la n) del Artículo 24 de esta Ley;
- k) Suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento;
- l) Realizar actos de acoso o abuso sexual, trata, discriminación o violencia de cualquier índole en contra de servidoras o servidores públicos o de cualquier otra persona en el ejercicio de sus funciones, actos que serán debidamente comprobados;
- m) Haber obtenido la calificación de insuficiente en el proceso de evaluación del desempeño, por segunda vez consecutiva;
- n) Ejercer presiones e influencias, aprovechándose del puesto que ocupe, a fin de obtener favores en la designación de puestos de libre nombramiento y remoción para su cónyuge, conviviente en unión de hecho, parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- o) Atentar contra los derechos humanos de alguna servidora o servidor de la institución, mediante cualquier tipo de coacción, acoso o agresión; y,
- p) Las demás que establezca la Ley (Ley Orgánica de Servicio Público 2010, Art. 48)

1.1.2.4. En el Derecho Administrativo Sancionatorio se viola el principio constitucional del “non bis in ídem”.

En el Derecho Administrativo Sancionador se viola el principio de la igualdad consagrado en el numeral 2° del Art. 11 de la Constitución de la República, ya que se discrimina a la o el funcionario público que haya reincidido en una conducta dentro de un período determinado, como ocurre con el literal h) del Art. 48 de la Ley Orgánica de Servicio Público, que dispone:

Art. 48.- Causales de destitución.- Son causales de destitución:

- h) Incurrir durante el lapso de un año, en más de dos infracciones que impliquen sanción disciplinaria de suspensión, sin goce de remuneración (Ley Orgánica de Servicio Público 2010, Art. 48)

Esta norma es inconstitucional porque condena la reincidencia administrativa, lo que es

inaplicable en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República porque si bien la norma se refiere al “pasado judicial”, en el mismo inciso se dispone que nadie puede ser discriminado “por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos, La ley sancionará toda forma de discriminación” (Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 11 N° 2)

El Art. 85 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, transgrede el principio non bis in ídem, ya que si a un servidor ha sido sancionado por una falta leve dentro del período de un año calendario, la reincidencia en cualquier falta leve se considerará falta grave y se sancionará al o a la servidora con sanción de suspensión temporal sin goce de remuneraciones o destitución, previa la instauración del sumario correspondiente.

Esta disposición atenta contra el principio non bis in ídem, porque las faltas leves de acuerdo al Art. 81 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Públicos son acciones u omisiones realizadas por error, descuido o desconocimiento menor sin intención de causar daño y que no perjudican el normal desarrollo y desenvolvimiento del servicio público.

En consecuencia, por una falta leve en que no media intencionalidad, se sanciona al o a la servidora y si incurre en otra falta de la misma levedad puede incluso hasta destituírsele, razón por la cual se la trata como culpable atentándose contra el principio de inocencia y el non bis in ídem porque dos veces se la juzga por la primera falta y en virtud de ella puede hasta destituírsele.

Igual cosa sucede con las faltas graves de acuerdo al Art. 86 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, ya que la sanción por la primera falta grave es la suspensión temporal sin goce de remuneración y la reiteración implica la destitución inmediata, previa realización del sumario administrativo correspondiente. En consecuencia ¿de qué proporcionalidad, non bis in ídem, presunción de inocencia y proporcionalidad se habla?

Respecto de la sanción de suspensión temporal sin goce de remuneraciones, ésta atenta contra el derecho a la dignidad del servidor y su familia, destacando que esta falta de re-

muneraciones contenida en la LOSEP atenta contra el interés superior de los hijos menores del servidor o servidora, interés que se consagra en el Art, 44 de la Constitución de la República.

Clara es la Constitución de la República al establecer dentro del debido proceso, de acuerdo al literal i) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República que «nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia...» (Constitución de la República 2008, Art. 76 N° 7, literal i))

El jurista chileno Dr. Francisco Victorino Castillo Vera, en su artículo “Vulneración del principio non bis in ídem en el sistema de sanciones estatales (penales y administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, al referirse a la inconstitucionalidad del non bis in ídem, citando a los penalistas, el chileno Dr. Jean Pierre Matus y el argentino Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, expresan:

“Cuando el Estado ha decidido imponer penas administrativas, puesto que, como bien advierte Matus, parafraseando a Zaffaroni, «...las leyes que establecen penas son siempre leyes penales aunque aparezcan bajo la máscara de legislación tutelar, sanitaria, administrativa o de otra índole. Aunque la ley disponga que los lobos son vacas, difícil resultará convencer a un lobo de que es un mamífero doméstico que da leche». (Castillo 2009, pág. 4)

1.1.2.5. En el Derecho Administrativo Sancionador, la pena de suspensión temporal sin goce de remuneraciones es inconstitucional.

El numeral 2 del Art. 66 de la Constitución de la República establece en forma categórica el derecho a una vida digna, que asegura la alimentación y nutrición. En el caso de esta pena, no se priva solamente a la servidora o servidor público de su subsistencia, sino que a todo el grupo familiar que depende del sancionado, sin considerar que bajo su amparo puede existir niños, niñas o adolescentes, discapacitados, personas de la tercera edad o enfermos terminales, razón por la cual, se atenta contra los intereses legítimos de personas que constituyen un grupo de atención privilegiada, y, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, el poder sancionatorio del Estado inconstitucionalmente se impone sobre el interés superior del niño, la niña o el adolescente, que de conformidad al inciso 1°

del Art. 44 de la Constitución de la República, hace prevalecer los intereses superiores de las niñas, niños y adolescentes por sobre todos los demás.

1.1.3. Del sumario administrativo, concepto y características

1.1.3.1. Concepto de sumario administrativo

El inciso 1° de la Ley Orgánica de Servicio Público define al sumario administrativo, cuando dispone:

Art. 44.- 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 (Ley Orgánica del Servicio Público 2010, Art. 44)

La Fiscalía perteneciente al Departamento de Asesoría Jurídica del Servicio de Salud de la Región del Maule, Chile, en su “Instructivo sobre sumarios administrativos”, señala que: “El sumario administrativo tiene por objeto verificar la existencia de hechos constitutivos de infracción administrativa, determinar la persona del o los responsables y su grado de participación”. (Servicio de Salud de la Región del Maule, Chile 2009, pág. 1)

En consecuencia, de acuerdo a la legislación nacional y la doctrina comparada, mediante los sumarios administrativos se persigue la responsabilidad funcionaria por las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones y que se encuentran tipificadas en la Ley Orgánica de Servicio Público.

En términos más detallados, el jurista chileno Dr. Marcelo San Martín Cerruti, en la “IIIª versión Seminarios Probidad y Transparencia para la Administración”, organizado por la Contraloría General de la República de Chile, el año 2010, definió al sumario administrativo de un modo amplio y otro simple, cuando señaló:

“En un sentido estricto, el sumario constituye simplemente un proceso, o sea, es el conjunto de actuaciones formales a cargo de un instructor, denominado Fiscal, que está des-

tinado a establecer la efectividad de los hechos materia del mismo y a determinar la participación que los funcionarios pueden haber tenido en ellos y a precisar, cuando corresponda, la consiguiente responsabilidad. En un sentido más amplio, constituye una verdadera institución jurídica, porque interesa de tal manera al derecho, que la ha reconocido y consagrado como una verdadera garantía, no sólo para la Administración del Estado en cuanto a poder hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios que actúen al margen de la legalidad, sino también para ellos mismos, puesto que les asegura que su responsabilidad, en caso que se origine, se perseguirá con arreglo a derecho y con las más amplias seguridades de defensa en un proceso justo”. (San Martín 2010, pág. 17)

El jurista citado al señalar el concepto restringido de sumario administrativo lo equipara a un proceso, en el cual debe cumplirse con todos los principios del debido proceso, ya que ésta es la única forma de determinar la responsabilidad funcionaria; en cuando a la forma más amplia, es un proceso en el que se garantiza la buena administración porque se sanciona a los responsables del cometimiento de faltas administrativas de acuerdo a un procedimiento y sanciones previamente establecidas.

Finalmente, el jurista argentino Dr, Félix Alberto Pertile, en su obra “El sumario administrativo”, define a esta institución como: “el procedimiento necesario para la acreditación de la existencia de conductas irregulares de los administrados con la finalidad de singularizar a los responsables”. (Pertile 2005, pág. 18)

En términos más simples, el jurista argentino resume la esencia del sumario administrativo señalando que su objetivo es acreditar la existencia de conductas irregulares de los administrados a fin de sancionarlos, Obviamente en que el jurista con la expresión administrados comprende a los servidores públicos, ya que no es posible incoar un sumario administrativo quien no pertenece a la administración pública.

1.1.3.2. Características del sumario administrativo

La Fiscalía perteneciente al Departamento de Asesoría Jurídica del Servicio de Salud de la Región del Maule, Chile, en su “Instructivo sobre sumarios administrativos”, señala las características del sumario administrativo, las cuales son aplicables en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual se enunciarán las características insertándose otras de

nuestro procedimiento y las comparadas se ajustarán a nuestra legislación:

1.1.3.2.1. Prescripción de la acción disciplinaria

De conformidad a lo establecido en el Art. 92 de la Ley Orgánica de Servicio Público, el organismo que va a efectuar el sumario, debe determinar si la acción está vigente, ya que dicha disposición determina que las acciones que no tuvieren término especial prescribirán en noventa días, que se contará desde la fecha en que se hubiere notificado personalmente a la servidora o servidor público con la resolución que considere le perjudica.

1.1.3.2.2. Es un proceso escrito, articulado en fases o etapas procedimentales

En los Arts. 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, se establecen las etapas del sumario administrativo, cuando disponen que:

Providencia de inicio del sumario administrativo: De conformidad al del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, según el inciso 2° del Art. 92 de la LOSEP las acciones de la autoridad para imponer las sanciones disciplinarias que contempla esta Ley y las sanciones impuestas en casa caso término que correrá desde la fecha en que la autoridad tuvo conocimiento de la infracción o desde que se impuso la infracción (Reglamento Ley Orgánica del Servicio Público 2011, Arts. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98)

El análisis de las acciones previas es un trámite que debe cumplirse antes de dar inicio al procedimiento administrativo, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 91 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público.

Dentro de estas acciones previas, cuando se conozca del cometimiento de una falta, la autoridad, funcionario o servidor, deberá remitir información a la Unidad Administrativa de Talento Humano (UATH) para su estudio y análisis

La UATH conocerá y analizará los hechos, en el término de 3 días, informando a la autoridad nominadora o a su delegado sobre la procedencia de iniciar el sumario administrati-

vo, consignando los fundamentos de hecho y de derecho, más los documentos de respaldo, informe que no tendrá el carácter de vinculante. (Reglamento Ley Orgánica del Servicio Público 2011, Arts. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98)

Recibido el informe la autoridad nominadora o su delegado dispondrán dar inicio al sumario administrativo, de viendo el titular de la UATH o su delegado levantar el auto de llamamiento a sumario administrativo, en el término de 3 días, el cual contendrá:

- a) La enunciación de los hechos materia del sumario administrativo y los fundamentos de la providencia expedida por la autoridad nominadora;
- b) La disposición de incorporación de los documentos que sustentan el sumario;
- c) El señalamiento de tres días para que el servidor dé contestación a los hechos planteados que sustenta el sumario;
- d) El señalamiento de la obligación que tiene el servidor de comparecer con un abogado y señalar casillero judicial para futuras notificaciones a fin de ejercer su derecho de defensa; y
- e) La designación de Secretario Ad Hoc, quien deberá posesionarse en un término máximo de tres días a partir de la fecha de su designación (Reglamento Ley Orgánica del Servicio Público 2011, Arts. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98)

El inicio del sumario obviamente que debe contener los mismos requisitos de una resolución que cita a una persona en causa penal, ajustándose a las normas del debido proceso, sin embargo si se hace un análisis de los literales c) y d) del Art. 92 del Reglamento de la LOSEP y se aplican los principios del debido proceso, particularmente del derecho a defensa puede concluirse que:

- En el caso que en el breve lapso que el sumariado tiene para contestar, puede suceder que no consiga un abogado que le defienda, estimando, respetuosamente que, en este caso, debería aplicarse el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, ya que se requiere la presencia de un abogado, de lo contrario todo lo obrado en el sumario será nulo;
- Igualmente el exiguo plazo de 3 días para defenderse viola el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, ya que en un plazo tan corto es imposible preparar una defensa adecuada;

- En materia administrativa se viola el literal d) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República porque es un hecho notorio que los abogados defensores encuentran siempre dificultades para tener acceso al sumario;
- En el caso que el sumariado carezca de abogados, no existe la garantía que existe en los procesos penales en que la entidad sumariante le designe uno, lo que es una desigualdad respecto del derecho a defensa de los sumariados.

- **Notificación**

El procesalista alemán Leo Rosenberg , en su obra “Tratado de Derecho Procesal Civil” define a la notificación como: “el acto que debe efectuarse y documentarse en forma legal, mediante el cual se da oportunidad al destinatario para tomar conocimiento de un escrito”. (Rosenberg 1955, Tomo I, págs, 418 y 419)

En concordancia, con la definición anterior, el Art. 93 del Reglamento de la LOSEP, señala que el auto de llamamiento a sumario debe ser 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 constantes en el expediente personal del servidor para el caso que no fuere posible ubicarlo en su puesto de trabajo, debiendo acompañarse toda la documentación constante en el expediente, al cual se adjuntará toda la documentación que obrare en el proceso. Es necesario dejar constancia de la negativa del servidor de recibir la notificación, sentándose razón por el Secretario Ad Hoc de esta circunstancia (Reglamento Ley Orgánica del Servicio Público 2011, Arts. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98)

- **Contestación**

El procesalista uruguayo Dr. Eduardo J. Couture, en su obra “Vocabulario Jurídico”, define a la contestación de la demanda como “la respuesta que da el demandado a la pretensión contenida en la demanda del actor”. (Couture 1976, pág. 172)

Ajustando la definición del procesalista uruguayo a los términos de la contestación de los cargos que se le formulan en el sumario, ésta es la “respuesta que da el demandado a la pretensión contenida en el acta que ordena instruir el sumario”.

De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 94 del Reglamento de la LOSEP, una vez recibida la notificación, la o el servidor, en el término de 3 días contestará al planteamiento del sumario, adjuntando las pruebas de descargo que considere le asisten.

- **Término de prueba**

Es obligación de la persona que está a cargo de la tramitación del sumario administrativo, dejar claramente establecidos todas las responsabilidades funcionarias que tengan relación con los hechos investigados, para lo cual es indispensable recibir la causa a prueba, con el objeto de estudiarla y ponderarla, a fin de establecer si al sumariado le cabe o no una responsabilidad relacionada con la violación de sus deberes y obligaciones administrativas que se le imputa en los autos sumariales.

El Art. 95 del Reglamento de la LOSEP, señala que vencido el término de tres días para contestar por parte de la o el servidor o en su rebeldía, se procederá a la apertura del término de prueba por 7 días en el cual la o el servidor podrá solicitar se practiquen las pruebas que considere pertinente y la institución, de estimarlo pertinente, solicitar la incorporación de nuevos documentos o la práctica de otras pruebas que estime le asisten (Reglamento Ley Orgánica del Servicio Público 2011, Arts. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98)

- **Audiencia oral**

De conformidad al Art. 96 del Reglamento de la LOSEP, una vez que venza el término de prueba se señalará día y hora en las cuales tendrá lugar una audiencia oral en la cual el solicitante del sumario o su delegado y el sumariado sustenten las pruebas de cargo y de descargo de las cuales se crean asistidos, audiencia que será convocada por lo menos con 24 horas de anticipación, dejándose constancia escrita de lo actuado en un acta sucinta que contenga un extracto de lo actuado en la misma, suscrita por el titular de la UATH o su delegado, las partes si quisieren suscribirla y el secretario ad hoc que certificará la práctica de la misma (Reglamento Ley Orgánica del Servicio Público 2011, Arts. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98)

Esta es una audiencia de prueba en la cual las partes alegarán acerca de la misma, valorando la propia e intentando desvirtuar la contraria, audiencia que necesariamente debe constar por escrito, en forma breve, debiendo el secretario ad hoc, que actúa como funcionario de fe certificar la práctica de esta audiencia.

- **Conclusiones y recomendaciones**

Es la etapa final que precede a la aplicación de la sanción por la autoridad nominadora, la cual consiste, de acuerdo al Art. 97 del Reglamento de la LOSEP, en que el titular de la UATH o su delegado analizarán los hechos y el derecho, exponiendo sus conclusiones y recomendaciones, y, de ser el caso, proponer la sanción procedente, notificando al servidor sumariado en el domicilio o residencia que conste en el expediente sumarial (Reglamento Ley Orgánica del Servicio Público 2011, Arts. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98)

- **Sanción**

La autoridad nominadora, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 98, mediante providencia motivada determinará la aplicación de la sanción correspondiente, la que se notificará al servidor sumariado en el domicilio señalado por éste o el que conste en su expediente personal, elaborando la acción de personal que será notificada conjuntamente con la resolución del sumario administrativo (Reglamento Ley Orgánica del Servicio Público 2011, Arts. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98)

La autoridad nominadora o su delegado, aplicarán el principio “pro reo” cuando no existan pruebas suficientes para sancionar ordenando el archivo del expediente, no dejando constancia en el expediente de la o el servidor sumariado.

1.1.3.3. El sumario administrativo y el debido proceso

La normativa que rige al sumario administrativo en la LOSEP y su reglamento no cumple a cabalidad con los principios de debido proceso:

- a) El sumariado carece de tutela judicial efectiva de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 75 de la Constitución de la República, ya que no se le asegura el derecho al debido

proceso, conforme se expresará en los literales siguientes;

- b) Existe una abierta violación al principio de la igualdad ante la ley consagrado en el inciso 2° del numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República, ya que la LO-SEP toma en consideración la reiteración de faltas cometidas, como ocurre con la amonestación escrita que procede cuando el servidor haya sido sancionado en dos ocasiones con amonestación verbal; en el caso de ser sancionado dos veces con suspensión temporal sin goce de remuneraciones, igualmente, procede la destitución, con lo que se toma en consideración el pasado del funcionario;
- c) Se otorga al sumariado el plazo de 3 días para contestar el planteamiento del sumario, lo que viola el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República porque no se facilita al sumariado contar con el tiempo y con los medios adecuados para preparar su defensa;
- d) Se viola el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República expresamente establece que nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación **por cualquier otra autoridad**, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público.
- e) El titular de la UATH o su delegado, que llevan el sumario son funcionarios municipales, lo que viola el literal k) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, porque el sumariado no es juzgado por una jueza o juez independiente e imparcial.

1.1.4. Los principios constitucionales y el proceso disciplinario administrativo

1.1.4.1. Del principio de la legalidad y las sanciones disciplinarias

El jurista brasileño Dr. Rafael da Silva Santiago, en su artículo titulado “El principio de legalidad administrativa en la sociedad post moderna: la necesidad de un cambio de perspectiva”, expresa, al referirse a este principio que

“El principio de legalidad es uno de los postulados fundamentales del régimen jurídico – administrativo con incidencia obligatoria cuando en la realización del actuar administrativo, su contenido comprende, prácticamente, todos los actos practicados por la Administración Pública, condicionando la manifestación de la voluntad estatal a la estricta observación de la manifestación de la voluntad general, esto es, de la ley”. (Da Silva 2014, pág. 2)

El estricto apego a la legalidad es un principio en que se sustenta el Estado de Derecho, de conformidad con lo que dispone la primera parte del inciso 1º del Art. 226 de la Constitución de la República, que dispone:

Art. 226.- [Competencias y facultades de los servidores públicos].- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y la personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (Constitución de la República 2008, Art. 226)

En virtud de lo anterior, todo sumario que se realice en la Administración Pública tiene que apegarse a la legalidad, sucediendo que quienes están a cargo de su tramitación se ajustan absolutamente a la legalidad, especialmente tomando en consideración que por lo general, quienes están a cargo de la instrucción de los sumarios administrativos no son abogados, lo que hace, respetuosamente, recordar, a los denominados “jueces de Montesquieu”.

El filósofo del derecho y rector de la Universidad Carlos III de España, Dr. Gregorio Peces-Barba Martínez, al referirse a los jueces, expresa:

“Durante el Estado absoluto, los jueces eran una prolongación del soberano y actuaban como delegados del mismo. Carecían de independencia y sus palabras eran las que hubiera pronunciado el Rey de estar presente [...] La modificación que se producirá con el Estado liberal la anunciará Montesquieu en El Espíritu de las Leyes cuando dice que **«el poder de los jueces es de alguna manera nulo y que no son sino la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. No hay, así, en el origen del Estado liberal, nuevas asignaciones, ni ampliación de los ámbitos de su autonomía, sólo pasan de un dueño a otro: desde la voluntad del Rey hasta la razón de la ley»**. Es más digno y más

objetivo el modelo liberal, pero el juez, en ambos casos, es entendido como un mero aplicador de la voluntad de una persona o de la voluntad general". (Peces-Barba 2000, pág. 2)

Hoy los jueces letrados en virtud de los principios neoconstitucionalistas aplican un derecho no sólo constituido por normas, sino también por principios y valores, dentro de los cuales está el principio de aplicabilidad directa de los derechos constitucionales y los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ello en virtud de su imparcialidad de independencia.

Sin embargo, en materia administrativa, quienes conocen y fallan un sumario administrativo, son funcionarios públicos, generalmente ajenos al mundo del derecho, los cuales, simplemente, son una expresión de lo que expresa Charles de Secondat, Barón de Montesquieu cuando señala que los jueces – en este caso administrativos – no son más que la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, regidos estrictamente por el Art. 226 de la Constitución de la República.

Concuerda con lo anteriormente expuesto la contradicción existente en los incisos 2 y 3 del Art. 44 de la LOSEP, cuando dispone:

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.

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.

Igualmente, el inciso final del Art. 43 señala que "Las sanciones se impondrán de acuerdo a la gravedad de las faltas".

Un simple análisis de las disposiciones transcritas, llevan a concluir que se trata de normas "meramente retóricas", ya que, como se señaló anteriormente, la LOSEP contraviene en forma expresa varios principios del debido proceso, imponiéndose a la supremacía constitucional, en lo que se refiere al respeto al derecho a la defensa claramente se expu-

so la forma como la LOSEP y el Reglamento de la LOSEP, lo cercenan abusivamente, y, finalmente en lo que dice relación al principio “pro funcionario” no existe disposición alguna que al tratar la aplicación de las sanciones así lo establezca, determinándose la inexistencia del principio de proporcionalidad en esta materia.

El inciso 3° del Art. 44 de la LOSEP y el inciso final del Art. 43 del mismo cuerpo legal, imponen en forma categórica el principio de legalidad en materia de sumarios administrativos, razón por la cual el procedimiento es inconstitucional e ilegal por no respetar en varios puntos, como se señaló, el debido proceso.

Extraña el texto de la Ley Orgánica del Servicio Público en el sentido de aplicar rigurosamente la ley, es decir, el principio de la legalidad, desconociendo las doctrinas neoconstitucionalistas en las que se basa nuestra Constitución, debiendo en virtud del Art. 226 de la Constitución de la República, los jueces administrativos, ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley, destacando que, dentro de ellas, rige en plenitud el Art. 426 de la Carta Magna, que dispone:

Art. 426.- [Aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución].-

Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos (Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 426)

El principio de la legalidad de los sumarios administrativos transgrede el principio pro homine que se consagra en el Art. 426 de la Constitución de la República que obligatoriamente, en su inciso 2° obliga a las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, a aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más fa-

vorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente, razón por la cual están autorizados estas servidoras y servidoras a aplicar las normas constitucionales y las consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos si son más favorables.

En el caso de la reincidencia, ésta se prohíbe aplicarla en el inciso 2º del numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República, razón por la cual, si un sumario administrativo transgrede la norma constitucional la sentencia administrativa será susceptible de acción extraordinaria de protección, de acuerdo a los siguientes preceptos constitucionales:

- ❖ De conformidad al numeral 1º del Art. 76 de la Constitución de la República, que establece las garantías básicas del debido proceso: “Corresponde a toda **autoridad administrativa** o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 76 N° 1)
- ❖ Si bien la acción extraordinaria de protección procede sólo contra resoluciones judiciales el afectado por una resolución emanada de un sumario administrativo, éste debe, previamente, agotar los recursos ordinarios y extraordinarios dentro de término legal (Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 94)
- ❖ De acuerdo al Art. 94 de la Constitución de la República la acción extraordinaria en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos, los que en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional (Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 94)
- ❖ En el caso de las resoluciones emanadas de un procedimiento sumarial, la acción extraordinaria de protección procede contra los jueces de la respectiva sala de la Corte Provincial que rechazaron la acción de protección interpuesta por el accionante a quien se violó su tutela judicial efectiva consagrada en el Art. 75 de la Constitución, de acuerdo a jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia N° 006/14/SEP/CC, Caso N° 1026-12-EP, de 09/09/2014 y también contra las sentencia de casación de la Corte Nacional de Justicia en las que el accionante formule idénticas pretensiones.

1.1.4.2. Del principio de culpabilidad y las sanciones disciplinarias

El jurista brasileño Dr. Rafael Munhoz de Mello, en su artículo titulado “La sanción admi-

nistrativa y el principio de culpabilidad” define, primero, a la sanción jurídica propiamente tal, para relacionarla, posteriormente con la sanción administrativa, cuando expresa:

“Se puede definir la sanción jurídica como la consecuencia negativa atribuida a la inobservancia de un comportamiento prescrito por la norma jurídica, que debe ser impuesta por los órganos competentes, se fuese necesario con la utilización de medios coercitivos [...] La sanción administrativa es una sanción jurídica. Como tal, a ella se aplica el concepto anterior. Pero existen peculiaridades que identifican la sanción administrativa entre las demás sanciones jurídicas. La principal peculiaridad tiene relación con el sujeto competente para su imposición, a saber, la propia Administración Pública, ya que se trata de un elemento decisivo para identificarla. Si la medida punitiva no es impuesta por la administración no estamos frente a una sanción administrativa. Luego, el elemento subjetivo que permite diferenciar a la sanción administrativa de la sanción penal, “lo que las aparta” es única y exclusivamente la autoridad competente para imponer la sanción”. (Munhoz 2005, pág. 2)

Existen muchas diferencias en la sanción cuando se trata de una sanción impuesta por un juez o por un funcionario administrativo; en el caso de la eventual sanción, ésta puede ser dejada sin efecto si él o la fiscal, aplicando el principio de oportunidad, determina no ejercer la acción penal, porque se trata de un delito de bagatela o intrascendente desde un punto de vista social; en cambio, en materia administrativa, toda sanción, hasta la más ínfima es impuesta sin que exista el principio de oportunidad, al contrario, es la ley – o mejor dicho el principio de ilegalidad - el que obliga a ejercer la acción disciplinaria.

En virtud del Art. 226 de la Constitución de la República, un funcionario que ejerza la legalidad consagrada en dicha disposición, estaría actuando conforme a derecho, pero contraviniendo los principios y valores del ordenamiento jurídico, porque simplemente se centraría en aplicar la sanción determinada en la ley, con todos los defectos relacionados con el debido proceso, que se hizo presente con anterioridad.

En este sentido, es válida la afirmación que los jueces administrativos son “la boca muda de la ley” e incluso – en varios municipios, la boca muda del alcalde, destacando que no opera el principio de proporcionalidad, ni el principio pro funcionario, ya que si el funcionario a cargo del sumario administrativo carece de conocimientos jurídicos, mal va a tener

conocimiento de los principios del debido proceso, de proporcionalidad, pro homine, pro funcionario y de aplicabilidad directa e inmediata de los derechos constitucionales y los establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que deben aplicarse incluso sobre la Constitución, cuando sean más favorables a la persona humana, ya que esos principios y valores solo saben aplicarlos quienes tienen conocimientos plenos del ordenamiento jurídico..

Pero, pese a lo dispuesto en el texto constitucional, al no aplicarse estrictamente las sanciones establecidas en la LOSEP al o a la funcionaria sumariada, se da la paradoja que el funcionario a cargo del sumario, estaría contraviniendo el Art. 226 de la Constitución de la República.

Todo lo anterior sin tomar en consideración las arbitrariedades, sobre todo en materia municipal, en donde por un simple memorando de la autoridad superior se despedía a un o a una servidora, lo que generó una serie de demandas que perdieron los municipios, debiendo indemnizar y restituir a esos servidores por orden de la justicia ordinaria.

1.1.4.3. De los principios neoconstitucionalistas y su aplicabilidad en el procedimiento administrativo

Importante en este punto es referirse al neoconstitucionalismo y constatar si estos principios se aplican en nuestro procedimiento administrativo, razón por la cual se ha recurrido a la doctrina comparada y en cada afirmación de los autores se hará la apreciación personal acerca de lo que se trata en este punto.

El jurista mexicano Dr. Raymundo Gil Rendón, en su artículo “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, cita a uno de los más importantes autores de esta doctrina, el jurista español Dr. Luis Prieto Sanchis, cuando señala que éste resume el neoconstitucionalismo de la siguiente manera:

Primero: Carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe. (Gil 2011, pág. 52)

Con el neoconstitucionalismo y el garantismo que son la piedra angular en que se sustenta la Constitución de la República, se pretende que toda la realidad jurídica del país se ajuste a lo que ella prescribe. Sin embargo, al analizarse las violaciones al debido proceso de la LOSEP, queda en evidencia que esas directrices constitucionales no se cumplen, pese a que “ampulosamente” se señalan en el inciso 2° del Art. 44 de la LOSEP, en donde se señala que «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»

El inciso 2° del Art. 44 de la LOSEP, después de comprobar las normas que rigen su procedimiento, es una norma meramente retórica, en donde queda en evidencia que la Constitución en materia de sumarios administrativos no tiene fuerza vinculante imponiéndose una ley jerárquicamente inferior a la Constitución de la República, lo que expresamente contraviene el orden jerárquico de las normas contenido en el inciso 1° del Art. 424 de dicho cuerpo constitucional.

Segundo: Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes: La Constitución no es sólo una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un centro de interpretación prioritario. (Gil 2011, pág. 52)

En concordancia con lo señalado anteriormente, al establecerse procedimientos que en lo referente al sumario administrativo hacen tabla rasa de varios principios del debido proceso, queda la impresión que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia del Ecuador, tiene un doble estándar, la aplicación de la Constitución en términos amplios para los particulares y la restricción de la misma respecto del juzgamiento de los servidores públicos, lo que contraviene el numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República que consagra la igualdad ante la ley.

Tercero: Eficacia o aplicación directa: No requiere de ningún otro acto jurídico o ley para desplegar su fuerza vinculante. (Gil 2011, pág. 52)

Son claros el inciso 1° del numeral 3 del Art. 11 y el inciso 2° del Art. 424 de la Constitución de la República al disponer en forma categórica que los derechos y garantías esta-

blecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos **serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.**

Sin embargo si se analiza la totalidad de los sumarios administrativos del país, ningún servidor o servidora pública que tramite este sumario o la misma autoridad nominadora que aplique la sanción aplica directa e inmediatamente los derechos y garantías a los que se hizo mención en el párrafo precedente, porque careciendo estos en su mayoría de conocimientos jurídicos, como se expuso, aplican el principio de legalidad, razón por la cual se les comparó con los jueces de Montesquieu, destacando que incluso cuando conocen y fallan los sumarios profesionales del derecho, igualmente se abstienen de aplicar lo dispuesto en la Constitución, porque están constreñidos por el principio de legalidad del Art. 226 de la norma fundamental, posición errónea que perjudica expresamente a los y las funcionarias sumariadas.

Cuarto: Garantía judicial: las posibilidades son amplias, control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios. Un rasgo típico del neoconstitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a todos los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo el ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución. (Gil 2011, pág. 52)

En este sentido, es la Corte Constitucional el organismo que vela por la constitucionalidad, pero no existe fallo alguno en el que se haya señalado que los servidores o servidoras a cargo de los sumarios administrativos no cumplieron con el inciso 1° del numeral 3 del Art. 11 y el inciso 1° del Art. 426 de la Constitución de la República, lo que valida, prácticamente, el actuar del obsoleto positivismo en un sistema neoconstitucionalista.

Quinto: Presencia de un denso contenido normativo formado por principios, derechos y directrices. (Gil 2011, pág. 52)

Si se analiza los principios y valores por los que se rige nuestro ordenamiento jurídico, no existe un asomo siquiera de la aplicación del principio de proporcionalidad, de un adecuado derecho a la defensa, de un principio “pro funcionario”, lo que implica un incumplimiento de la normativa constitucional que rige en la interpretación de toda ley, en virtud de la

doctrina neoconstitucionalista en que se sustenta nuestra carta fundamental.

Sexto: Rigidez constitucional. (Gil 2011, pág. 52)

La rigidez constitucional se refiere a las normas tanto explícitas como implícitas – principios y valores – contenidas en la Constitución, especialmente en materia de principios, como el debido proceso que constituyen las denominadas cláusulas pétreas, es decir imposibles de modificar o de aplicar en un sentido restringido, sin embargo, esta rigidez constitucional en materia de sumarios administrativos es una quiera, ya que vulnera varios principios que dicen relación con el debido proceso.

1.1.4.4. El principio de aplicabilidad directa

El principio de aplicabilidad directa a que se hizo mención anteriormente, y que expresamente se consagra en el inciso 1° del numeral 3 del Art. 11 y el inciso 1° del Art. 426 de la Constitución de la República, es retórico en lo que se refiere a quienes ejercen labores jurisdiccionales en materia administrativa, ya que, como se señaló, muchos de estos servidores, profanos en conocimientos jurídicos o en el evento de abogados que ejerzan como juzgadores, aplican el texto expreso de la ley, en contravención al principio de aplicabilidad directa que les obliga a aplicar directa e inmediatamente los derechos y garantías constitucionales y los establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, perjudicándose con esta imperdonable, por no decir deliberada, omisión, a quienes son sometidos a un sumario administrativo en el Ecuador.

1.1.4.5. El principio pro homine

La jurista argentina Dra. Mónica Pinto, en su artículo “El principio pro homine, Criterios de hermenéutica y pautas para los derechos humanos”, que forma parte de la Tabla 20185 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresa:

“El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer res-

tricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre [...] En este sentido, cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio *pro homine* en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que «entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido [...] Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997, pág. 170)

Pese a que el principio *pro homine* se entendería consagrado como “principio más favorable a la servidora o servidor” en el inciso 2° del Art. 44 de la LOSEP, no existe conclusión y recomendación, o aplicación de sanción alguna en la que se haya hecho mención de este principio en los sumarios administrativos, y menos de su aplicación.

1.1.4.6. El principio de no restricción del contenido de los derechos y garantías constitucionales

El principio de no restricción del contenido de los derechos y garantías constitucionales, se contempla en el inciso penúltimo y final del numeral 3 y en el numeral 4 del Art, 11 de la Constitución de la República, que establecen:

Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirá condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley. (Art. 11 N° 3 inciso penúltimo)

Los derechos serán plenamente justiciables, No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por estos hechos ni para negar su reconocimiento. (Art. 11 N° 3 inciso último)

Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (Art. 11 N° 4)

Sin embargo, de acuerdo al análisis constitucional de la LOSEP, puede apreciarse, la violación del literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, que señala un irrisorio tiempo para que el servidor pueda contar con los medios para una adecuada defensa; al servidor en caso de no tener ingresos suficientes, no se le asigna un defensor,

labor que debería recaer en la defensoría pública, etc.

La crítica al juzgamiento de servidoras y servidores públicos por parte de profanos en materia jurídica o de personas que carecen de facultades jurisdiccionales, ha sido severamente criticada por los autores comparados, destacando que el jurista chileno Dr. Cristian Román Cordero señala en su artículo “El castigo en el derecho administrativo” invoca a tres autores de su nacionalidad, quienes critican la existencia de juzgadores inconstitucionales en la Administración Pública.

El primero de los autores citados por el Dr Cristian Román Cordero es el Dr. Eduardo Soto Kloss, uno de los más prestigiosos especialistas en Derecho Administrativo del país austral, quien en su artículo “Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la facultad sancionadora de la Administración”, expresa:

“Si sancionar es juzgar, y si para juzgar se requiere estar habilitado jurídicamente por la Constitución y el ordenamiento constitucional, y ello en Chile se ha entregado a los tribunales de justicia, y más encima de ello debe hacerse a través del debido procedimiento (racional y justo), no parece sino elemental el preguntarse ¿cómo entonces, el administrador – sea el Presidente de la República, un jefe de servicio, un intendente, etc.- puede imponer sanciones administrativas sean multas, sean comisos, sean clausuras de locales, sean retiros de actos autorizatorios, sean conductas determinadas, etc., si carece constitucionalmente de jurisdicción? [...] Porque es una realidad que día a día la Administración impone castigos, no solo a sus agentes (funcionarios), sino a los simples ciudadanos, a los usuarios de servicios públicos, a quienes contratan con ella, a quienes son beneficiarios de una autorización, de una subvención, de un acto de admisión, en fin de cualquier acto administrativo de beneficio”. (C. Román 2010, pág. 158)

Es clara la doctrina del Dr. Soto Kloss en el sentido que para juzgar se requiere estar habilitado y sólo tienen jurisdicción las juezas y jueces pertenecientes a la Función Judicial, razón por la cual es contraria a derecho que la facultad sancionadora de la Administración se entregue a personas a las que la ley no le entrega jurisdicción, más aún en el caso de ciertos Gobiernos Autónomos Descentralizados, como los municipales, donde esta labor se entrega al jefe de personal, generalmente una persona que carece de conocimientos jurídicos y que se limita, simplemente a aplicar el rigor de la ley violando los principios del

debido proceso.

El segundo autor citado por el autor Cristian Román Cordero, es el penalista Sergio Polittoff Lifschitz, quien en su obra “Derecho Penal”, sostiene:

“Los abusos a que tales medidas – sanciones administrativas – pueden conducir a los graves reparos que suscita su utilización, sobre todo cuando ella quebranta los criterios de respeto de la dignidad y de los derechos fundamentales de la persona que deben servir de freno a los excesos del poder político. Sin embargo «si se quiere realmente un auténtico Estado de Derecho democrático”, la aplicación de estas facultades – limitada a los casos permitidos por la Constitución, deberá responder a una necesidad ineludible y sujeta a criterios de moderación, proporcionalidad y subsidiariedad”. (C. Román 2010, pág. 161).

Cuando a una persona se la juzga por funcionarios que carecen de conocimientos jurídicos, se está violando el principio del juez natural, siendo común que estos “juzgadores”, obedezcan órdenes superiores, lo que ha implicado, sobre todo en materia municipal, la existencia de procedimientos arbitrarios en los cuales, en instancias judiciales se ha condenado a graves sanciones , por ejemplo a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, debiendo indemnizar al servidor injustamente destituido y restituirlo a sus funciones.

El tercer autor, que cita el autor Dr. Cristian Román Cordero, es el penalista Dr. Eduardo Novoa Monreal, en su obra “Derecho Penal”, ya planteó en el año 1960 respecto del crecimiento inorgánico de las potestades sancionadoras de la administración, que:

“La proliferación actual de leyes penales administrativas y la mayor gravedad que gradualmente van asumiendo las sanciones que ellas establecen, hace aconsejable que el legislador se preocupe de rodear a la aplicación del Derecho Administrativo de garantías semejantes a las que están incorporadas al Derecho Penal, como forma adecuada para mantener el respeto a la dignidad y los derechos del hombre”. (C. Román 2010, pág. 161).

En este sentido, tienen razón los juristas comparados, porque quien carece de jurisdicción no puede administrar ningún tipo de justicia, y no vale para ello el argumento del derecho penal mínimo, en el sentido que el derecho penal se encargue de los delitos de más tras-

condencia social, porque si las falta administrativas son equivalentes a los “delitos de bagatela”, debe ser un juez quien conozca y falle el asunto. Sin embargo, para evitar una innecesaria recarga a la justicia, sería conveniente que se exigiera que los sumarios administrativos los conociera y fallara un abogado, el cual deberá ser inscrito en este estatus especial de juzgador en el Consejo Nacional de la Judicatura, el cual, previo a su nombramiento verificará la capacidad del postulante, y no como ocurre ahora que cualquier servidora o servidor público ejerce jurisdicción en los sumarios administrativos sin siquiera tener conocimiento que el derecho se compone de normas, principios y valores.

1.1.5. Aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso administrativo

1.1.5.1. Concepto del principio de proporcionalidad

El jurista chileno Dr. Hernán Fuentes Cubillos, al referirse al principio de proporcionalidad, en su artículo titulado “El principio de proporcionalidad en derecho penal. algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, señala:

“Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrir un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi”. (Fuentes 2008, pág. 19)

Mientras el derecho penal tiene tendencias minimalistas, de acuerdo a la doctrina universal e incluso de nuestra Constitución de la República, que en su artículo 195 al referirse al ejercicio de la acción penal en el proceso, señala que el fiscal ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, existe una diferencia radical del ius puniendi administrativo estatal contra sus servidores, no existiendo el denominado minimalismo ni el principio de oportunidad en los “delitos de bagatela, lo que implica que los Estados, en general, tienen una doble faz, en materia penal aplican el

principio de proporcionalidad para morigerar la pena, y, en los casos de los delitos de bagatela no ejercen la acción penal, con tal que se haya reparado a la víctima.

Sin embargo, en el derecho administrativo sancionador existe un legalismo a ultranza que se intenta morigerar retóricamente con el cumplimiento del principio pro funcionario, expresando que se exige la aplicación de los principios del debido proceso, entre ellos el derecho a defensa, apreciándose en la realidad que en materia del derecho administrativo sancionador existe una carencia de humanismo que de tono inquisidor aplica el rigor de la ley, al punto que existe la sanción de suspensión con privación del goce de remuneraciones, es decir, él o la funcionaria que son – seguramente – el sustento del grupo familiar, lo que viola la carta fundamental, porque esta privación de remuneración afecta la dignidad y alimentación de su familia, especialmente, el interés superior de las niñas, niños o adolescentes del grupo familiar, en abierta contravención al Art. 44 de la Constitución de la República, pero no sólo eso, ya que en el caso que se reitere la sanción en el lapso de un año, el o la funcionaria, serán destituidos, dejando en el más absoluto desamparo al grupo familiar.

Demás está decir, que el positivismo a ultranza del derecho administrativo sancionador viola la igualdad ante la ley, porque la simple reiteración de una conducta administrativa dentro de un lapso determinado genera la destitución o el agravamiento de la pena, lo que viola en forma burda el principio de que nadie puede ser discriminado por su pasado judicial, debiendo considerarse, igualmente el pasado administrativo, resultando una paradoja que a un brutal homicida que se lo condene no se le considere el pasado judicial, cosa que sí ocurre con los funcionarios y funcionarias de la administración pública.

En consecuencia, el derecho administrativo sancionador además de los defectos señalados, permite, que en muchos organismos que forman parte de la administración como los gobiernos autónomos descentralizados municipales, haya funcionarios que carecen de los más mínimos conocimientos legales a los cuales se les encomienda la labor de administrar esta «justicia sancionadora», quienes simplemente se dedican a aplicar el texto expreso de la ley, ignorando que nuestro ordenamiento se compone de principios y valores que desconocen absolutamente, o, en el caso de abogados a cargo de estos sumarios, simplemente no los aplican porque, en términos simples, impera, finalmente el criterio de la máxima autoridad del municipio.

1.1.5.2. Características del principio de proporcionalidad

El jurista brasileño Dr. Dirley da Cunha, en su obra “Curso de Derecho Administrativo”, al referirse al principio de proporcionalidad, señala que en materia administrativa a este principio debemos entenderlo como aquel que “limita la actuación y la discrecionalidad de los poderes públicos y, en especial, limita que la Administración Pública actúe con exceso o valiéndose de actos inútiles, desventajosos, carentes de razón y desproporcionados”. (Da Cunha 2009, pág. 50)

El principio de proporcionalidad forma parte del debido proceso, específicamente en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República, que establece:

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

6.- La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

En forma clara y categórica en las infracciones administrativas debe aplicarse este principio a fin que no se apliquen sanciones excesivas, siendo destacable lo que afirma el jurista peruano Dr. Pedro José Coviello, en su artículo: “*El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo*” cuando expresa:

Como decía Walter Jellinek, el problema de la proporcionalidad es saber «si no se va a tirar sobre los gorriones con un cañón».[...] La aplicación del principio se ha ceñido a la determinación de estos tópicos: (i) que la medida sea adecuada —o apropiada— para el resultado buscado, lo que quiere decir que el medio sea legal y que sirva para el fin buscado, por lo que algunos autores alemanes hablan de un «principio de pertinencia»; (ii) que la medida adecuada sea necesaria, en el sentido de que la autoridad no tiene otro mecanismo a su disposición que sea menos lesivo a la persona afectada; y (iii) que la medida no sea desproporcionada con las restricciones que impone, a lo cual también se denomina proporcionalidad en sentido estricto y en donde importa un balance de valores o intereses en juego. (Coviello 2011, pág. 145).

Expresivo es lo expuesto por el Dr. Coviello cuando menciona a Walter Jellinek, quien en términos figurativos de manera categórica determina lo que puede significar el ius puniendi administrativo, cuando señala que el problema de la proporcionalidad radica en saber «si no se va a tirar sobre los gorriones con un cañón», lo que es posible cuando la jurisdicción disciplinaria administrativa se deja en manos de profanos del derecho, en funcionarios que no tienen ni el más mínimo criterio jurídico y que, ciertamente, carecen de imparcialidad con respecto a la máxima autoridad del servicio.

Una jurisdicción en la cual también la administración es juez y parte, es en la que se establece en el procedimiento coactivo, pero en este tipo de justicia al menos se exige la presencia de un abogado en el control del procedimiento, destacando que en materia disciplinaria administrativa, por lo general se deja esta responsabilidad al jefe de personal o funcionarios de esa dependencia que no tienen los mínimos conocimientos jurídicos, ignorando como aplicar el principio de proporcionalidad en concordancia con el principio pro homine, bastando observar sumarios administrativos para detectar que no existió ni la más mínima aplicación de los principios del debido proceso, ni menos del principio de proporcionalidad.

Lo anterior porque estando el derecho configurado, de acuerdo a las teorías neoconstitucionalistas, por normas, principios y valores, quienes dirigen el sumario, por lo general ignorantes o profanos en materia jurídica, sólo se limitarán a aplicar el texto de la ley, sin tener la más mínima noción del principio de proporcionalidad.

Teóricamente el principio de proporcionalidad tiene una serie de características:

- El principio de proporcionalidad forma parte del debido proceso y tiene por finalidad la existencia de un equilibrio entre las infracciones administrativas y los hechos de la causa, aplicando el principio pro funcionario.
- El principio de proporcionalidad actúa como límite al poder excesivo del ius puniendi del Estado.
- El principio de proporcionalidad supone que quien va aplicarlo es una persona que tiene jurisdicción como conocimientos jurídicos para incoar adecuadamente un procedimiento.

1.1.5.3. El principio de proporcionalidad y su aplicación en materia administrativa

Tal como se expresó en el punto anterior, radicar la jurisdicción administrativa disciplinaria en la propia administración, es impropio, ya que el funcionario administrativo juzgador, por ser dependiente de la autoridad de la repartición pública en donde ocurrieron los hechos que se deben conocer y juzgar, carece de la imparcialidad que debe tener toda jueza o juez que conocer de una materia controvertida.

Es tal la falta de proporcionalidad que se nota en los procedimientos administrativos, que ello se aprecia notoriamente en la falta de motivación de los dictámenes que proponen sanciones que debe aplicar la autoridad competente.

Pese a que en la práctica, la falta de aplicación del principio de proporcionalidad es evidente, debe destacarse que el COOTAD establece en el Art. 395 la potestad sancionadora en los funcionarios de los gobiernos autónomos descentralizados, encargados del juzgamiento de infracciones a la normativa expedida por cada nivel de gobierno, destacando que en su inciso penúltimo se establece:

La potestad sancionadora y los procedimientos sancionatorios se regirán por los principios de legalidad, proporcionalidad, tipicidad, responsabilidad, irretroactividad y prescripción. En casos de infracción flagrante, se podrán emplear medidas provisionales y cautelares de naturaleza real para asegurar la inmediatez del presunto infractor, la aplicación de la sanción y precautelar a las personas, los bienes y el ambiente (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización 2010, Arts. 386, 395 y 396)

El inciso final del Art. 395 del COOTAD, establece la legalidad sobre la proporcionalidad en forma tajante, cuando dispone:

Para tal efecto, se considerarán infracciones objeto de las sanciones establecidas por los gobiernos autónomos descentralizados, todo incumplimiento por acción u omisión de las normativas expedidas por estos (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización 2010, Arts. 386, 395 y 396)

La disposición señala que a todo incumplimiento por acción u omisión se le aplicará las sanciones establecidas en la normativa, subsanándose la situación en el Art. 396 del COOTAD, que dispone:

Art. 396.- Principio de proporcionalidad.- En la normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones 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 gradación de la sanción a aplicar:

- a) La trascendencia social y el perjuicio causado por la infracción cometida;
- b) El grado de intencionalidad;
- c) La reiteración o reincidencia en la comisión de infracciones; y,
- d) La cuantía del eventual beneficio obtenido estos

(Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización 2010, Arts. 386, 395 y 396)

Importante es destacar la diferencia administrativa con el procedimiento penal, porque hay sanciones que suspenden al servidor o servidora y le privan de sus remuneraciones, las cuales, en caso de repetirse generan la destitución del mismo.

En primer lugar en esta disposición de la LOSEP ya que la reincidencia no es tomada en consideración en el principio de igualdad ante la ley consagrado en el numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República, que establece que nadie podrá ser discriminado por pasado judicial.

Podría pensarse que hay una diferencia respecto del pasado administrativo, sin embargo en el Art. 395 del COOTAD y en el Art. 44 de la LOSEP en donde se establece la facultad de juzgar las infracciones a las normas administrativa, mediante un proceso administrativo, oral y motivado, por el cual la administración determinará o no el cometimiento de las faltas administrativas establecidas en la LOSEP, señalando que el sumario se aplicará en cumplimiento de las reglas del debido proceso, el respeto al derecho a la defensa y la aplicación del principio pro funcionario.

No resulta inteligible la norma constitucional, que no toma en consideración en pasado

judicial de una persona, y sin embargo una norma de inferior jerarquía a la Constitución lo hace respecto de las servidoras y servidores públicos.

El procedimiento administrativo disciplinario de la LOSEP es sui generis, porque conoce del asunto un funcionario determinado, el cual conocerá de la causa, para proponer a la autoridad la aplicación de la sanción. En consecuencia es tan arbitrario el procedimiento que es el antónimo del principio de inmediación porque otra autoridad es la que sanciona, sin siquiera haber tenido la oportunidad de leer el expediente.

De acuerdo a lo expuesto, el procedimiento es absolutamente diverso a lo que ocurre en materia procesal penal, primero porque no se le conceden términos adecuados para preparar su defensa; tampoco se le designa una abogada o abogado que lo represente gratuitamente en caso de carecer de recursos para ello; no establece la ley que toda actuación que se practique con el sumariado debe contar con la presencia de su abogado, para que sea válida, situaciones todas que generan la nulidad del proceso penal, más no del proceso administrativo.

1.1.5.4. El principio de motivación de los fallos administrativos

De conformidad al literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República:

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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 76 N° 7 literal l)

Concuerda con la disposición constitucional el Art. 122 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que establece:

Art. 122.- Motivación.- (Sustituido por el Art. 1 del D.E. 3389, R.O. 733, 27-XII-2002).- 1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de moti-

vación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública (Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva 2002, Art. 1 modificado por el D.E. 3389, R.O. 733, 27-XII-2002)

Con igual tenor, el inciso 1° del Art. 386 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) dispone, respecto de la motivación, lo siguiente:

Art. 386.- Obligación de resolver.- La administración está obligada a dictar resolución expresa y motivada en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma y contenido (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización 2010, Arts. 386, 395 y 396)

Doctrinariamente es ajustado a derecho que una resolución administrativa que carezca de motivación sea nula de nulidad absoluta, ya que se acuerdo a lo que expresa la jurista Dra. María Cristina Zanella en su obra “Derecho Administrativo”:

El principio de la motivación exige que la Administración Pública indique los fundamentos de hecho y de derecho de sus decisiones. Este principio está consagrado por la doctrina y la jurisprudencia [En nuestro ordenamiento jurídico también en la Constitución], no existiendo espacio para las obsoletas doctrinas en que se discutía si su obligatoriedad alcanzaba solo a los actos vinculados o a los actos discrecionales, o procedía en ambas categorías. La obligatoriedad de la motivación se justifica en cualquier tipo de actos, porque se trata de formalidades necesarias para permitir el control de legalidad de los actos administrativos. (Zanella 2005, pág. 97)

De acuerdo a lo expuesto, todo acto administrativo inmotivado es nulo de nulidad absoluta, razón por la cual un dictamen que formule cargos o sancione a un servidor público, si carece de motivación, no tendrá efecto alguno y se sancionará a quienes dictaron el acto nulo.

1.1.5.5. El principio de proporcionalidad de los fallos administrativos

De acuerdo a lo expuesto en el punto anterior, si el fallo administrativo carece de motivación será nulo, y en consecuencia no produce efecto alguno, pero destacable es señalar que si el fallo no hace mención al principio de proporcionalidad que se obliga a señalar en la sentencia, también podría alegarse la nulidad porque el Art. 396 del COOTAD señala de modo expreso que el principio de proporcionalidad es un elemento esencial del fallo.

1.1.5.6. La falta de motivación y la falta de proporcionalidad en la aplicación de condenas en los fallos administrativos

La falta de motivación y de proporcionalidad del fallo, genera la nulidad del mismo, en virtud de violar el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República y también por omitir expresamente lo ordenado por el numeral 6 de la misma disposición constitucional, lo que faculta al sumariado para pedir la nulidad la sentencia y de todo lo obrado, porque no se determina la forma cómo se llegó a resolver el fallo que le afecta.

1.1.5.7. Procedimiento Contencioso Administrativo por los fallos recaídos en un procedimiento sumarial.

El sancionado está facultado para accionar ante el órgano jurisdiccional de su domicilio de conformidad a lo dispuesto en el Art. 299 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), la acción que procede es la contemplada en el Art. 306 del mismo cuerpo legal, es decir, la subjetiva o de plena jurisdicción para lo cual el accionante tiene el término de noventa días para interponer la demanda contados desde la fecha en que se notificó la resolución impugnada.

En el caso que la sentencia de término transgreda las normas del debido proceso, procede la acción extraordinaria de protección, la cual procede igualmente en contra de la sentencia de casación emanada por la Sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia.

1.1.5.8. La acción extraordinaria de protección contra la sentencia de la Corte Provincial de Justicia o la de casación emanada por la Sala respectiva de la Corte Nacional de Justicia, basada en la violación

del debido proceso. en tramitación de la acción subjetiva o de plena jurisdicción del accionante.

En el hipotético caso que no se acepte por la Corte Provincial respectiva la acción subjetiva o de plena jurisdicción del accionante y se violen en la sentencia las normas del debido proceso u ocurra la misma situación en el caso de la sentencia de casación emanada de la respectiva Sala de la Corte Nacional de Justicia, el afectado está facultado para presentar la acción extraordinaria de protección, que se contiene en los Arts. 94 de la Constitución y 58 a 64 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ya que por acción u omisión el fallo violó los derechos reconocidos en la Constitución, la cual procede por haberse agotado los recursos ordinarios o extraordinarios que procedan.

CAPÍTULO II
DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. Métodos

Los métodos que se utilizaron en la presente investigación, fueron los siguientes:

2.1.1. Método Deductivo Este método se aplicará analizando la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como comparada, relacionada con la aplicación del principio de proporcionalidad en los procesos administrativos disciplinarios.

2.1.2. Método Inductivo: Este método se ha instrumentado en base al texto de la LOSEP y su reglamento, determinándose que el procedimiento disciplinario ecuatoriano tiene falencias que es necesario corregir, ya que no cumple con los principios constitucionales de aplicabilidad directa, *pro homine* y de proporcionalidad, entre otros.

2.1.3. Método Analógico o Comparativo: Este método consistió en la comparación amplia de los procedimientos disciplinarios existentes en el derecho comparado, lo que permitirá su análisis integral, sus ventajas y desventajas, respecto de nuestro procedimiento sumarial.

2.1.4. Método Analítico: Mediante su aplicación se puso énfasis en las deficiencias y ventajas que existen en nuestro procedimiento disciplinario en relación a los principios neoconstitucionalistas que sirven de base a la Constitución de la República.

2.1.5. Método Sintético: Aplicando todo lo relacionado con la variedad de factores que provocó inconvenientes procesales, en la falta de aplicación del principio de proporcionalidad en materia de procedimientos disciplinarios, se llegó a un todo concreto.

2.2. Técnicas e instrumentos

Las técnicas de investigación empleadas en el tema de investigación fueron las clásicas y que ayudan de forma perfecta para conseguir los objetivos generales y específicos, sin las

cuales, la metodología aplicada no habría llegado a materializarse sin ayuda de las fichas bibliográficas, nemotécnicas, de campo y linkográficas.

2.2.1. Fichas Bibliográficas: Las fichas bibliográficas se destinaron a anotar los datos completos de los documentos consultados en la investigación: libros, revistas folletos, diarios, etc.

2.2.2. Fichas de Campo: Fueron las fichas destinadas a recoger datos que se obtuvo de la entrevistas y las encuestas

2.2.3. Fichas Linkográficas: Se utilizó esta fuente de investigación moderna como lo es el Internet, aquí se encontró mucha información de todas partes del mundo y de nuestro país acerca del tema, señalándose en la linkografía los autores y su obra que se obtuvieron por esta aplicación.

2.3. Técnicas de Campo

2.3.1. Encuesta: Se encuestó especialmente a 50 abogados de ejercicio liberal de la ciudad de Quito, especialistas en derecho administrativo que se pronunciaron acerca de la materia.

2.3.2. Entrevista: Se entrevistará a dos abogados de la Contraloría General del Estado de Pichincha, las Dras. Vaca López, Helen y Granja, María de Lourdes y el ex síndico municipal de Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago, especializados en procedimientos administrativos disciplinarios

2.4. Procedimiento en la investigación

2.4.1. Estudio Bibliográfico: Se recurrió a las bibliotecas de las universidades Andina Simón Bolívar, San Francisco y de la Pontificia Universidad Católica de Quito a consultar la doctrina necesaria para el desarrollo de la investigación.

2.5. Instrumentos

- Cuestionario
- Observación

2.6. Diseño de la investigación

La presente investigación fue de carácter **descriptiva** porque se trata de una investigación concluyente que tiene como objetivo principal indagar acerca de la utilización del principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones emanadas de un procedimiento disciplinario, determinando si los fallos afectan los derechos constitucionales y humanos de los servidores públicos sometidos a sumario administrativo.

De igual manera esta investigación fue también **exploratoria** porque se investigó la doctrina nacional y comparada respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho nacional como el comparado, especialmente en los países de Chile, Colombia, España y México.

CAPÍTULO III
RESULTADOS

3.1. Entrevista a dos abogados de la Contraloría General del Estado y a un ex – procurador síndico municipal

3.1.1. Entrevista a la señora Vaca López Helen, abogada funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito.

Primera pregunta.- ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado cuente con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa conforme dispone el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?

En los sumarios administrativos que se tramitan en la Contraloría General del Estado existe un control estricto acerca de la legalidad de los sumarios administrativos, respecto de los sumarios conocidos en otras instituciones del Estado lo ignoro porque no es competencia de Contraloría conocer acerca de la nulidad o validez del fallo sumarial emanado de otra institución, especialmente en lo que dice relación con los sumarios tramitados en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales

Segunda pregunta.- ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado sea interrogado por el funcionario instructor del sumario en presencia de su abogado, conforme dispone el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?

Reitero que en lo que respecta a la Contraloría General de la República se cumple con los principios del debido proceso, aunque personalmente estimo que el plazo que se otorga a un sumariado para preparar su defensa es muy breve, ya que es imposible que en tres

días una o un servidor público, contrata un abogado y que se prepare adecuadamente la defensa.

Tercera pregunta.- ¿Procede en materia administrativa que el sumariado sea asistido por una abogada o abogado proporcionado por el Estado o defensor público en el caso que carezca de medios para contratar uno?

No, no existe esta garantía, aunque podría el sumariado solicitar la defensa por parte de un defensor público, existiendo antecedentes que la asociación de funcionario en caso de los municipios, ayuda al funcionario o funcionaria que pertenecen a la asociación para que tenga una defensa letrada.

Cuarta pregunta.- ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en su institución?

En la Contraloría General del Estado Quito se deja esta tramitación a funcionarios de personal con experiencia en recursos humanos, pero siempre existe la asesoría jurídica de los abogados de la institución.

Quinta pregunta.- ¿Son motivados los fallos recaídos en los sumarios administrativos tramitados en su institución?

En nuestra institución son motivados y por esa razón no ha existido acciones en contra de los sumarios que emanan de la Contraloría General del Estado.

Sexta pregunta.- ¿Se ha pedido la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?

Me remito a la respuesta anterior.

Séptima pregunta.- ¿Se aplica el principio de proporcionalidad en los sumarios administrativos en su institución?

Como señalé anteriormente en nuestra institución se cumple plenamente con el debido

proceso en los procedimientos sumariales

Octava pregunta.- ¿Cómo se materializa la aplicación del principio de proporcionalidad en los sumarios administrativos en su institución?

Se señala expresamente en la sentencia a fin que no quede lugar a dudas acerca de su aplicación.

Novena pregunta.- ¿Se ha pedido la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?

Se ha pedido pero las acciones no han prosperado porque se cumplen adecuadamente los principios del debido proceso.

Décima pregunta.- ¿Sabe o conoce de alguna acción extraordinaria de protección en contra de una sentencia emanada de un tribunal contencioso administrativo que denegó la nulidad del fallo por falta de motivación o proporcionalidad?

Respecto de los sumarios tramitados en la Contraloría no hay antecedentes de ello.

3.1.2. Entrevista a la señora Granja, María de Lourdes, abogada funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito

Primera pregunta.- ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado cuente con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa conforme dispone el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?

Nuestra institución se caracteriza por el control y lo que se lleva a cabo en ella en forma acuciosa, razón por la cual se cumple con los principios del debido proceso, pero estimo que la LOSEP establece normas que no tienen concordancia con la Constitución porque otorgar tres días para preparar una defensa es insuficiente.

Segunda pregunta.- ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado sea interrogado por el funcionario instructor del sumario en presencia de su abogado, conforme dispone el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?

Es grave que se tomen declaraciones al sumariado sin la presencia de su abogado, lo que implicaría una nulidad de las diligencias efectuadas, como ocurre en materia procesal penal, ya que los principios del debido proceso se aplican igualmente a los procesos sumariales administrativos.

Tercera pregunta.- ¿Procede en materia administrativa que el sumariado sea asistido por una abogada o abogado proporcionado por el Estado o defensor público en el caso que carezca de medios para contratar uno?

Si, el sumariado debe estar acompañado de abogado en todas las diligencias sumariales obvio que necesita defensa, pero el Estado o su institución no está obligada a contratar a un abogado o abogada para que lo defienda, debiendo el funcionario o la funcionaria contratar un profesional de su propio peculio.

Cuarta pregunta.- ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en su institución?

En recursos humanos se cuenta con abogados asesores que vigilan la tramitación de los sumarios cuando éstos son tramitados y fallados por personas que carecen del título profesional de abogado.

Quinta pregunta.- ¿Son motivados los fallos recaídos en los sumarios administrativos tramitados en su institución?

De acuerdo a lo expuesto en la respuesta anterior, se cuenta para ello con los abogados de la institución en el evento que quien conoce de un sumario no sea abogado.

Sexta pregunta.- ¿Se ha pedido la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?

Nuestros sumarios son sustentados en derecho, pero ello no obsta a que personas que se sientan perjudicadas con los resultados del sumario interpongan las acciones que crean pertinentes.

Séptima pregunta.- ¿Se aplica el principio de proporcionalidad en los sumarios administrativos en su institución?

Siempre se toma en consideración, como le dije, nuestra institución cumple con los principios del debido proceso en toda sus actuaciones sumariales.

Octava pregunta.- ¿Cómo se materializa la aplicación del principio de proporcionalidad en los sumarios administrativos en su institución?

En la motivación de la sentencia y en el dictamen sea condenatorio o no

Novena pregunta.- ¿Se ha pedido la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?

Como dije anteriormente a nadie se le prohíbe accionar en contra de los sumarios administrativos, de la defensa en tribunales se encargan los propios abogados de la institución.

Décima pregunta.- ¿Sabe o conoce de alguna acción extraordinaria de protección en contra de una sentencia emanada de un tribunal contencioso administrativo que denegó la nulidad del fallo por falta de motivación o proporcionalidad?

He visto jurisprudencia de la Corte Constitucional pero ninguna se refiere a sumarios que se hayan tramitado en Contraloría.

3.1.3. Entrevista al Dr. Acosta Villacís, Santiago, ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra,

Primera pregunta.- ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado cuente con el tiempo y los medios adecuados para la prepara-

ción de su defensa conforme dispone el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?

Cuando presté mis servicios profesionales en el entonces Municipio de Ibarra, estos se tramitaban por la directora de recursos humanos que no era abogada, no existiendo ningún abogado en el departamento, así que simplemente se limitaban a aplicar la Constitución y la ley, es decir, le otorgaban el plazo que establece la LOSEP para contratar abogado y defenderse, plazo muy breve que impide una preparación adecuada de la defensa.

Segunda pregunta.- ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado sea interrogado por el funcionario instructor del sumario en presencia de su abogado, conforme dispone el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?

Como le señalé, durante la tramitación del proceso sumaria, solo actuaba el departamento de Recursos Humanos, destacando que teniendo a la vista los expedientes sumariales, en la mayoría de las veces, el sumariado concurría con su abogado a todas las diligencias que se necesitaba para la tramitación del mismo.

Tercera pregunta.- ¿Procede en materia administrativa que el sumariado sea asistido por una abogada o abogado proporcionado por el Estado o defensor público en el caso que carezca de medios para contratar uno?

No procede, el sumariado debe contratar al o a la abogada que lo defienda.

Cuarta pregunta.- ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en su institución?

En el Municipio de Ibarra, donde presté servicios, no era así, ignorando lo que sucede en la actualidad, pero tengo entendido que sigue la misma jefa de recursos humanos que no es abogada y en el departamento de recursos humanos no hay abogado alguno que les asesores. Solo piden asesoría cuando hay que pronunciar el dictamen.

Quinta pregunta.- ¿Son motivados los fallos recaídos en los sumarios administrativos

tramitados en su institución?

En la época que estuve, por tramitaciones anteriores a la época de mi nombramiento se presentaron varias nulidades y acciones de protección por este concepto, siendo la mayoría de éstas contrarias a los intereses municipales, condenándose al municipio a pagar indemnizaciones al o a la servidora y a reintegrarlo a su cargo.

Sexta pregunta.- ¿Se ha pedido la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?

Las nulidades y/o acciones de protección por violación de los principios del debido proceso fueron el sustento de las mismas.

Séptima pregunta.- ¿Se aplica el principio de proporcionalidad en los sumarios administrativos en su institución?

No presto actualmente servicios en el GAD cantonal de Ibarra, pero estimo que se debe cumplir con los principios que rigen el debido proceso.

Octava pregunta.- ¿Cómo se materializa la aplicación del principio de proporcionalidad en los sumarios administrativos en su institución?

La forma de materializar este principio es insertarlo en el dictamen, pero al igual que en el Código de Procedimiento Civil, debería exigirse la inclusión, en la sentencia, de requisitos esenciales para la existencia y validez del dictamen sumarial.

Novena pregunta.- ¿Se ha pedido la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?

Las acciones presentadas contra el municipio reclamaban una serie de irregularidades, entre ellas la falta de motivación,

Décima pregunta.- ¿Qué han dictaminado los tribunales contencioso administrativos cuando se pide la nulidad por falta de proporcionalidad o falta de motivación?

Fue numerosa la cantidad de pronunciamientos de la justicia por no tramitarse el sumario administrativo en forma adecuada.

3.2. Encuesta y observaciones a la encuesta de cincuenta abogados de libre ejercicio de la ciudad de Quito especialistas en Derecho Administrativo...

Primera pregunta.- ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado cuente con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa conforme dispone el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?

Tabla Nº 1: Aplicación de lo principios del debido proceso en materia de sumarios administrativos

Alternativas	fa	pr
1. No	29	58%
2. Si	21	42%
Total	50	100%

Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

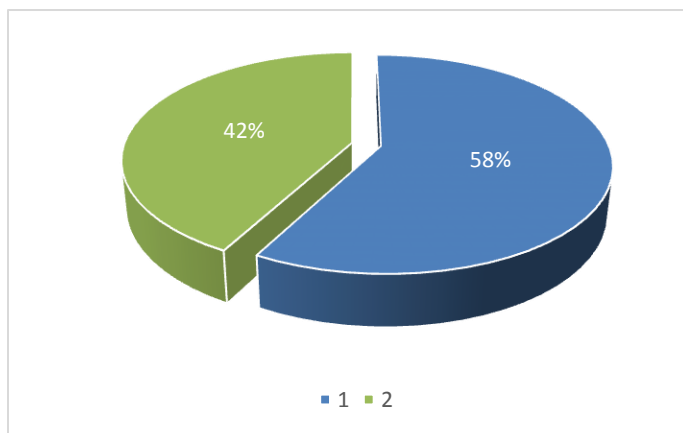


Figura 1: Aplicación de los principios del debido proceso en materia de sumarios administrativos
 Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
 Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

Observación y análisis: un 58% de los abogados encuestados expusieron que no se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado cuenta con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa conforme dispone el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República porque se le otorga un tiempo muy breve que le impide contratar un abogado con tiempo y obviamente ello incide en la falta de medios adecuados para la defensa; un 42% de los abogados señaló que el tiempo es adecuado y ello obedece a que si un funcionario o funcionaria es sometido a sumario, está en antecedentes de las consecuencias de su conducta y obviamente que va a estar preparado para el sumarios que se le incoará

Pregunta N° 2: ¿Por qué sostiene que no se aplican los principios del debido proceso en los sumarios administrativos? (NOTA: Solo a los 29 abogados que votaron negativamente)

Tabla N° 2. No aplicación de los principios del debido proceso

Alternativas	fa	pr
1. Porque se viola el literal b) del N° 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, en tres días no se puede preparar una defensa adecuada	3	12%
2. Porque en cualquier momento se puede interrogar al sumariado sin la presencia de su abogado	1	4%
3. Porque se impide a los abogados defensores el acceso al expediente sumarial	3	12%
4. Porque se viola el principio del juez natural, ya que cualquier servidor o servidora sin conocimientos jurídicos conoce del sumario	0	0
5. Todas las anteriores	21	72%
Total	29	100%

Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
 Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

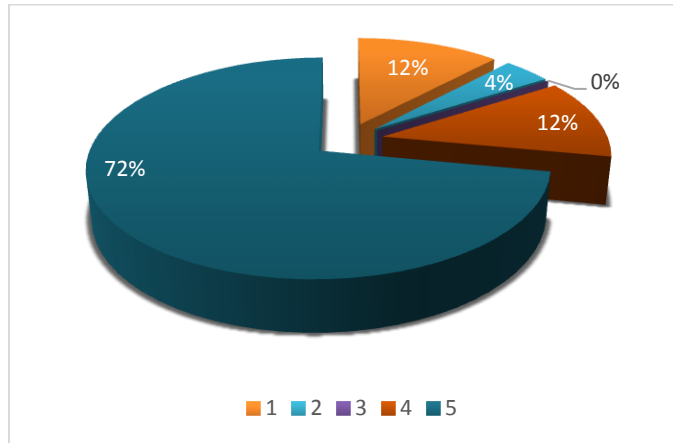


Figura N° 2: No aplicación de los principios del debido proceso
 Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
 Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

Observación y análisis: la mayoría del segmento de abogados encuestados, en un 72%,

expusieron que incidían todas las preguntas formuladas en las diversas alternativas, en las

cuales se establecen una serie de irregularidades que inciden en la falta de aplicación del debido proceso; un 12% señaló que se viola el literal b) del N° 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, porque en tres días no se puede preparar una defensa adecuada; otro 12% expuso que se impide a los abogados defensores el acceso al expediente sumarial y, finalmente, un 4% dijo que Porque en cualquier momento se puede interrogar al sumariado sin la presencia de su abogado. Recordemos que en este segmento se encuestó a abogados que señalaron el incumplimiento del debido proceso.

Tercera pregunta.- ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado sea interrogado por el funcionario instructor del sumario en presencia de su abogado, conforme dispone el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?

Tabla N° 3: Cumplimiento del literal e) del numeral 7 del Art. 11 de la Constitución

Alternativas	fa	pr
--------------	----	----

1. No	39	78%
2. Si	11	22%
Total	50	100%

Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

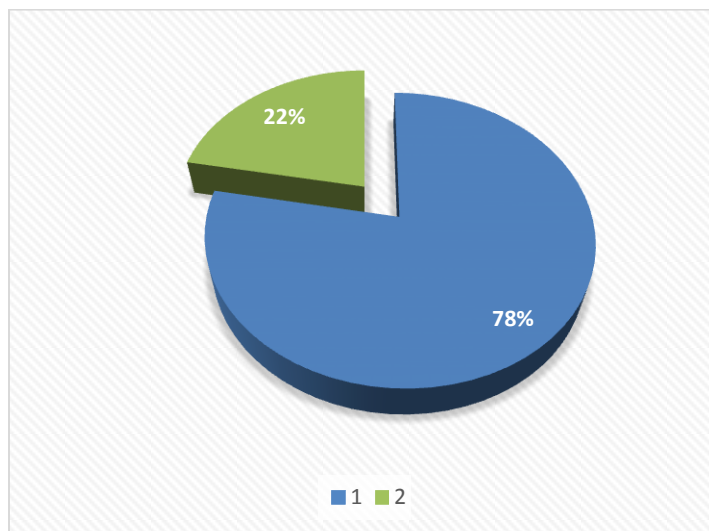


Figura N° 3: Cumplimiento del literal e) del numeral 7 del Art. 11 de la Constitución
Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

Observación y análisis: un 78% señaló que no se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado sea interrogado por el funcionario instructor del sumario en presencia de su abogado, conforme dispone el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República; el 22% restante expresó que si había aplicación de las normas del debido proceso ya que se vela porque el sumariado esté acompañado por su abogado

Cuarta pregunta.- ¿Procede en materia administrativa que el sumariado sea asistido por una abogada o abogado proporcionado por el Estado o defensor público en el caso que carezca de medios para contratar uno?

Cuadro N° 4: Abogado proporcionado por el Estado

Alternativas	fa	pr
--------------	----	----

1. No procede	13	26.67%
2. No procede pero se viola el derecho a defensa	13	26,67%
3. No procede y el sumariado carece de tutela judicial efectiva quedando en la indefensión	7	13,33%
4. Siempre concurren con abogado	10	20,00%
5. No contesta	7	13,33%
TOTAL	50	100,00%

Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
 Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

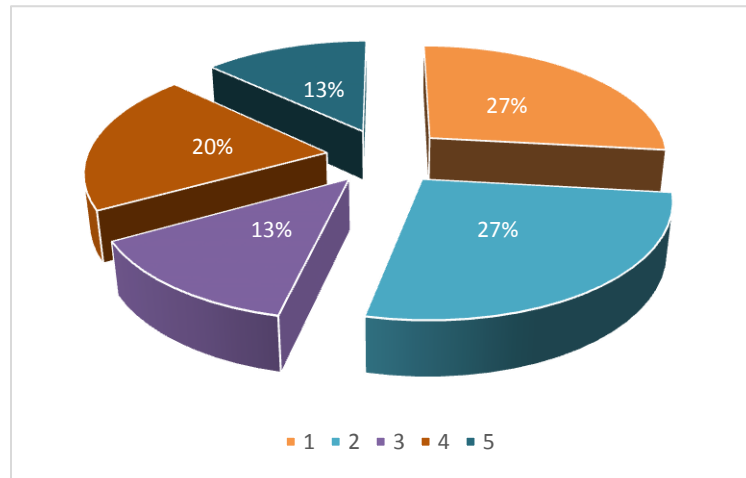


Figura N° 5: Abogado proporcionado por el Estado
 Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
 Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

Observación y análisis: la percepción fue generalmente negativa, porque mientras un 26,67%% de los abogados encuestados expresaron que en materia administrativa el sumariado no es asistido por una abogada o abogado proporcionado por el Estado o defensor público en el caso que carezca de medios para contratar uno; otro 26.67%% señaló que no procede violándose el derecho a defensa; un 13.33% en términos similares señaló que no procede y el sumariado carece de tutela judicial quedando en la indefensión; un 20% señaló que siempre concurren con abogado y el restante 13,33% no contestó. La percepción como se expuso es negativa en un 66.67%, un 20% señaló que se contrata un abogado particular y un 13.33% segmento perteneciente a abogados funcionarios públicos, no contestaron la pregunta.

Quinta pregunta.- ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en los

Gobiernos Autónomos Administrativos Municipales?

Tabla N° 5: ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales?

Alternativas	fa	pr
1. No, recaen en el o la jefe de personal que no es abogado	50	100%
2. Si	0	0%
Total	50	100%

Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

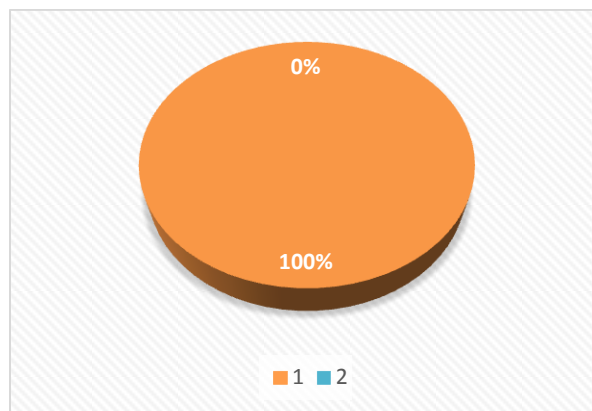


Figura N° 5: ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales?

Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

Observación y análisis: el 100% de los abogados encuestados señaló que en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, los sumarios son tramitados por los jefes de recursos humanos que no son abogados y que mucha veces no solicitan asesoría jurídica.

Sexta pregunta.- ¿Son motivados los fallos recaídos en los sumarios administrativos tramitados en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales?

Tabla N° 6 Motivación de los fallos recaídos en sumarios administrativos en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales

Alternativas	fa	pr
1. Si	38	75%
2. No	12	25%
Total	50	100%

Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

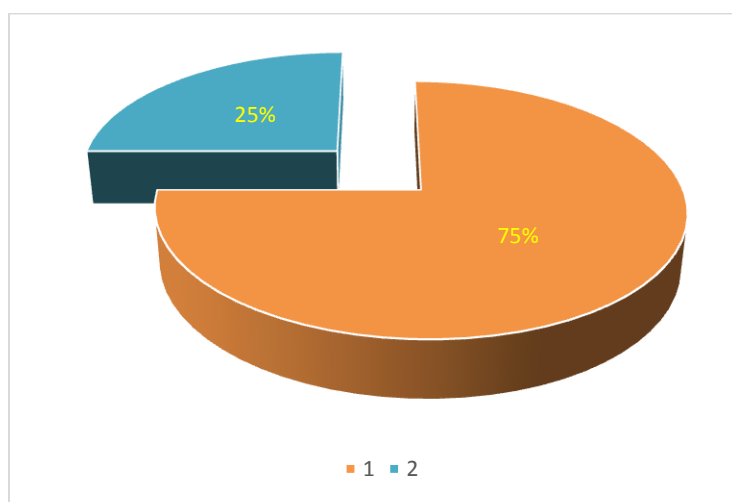


Figura N° 6: Motivación de los fallos recaídos en sumarios administrativos en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales
Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

Observación y análisis: el 75% de los abogados encuestados señaló que los dictámenes son motivados, pero como los que tramitan los sumarios no son abogados se limitan a aplicar la ley de modo estricto sin considerar el principio de proporcionalidad; un 25% de los abogados encuestados señaló que hay falta de motivación o que una motivación errónea es lo mismo que falta y eso es lo que ocurre.

Séptima pregunta.- ¿Ha pedido la usted la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?

Tabla N° 7: Tramitación de nulidad de sumario administrativo

Alternativas	fa	pr
1. No	8	15%
2. Recién me ha llegado un caso	9	19%
3. Si, he tramitado y he conseguido la restitución al cargo del funcionario municipal	33	66%
Total	50	100%

Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

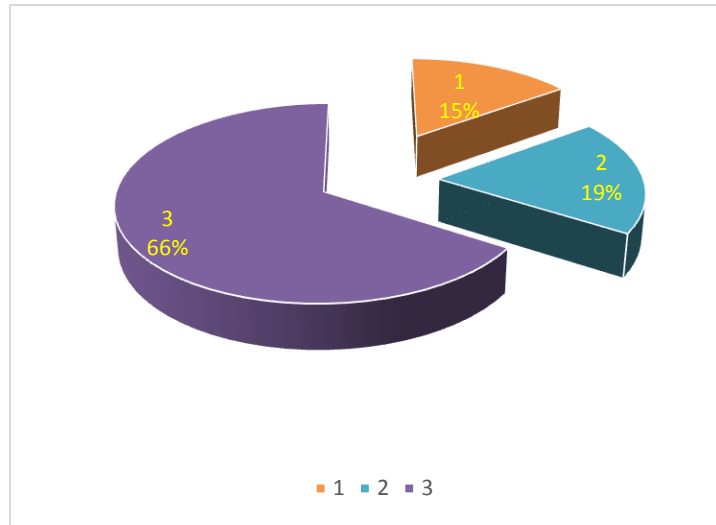


Figura N° 7: Tramitación de nulidad de sumario administrativo
Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

Observación y análisis: un 15% que corresponde al segmento de abogados funcionarios expuso que no ha patrocinado a personas sometidas a sumarios; un 19% señaló que recién les ha llegado un caso sobre la materia y un 66% señaló que ha patrocinado casos y han conseguido sentencia favorable, indemnización y restitución funcionaria.

Octava pregunta.- ¿En los sumarios que ha conocido se ha aplicado el principio de proporcionalidad?

Tabla N° 8: Aplicación del principio de proporcionalidad en el sumario administrativo

Alternativas	fa	pr
1. Si	3	5%
2. Si, pero se lo hace de manera poco clara	6	11%
3. No	47	84%
Total	56	100%

Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
 Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

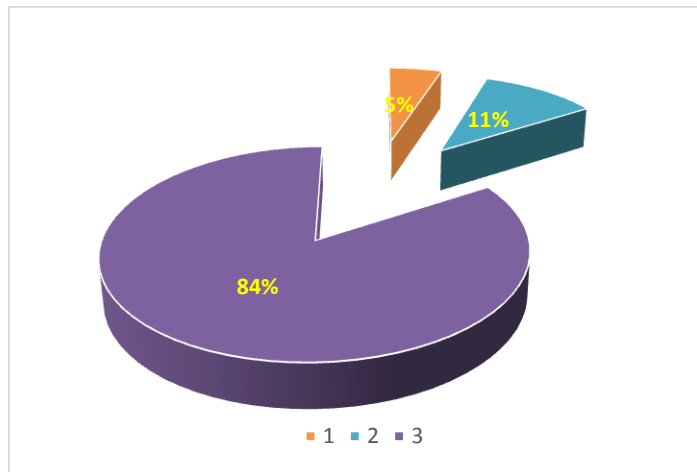


Figura N° 8: Aplicación del principio de proporcionalidad en el sumario administrativo
 Fuente: 50 abogados especialistas en Derecho Administrativo en libre ejercicio de la ciudad de Quito
 Elaborado por la maestrante Ana Patricia Viteri Moya

Observación y análisis: respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad, un 5% expresó que sí ha observado que se ha aplicado; un 11% expresó que por no ser abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en los municipios, existe un atisbo de proporcionalidad que es ininteligible porque prevalece la aplicación estricta de la ley, y, finalmente, un 84% expresó que no se aplica este principio porque quienes tramitan los sumarios en los municipios no son abogados.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. Análisis de los resultados de la entrevista a dos abogados de la Contraloría General del Estado y a un ex – procurador síndico municipal.

Primera pregunta.- ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado cuente con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa conforme dispone el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?

La abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito, expresó que en los sumarios administrativos que se tramitan en la Contraloría General del Estado existe un control estricto acerca de la legalidad de los sumarios administrativos, respecto de los sumarios conocidos en otras instituciones del Estado lo ignoro porque no es competencia de Contraloría conocer acerca de la nulidad o validez del fallo sumarial emanado de otra institución, especialmente en lo que dice relación con los sumarios tramitados en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales

La abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito, señaló que su institución se caracteriza por el control y lo que se lleva a cabo en ella en forma acuciosa, razón por la cual se cumple con los principios del debido proceso, pero estimo que la LOSEP establece normas que no tienen concordancia con la Constitución porque otorgar tres días para preparar una defensa es insuficiente.

El ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago: expresó que cuando prestó sus servicios profesionales en el entonces Municipio de Ibarra, estos se tramitaban por la directora de recursos humanos que no era abogada, no existiendo ningún abogado en el departamento, así que simplemente se limitaban a aplicar la Constitución y la ley, es decir, le otorgaban el plazo que establece la LOSEP para contratar abogado y defenderse, plazo muy breve que impide una preparación adecuada de la defensa.

Análisis de las respuestas: como puede apreciarse, en la Contraloría se cumple con las normas del debido proceso, pero desde un punto netamente legalista, no existe antecedentes de una aplicación amplia del principio de proporcionalidad que no se menciona en los dictámenes que recaen en los sumarios administrativos, por otra parte el ex síndico del municipio de Ibarra señaló que en dicho municipio o Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, la directora de recursos humanos no es abogada, la cual no se asesora adecuadamente, ya que impone sanciones que posteriormente se declaran nulas como sancionar con amonestación escrita sin preceder las amonestaciones verbales previas, lo que implica un actuar arbitrario.

Segunda pregunta.- ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado sea interrogado por el funcionario instructor del sumario en presencia de su abogado, conforme dispone el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?

La abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito reiteró que en lo que respecta a la Contraloría General de la República se cumple con los principios del debido proceso, aunque personalmente estimo que el plazo que se otorga a un sumariado para preparar su defensa es muy breve, ya que es imposible que en tres días una o un servidor público, contrate un abogado y que se prepare adecuadamente la defensa.

La abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito, señaló que es grave que se tomen declaraciones al sumariado sin la presencia de su abogado, lo que implicaría una nulidad de las diligencias efectuadas, como ocurre en materia procesal penal, ya

que los principios del debido proceso se aplican igualmente a los procesos sumariales administrativos.

El ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago expresó que durante la tramitación del proceso sumaria, solo actuaba el departamento de Recursos Humanos, destacando que teniendo a la vista los expedientes sumariales, en la mayoría de las veces, el sumariado concurría con su abogado a todas las diligencias que se necesitaba para la tramitación del mismo.

Observaciones: los tres entrevistados señalaron que es un elemento esencial del sumario administrativo que el sumariado concorra con su abogado particular a todas las diligencias sumariales, ya que de lo contrario, sustentado en la Constitución podría alegar nulidad por contravenir la Constitución.

Tercera pregunta.- ¿Procede en materia administrativa que el sumariado sea asistido por una abogada o abogado proporcionado por el Estado o defensor público en el caso que carezca de medios para contratar uno?

La abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito señaló que no existe esta garantía, aunque podría el sumariado solicitar la defensa por parte de un defensor público, existiendo antecedentes que la asociación de funcionario en caso de los municipios, ayuda al funcionario o funcionaria que pertenecen a la asociación para que tenga una defensa letrada.

La abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito, expresó que el sumariado debe estar acompañado de abogado en todas las diligencias sumariales obvio que necesita defensa, pero el Estado o su institución no está obligada a contratar a un abogado o abogada para que lo defiendan, debiendo el funcionario o la funcionaria contratar un profesional de su propio peculio.

El ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Muni-

cipal del Cantón Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago expresó que no procede, el sumariado debe contratar al o a la abogada que lo defienda.

Observaciones: los tres abogados coincidieron en que el organismo administrativo no proporciona abogado gratuito, como ocurre en los casos delictuales, pero podrían recurrir a la defensoría pública o contratar un abogado particular, lo que sucede en la casi totalidad de las veces.

Cuarta pregunta.- ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en su institución?

La abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito expuso que en la Contraloría General del Estado Quito se deja esta tramitación a funcionarios de personal con experiencia en recursos humanos, pero siempre existe la asesoría jurídica de los abogados de la institución.

La abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito, expresó que en recursos humanos se cuenta con abogados asesores que vigilan la tramitación de los sumarios cuando éstos son tramitados y fallados por personas que carecen del título profesional de abogado.

El ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago: expresó que en el Municipio de Ibarra, donde presté servicios, no era así, ignorando lo que sucede en la actualidad, pero tengo entendido que sigue la misma jefa de recursos humanos, que no es abogada y en el departamento de recursos humanos no hay abogado alguno que les asesores. Solo piden asesoría cuando hay que pronunciar el dictamen.

Observaciones: existe una radical diferencia entre la Contraloría y el Municipio a que se ha hecho referencia. En el primer organismo se cuenta con asesoría legal permanente. En el municipio de Ibarra, se constató que sigue la misma jefa de recursos humanos y debido

a la serie de errores, el municipio ha debido pagar cuantiosas indemnizaciones y reintegrar a los funcionarios sometidos a sumarios irregulares.

Quinta pregunta.- ¿Son motivados los fallos recaídos en los sumarios administrativos tramitados en su institución?

La abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito expresó que en su institución los fallos son motivados y por esa razón no ha existido acciones en contra de los sumarios que emanan de la Contraloría General del Estado.

La abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito, señaló que de acuerdo a lo expuesto en la respuesta anterior, se cuenta para ello con los abogados de la institución en el evento que quien conoce de un sumario no sea abogado.

El ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago expuso que en la época que estuvo, por tramitaciones anteriores a la época de su nombramiento se presentaron varias nulidades y acciones de protección por este concepto, siendo la mayoría de éstas contrarias a los intereses municipales, condenándose al municipio a pagar indemnizaciones al o a la servidora y a reintegrarlo a su cargo.

Observaciones: existe una diferencia entre la Contraloría y el Gobierno Autónomo Descentralizado municipal de Ibarra, porque en el primer organismo hay asesoría legal, mientras que en el segundo existe una persona profana en conocimientos jurídicos que ha implicado que se condene al municipio a cuantiosas indemnizaciones.

Sexta pregunta.- ¿Se ha pedido la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?

La abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito, se remitió a la respuesta anterior.

La abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito expuso que los sumarios son en su institución son sustentados en derecho, pero ello no obsta a que personas que se sientan perjudicadas con los resultados del sumario interpongan las acciones que crean pertinentes.

El ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago señaló que las nulidades y/o acciones de protección por violación de los principios del debido proceso fueron el sustento de las mismas.

Observaciones: las funcionarias de Contraloría se fundamentan en la experiencia de los servidores públicos de dicha institución y de los abogados que supervigilan los sumarios; el abogado del GAD Municipal de Ibarra señaló que no presta actualmente servicios en el GAD cantonal de Ibarra, pero estimo que se debe cumplir con los principios que rigen el debido proceso.

Séptima pregunta.- ¿Se aplica el principio de proporcionalidad en los sumarios administrativos en su institución?

La abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito señaló que en su institución se cumple plenamente con el debido proceso en los procedimientos sumariales.

La abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito expuso que siempre se toma en consideración los principios del debido proceso en toda sus actuaciones sumariales.

El ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago expresó que no presta actualmente servicios en el GAD cantonal de Ibarra, pero estima que se debe cumplir con los principios que rigen el debido proceso.

Observaciones: todos los entrevistados se refirieron al debido proceso en general, pero ninguno hizo siquiera mención al principio de proporcionalidad.

Octava pregunta.- ¿Cómo se materializa la aplicación del principio de proporcionalidad en los sumarios administrativos en su institución?

La abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito señaló que se señala expresamente en la sentencia a fin que no quede lugar a dudas acerca de su aplicación.

La abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito se contiene este principio en la motivación de la sentencia y en el dictamen sea condenatorio o no.

El ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago expuso que la forma de materializar este principio es insertarlo en el dictamen, pero al igual que en el Código de Procedimiento Civil, debería exigirse la inclusión, en la sentencia, de requisitos esenciales para la existencia y validez del dictamen sumarial.

Observaciones: las respuestas son demasiado generales y en la Contraloría es imposible constatar la aplicación del principio de proporcionalidad en los dictámenes porque no se tiene acceso a los expedientes sumariales; respecto del ex procurador síndico del GAD Municipal de Ibarra éste manifestó que debería modificarse la LOSEP para incluir este principio en los dictámenes sumariales.

Novena pregunta.- ¿Se ha pedido la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?

La abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito, señaló que se ha pedido nulidades, pero las acciones no han prosperado porque se cumplen adecuadamente los principios del debido proceso.

La abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito dijo que anteriormente a nadie se le prohibía accionar en contra de los sumarios administrativos y de la defensa en tribunales se encargan los propios abogados de la institución.

El ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago señaló que las acciones presentadas contra el municipio reclamaban una serie de irregularidades, entre ellas la falta de motivación.

Observaciones: las respuestas son muy generales salvo la del ex procurador síndico, en las respuestas de las funcionarias de Contraloría se advierte una defensa acérrima a la institución no dándose detalle de las mismas.

Décima pregunta.- ¿Qué han dictaminado los tribunales contencioso administrativos cuando se pide la nulidad por falta de proporcionalidad o falta de motivación?

La abogada Vaca López Helen funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito dijo que respecto de los sumarios tramitados en la Contraloría no hay antecedentes de ello.

La abogada Granja María de Lourdes funcionaria a cargo de la tramitación de los sumarios administrativos en la Contraloría General del Estado de Quito expuso que había visto jurisprudencia de la Corte Constitucional pero ninguna se refiere a sumarios que se tramitaron en Contraloría.

El ex procurador síndico municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Ibarra, Dr. Acosta Villacís Santiago señaló que fue numerosa la cantidad de pronunciamientos de la justicia por no tramitarse los sumarios administrativos en forma adecuada.

Observaciones: las funcionarias de Contraloría señalaron que no se ha tramitado ninguna acción extraordinaria de protección contra las sentencias de los Tribunales Contencio-

so Administrativos que han ratificado los dictámenes de Contraloría; el ex procurador del GAD Municipal de Ibarra expuso que ha sido numerosa la cantidad de recursos y acciones interpuestas contra los sumarios administrativos tramitados en dicha institución, pero como no presta servicios hace tiempo ignora si ha habido una acción extraordinaria de protección.

4.2. Análisis de los resultados de la encuesta a cincuenta abogados de libre ejercicio de la ciudad de Quito especialistas en Derecho Administrativo

Se efectuó la observación y análisis en la misma encuesta.

CONCLUSIONES

Primera.- Los sumarios administrativos, generalmente tramitados por los jefes de recursos humanos de los GADs Municipales, emanan de personas que carecen de acabados conocimientos jurídicos e ignoran que de acuerdo a la Constitución de la República el ordenamiento jurídico nacional está compuesto por normas, principios y valores.

Segunda.- La falta de conocimientos jurídicos por parte de quienes llevan a cabo estos procedimientos, validen una destitución por simple memorando del Alcalde, lo que ha sido anulado absolutamente por los Tribunales Contencioso Administrativos.

Tercera.- La absoluta falta de conocimientos jurídicos de los jefes de recursos humanos municipales implica que den inicio a sumarios administrativos cuando ha caducado el plazo legal que tenían para hacerlo, lo que ha implicado, igualmente la nulidad del procedimiento irregular.

Cuarta.- La reiterada violación de los principios del debido proceso ha significado que los GADs Municipales tengan que pagar a la o el servidor destituido todos las remuneraciones que dejó de percibir por el procedimiento arbitrario más la restitución al cargo.

Quinto.- Pese a las afirmaciones de las abogadas de la Contraloría General del Estado de Quito, los dictámenes sumariales aplican la ley en forma estricta denotando un resabio positivista que las doctrinas neoconstitucionalistas en que se basa nuestra Constitución no admite, pero, desgraciadamente en este organismo es imposible obtener información acerca de los sumarios tramitados

RECOMENDACIONES

Primera.- Los sumarios administrativos necesariamente deben tramitarse por profesionales del derecho, quienes además de tener pleno conocimiento de las normas jurídicas, tienen un criterio jurídico que sólo se adquiere con el ejercicio de la profesión y que permite aplicar en forma íntegra los principios del debido proceso.

Segundo.- Una destitución irregular en el caso que hubiere abogados a cargo de estos procedimientos disciplinarios, no sería aceptada por el profesional porque expresamente se está violando la Constitución y la ley, salvo que la o el abogado se presten para arbitrariedades, lo que generará las nulidades, reparaciones y sanciones. Especialmente el derecho de repetición en contra del Alcalde, el abogado y el jefe de recursos humanos.

Tercera.- La presencia de un abogado a cargo de los sumarios administrativos impedirá que se inicien estos procedimientos cuanto se encuentre caducado el plazo legal que tenían para iniciarlo, situación que necesariamente precisa de un informe jurídico que un profano en las ciencias jurídicas es incapaz de dar adecuadamente.

Cuarto.- La presencia de un abogado a cargo de los procedimientos disciplinarios impedirá la ignominiosa tramitación de sumarios irregulares que generan grandes gastos al erario municipal, situación que ocurre por tener a cargo de estos procedimientos a personas ajenas a la ciencia del Derecho.

Quinto.- Los sumarios administrativos tramitados por la Contraloría deben cumplir absolutamente con el debido proceso, especialmente con la publicidad de los procedimientos, lo que permitirá advertir claramente si se cumple o no en dicho organismo con todos los principios que conforman el debido proceso.

5.3. Proposición de modificaciones a la LOSEP

5.3.1. Introducción. En la elaboración del presente trabajo de investigación ha podido advertirse cómo en cantones que son capitales de provincia, como ha ocurrido en Ibarra, existen violaciones intolerables al debido proceso, lo que lleva válidamente a deducir que en cantones de segundo orden las arbitrariedades son frecuentes, lo que perjudica la estabilidad y la seguridad jurídica de las y los servidores públicos, porque pese a existir normas aceptables, por no decir perfectas, que rigen la materia, éstas son ignoradas o mal aplicadas por parte de personas que carecen de conocimientos jurídicos, o, simplemente carecen de imparcialidad porque el jefe máximo de la institución ordena destituir a una servidora o servidor incluso por intermedio de memorandos u órdenes de servicio lo que viola en forma grosera los principios del debido proceso.

5.3.2. Justificación: La presente investigación se justificó porque después del análisis normativo y las encuestas y entrevistas efectuadas, se pudo apreciar la percepción negativa que existe acerca de los procedimientos disciplinarios en la Administración Pública ecuatoriana destacando que existe un sinnúmero de irregularidades que atentan contra el principio del debido proceso, añadiendo a lo anterior que se hace una aplicación exagerada de la ley que en caso alguno toma en consideración los principios de proporcionalidad y pro servidor, siendo reiteradas las sentencias de los Tribunales de Justicia, tales como los Contencioso Administrativos, las Cortes Provinciales cuando conocen de la apelación de una acción de protección e incluso de la propia Corte Constitucional, cuando se presenta ante ésta una acción extraordinaria de protección, situaciones todas que implican decisiones irregulares que generan un cuantioso desembolso de recursos para indemnizar a los ilegalmente destituidos a quienes, además, se los debe restituir a sus funciones.

5.3.3. Presentación. Anteproyecto de Ley reformativa a la LOSEP y su Reglamento.

Título: Ley reformativa de la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento

Exposición de motivos y desarrollo de la propuesta

Toda Administración Pública está limitada por la ley y como consecuencia de esta regulación normativa, numerosas son las responsabilidades de las funcionarias y funcionarios públicos, cuya función es promover el buen funcionamiento de los órganos administrativos a través de la práctica de una amplia gama de actos administrativos, exigiendo de estos servidores dedicación y conocimiento. (Figueiredo 2009, pág. 1)

En consecuencia, la Administración Pública no sólo se limita por leyes que regulan el ius puniendi, sino también por normas y procedimientos que deben regir a las servidoras y servidores públicos, las cuales deben ajustarse en plenitud a los principios que rigen el debido proceso, como se establece en los numerales 1, 3, 6 y los literales a), b), c), d), e), k) y l) del numeral y del Art. 76 de la Constitución de la República.

CONSIDERANDO

PRIMERO.- Que el numeral 1 del Art. 76 de la Constitución de la República dispone que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

SEGUNDO.- Que el numeral 3 del Art. 76 de la Constitución de la República dispone que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por u omisión que, no esté tipificado en la ley como infracción [...] administrativa [...] ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley y que sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

TERCERO.- Que el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República dispone que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones [...] administrativas.

CUARTO.- Que el literal a) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República establece que nadie podrá ser privado del derecho a defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

QUINTO.- Que el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República establece que el derecho a defensa incluye la garantía de contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

SEXTO.- Que el literal d) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República establece que el derecho a defensa incluye la garantía de ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

SÉPTIMO.- Que el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República establece que el derecho a defensa incluye la garantía que nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación [...] por una autoridad sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

OCTAVO.- Que el literal k) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República establece que el derecho a defensa incluye la garantía de ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas al efecto.

NOVENO: Que el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República establece que el derecho a defensa incluye la garantía de que 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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

En ejercicio de las facultades constitucionales de las que se halla investida por disposición del Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República; expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA DE LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO Y DEL REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO

PRIMERO: Modificaciones a la Ley Orgánica de Servicio Público

Art. 1.- Reemplácese el inciso 2° del Art. 51 de la Ley Orgánica de Servicio Público, por el que sigue:

La sanción administrativa de aplicará de conformidad a las garantías básicas del derecho a defensa y el debido proceso, especialmente: a) El principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa; b) Los principios de aplicabilidad directa de las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2° del Art. 426 de la Constitución de la República; c) El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor; d) El principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación y e) el principio de presunción de inocencia. La falta de uno de los principios especificados en los literales a) a e) de este inciso generará la nulidad del dictamen por ausencia de motivación, generando responsabilidad de quienes omitieron la motivación o lo hicieron de forma incorrecta.

SEGUNDO: Modificaciones al Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público

Art. 1.- Agréguese al inciso segundo del Art. 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, a continuación de la expresión gravedad de la falta, lo siguiente:

La potestad disciplinaria, además, deberá obligatoriamente ejercerse de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa.

- b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor.
- c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.
- d) Principio de presunción de inocencia.
- e) Los principios de aplicabilidad directa de las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2º del Art. 426 de la Constitución de la República.

La falta de uno de los principios especificados en los literales a) a d) de este inciso generará la nulidad del dictamen sancionatorio por ausencia de motivación, generando responsabilidad de quienes omitieron la motivación o lo hicieron de forma incorrecta.

El inciso 2 del Art. 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público será del siguiente tenor:

Las sanciones se impondrán de conformidad con la gravedad de la falta. La potestad disciplinaria, además, deberá obligatoriamente ejercerse de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predefinición normativa.
- b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor.
- c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.
- d) Principio de presunción de inocencia.

La falta de uno de los principios especificados en los literales a) a d) de este inciso generará la nulidad del dictamen por ausencia de motivación, generando responsabilidad de quienes omitieron la motivación o lo hicieron de forma incorrecta.¹

¹ Nota: Se tuvo en consideración el Art. 94 de Ley 7 de 12/04/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público de España, publicado en el BOE N° 89 de 13/04/2007

Art. 2.- Agréguese al inciso 1° del Art. 80 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, a continuación de la expresión “Reglamento General”, lo siguiente.

El procedimiento disciplinario, necesariamente, en cada una de sus actuaciones, deberá llevar el visto bueno de un abogado perteneciente a la institución o contratado especialmente para el efecto. La falta de un asesor jurídico en todo procedimiento administrativo disciplinario generará la nulidad absoluta del mismo. Quedando el inciso primero del Art. 80 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público, como sigue:

Art. 80.- Sanciones disciplinarias.- Todas las sanciones disciplinarias determinadas en el artículo 43 de la LOSEP, serán impuestas por la autoridad nominadora o su delegado, y ejecutadas por la UATH, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en este Reglamento General. El procedimiento disciplinario, necesariamente, en cada una de sus actuaciones, deberá llevar el visto bueno de un abogado perteneciente a la institución o contratado especialmente para el efecto. La falta de un asesor jurídico en todo procedimiento administrativo disciplinario generará la nulidad absoluta del mismo

Art. 3.- Reemplácese el Art. 94 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público por el siguiente:

Art. 94.- De la contestación.- Recibida la notificación la o el servidor en el término de 10 días útiles, contestará al planteamiento del sumario, adjuntando las pruebas de descargo que considere le asisten.

Art. 4.- Reemplácese el Art. 98 Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público por el siguiente:

Art. 98.- De la sanción.- La autoridad nominadora mediante providencia motivada de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del Art. 51 de la Ley Orgánica de Servicio Público y el inciso segundo del Art. 78 del Reglamento de la Ley

Orgánica de Servicio Público, dispondrá de ser el caso, la aplicación de la sanción correspondiente, la cual deberá ser firmada por la autoridad nominadora y el abogado de la institución o el contratado especialmente para el efecto, providencia que será notificada a la o el servidor sumariado, de haber señalado domicilio legal para el efecto, o, mediante una única boleta que deberá contener copia autorizada del dictamen sancionatorio, en su domicilio o lugar de residencia que conste en el expediente personal. La omisión de cualquiera de los requisitos mencionados en la presente disposición inclusive la ausencia de abogado en los actos de procedimiento o en el visto bueno del dictamen, generará la nulidad absoluta del sumario.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los 6 días del mes de febrero del año dos mil dieciocho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barbosa, João: (2002) *El procedimiento administrativo disciplinario y la libertad del administrador público para aplicar una sanción disciplinaria*. Río Grande, Brasil, Revista *Ámbito Jurídico* N° 11.

Castillo, Francisco: (2009) *Vulneración del principio non bis in ídem en el sistema de sanciones estatales (penales y administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad*. Santiago de Chile: Microjuris.com Boletín N° MJD321. Doctrina, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

Cavaliere, Sergio: (2003) *Programa de Responsabilidad Civil*. Sao Paulo: Malheiros,

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Fallo 10051 de 1998*. Bogotá, Colombia: Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo..

Cordero, Eduardo: (2012). *El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal* Revista de Derecho, Vol. XXV - N° 2 - Diciembre 2012, Universidad Austral de Valdivia, Chile.

Cordero, Eduardo y Aldunate Lizana, Eduardo: (2012) *Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, Valparaíso Chile. (Librotécnica)

Correa, Rodrigo: (2005) *El gobierno judicial ante la Constitución*. Santiago de Chile. Revista de Estudios de la Justicia N° 6, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997) *El principio pro homine, Criterios de hermenéutica y pautas para los derechos humanos*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Couture, Eduardo: (1976) *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Depalma

Coviello, Pedro: (2011) *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo*. Lima. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 67.

Da Cunha, Dirley. (2009) *Curso de Derecho Administrativo*. Salvador, Bahía, Brasil. Edtoria Apodium.

Da Silva, Rafael (2014) *El principio de legalidad administrativa en la sociedad post moderna: la necesidad de un cambio de perspectiva*. Brasilia: Fundación José Arthur Boiteaux..

Dantas, Isaías: (1999) *La finalidad de la pena en el derecho administrativo disciplinario*. Brasilia. Revista de Información Legislativa N° 141 enero/marzo 1999, Senado de Brasil.

Diccionario Jurídico Mexicano: (1982) *Acepción: amonestación*. México D.F.: Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México..

Domingos, Clarissa: (2007) *Principio de proporcionalidad en el proceso administrativo disciplinario*. Florianopolis, Brasil: Universidad Federal de Santa Catarina.

Fernandes, Roger: (2005) *Infracciones y sanciones administrativas*. Sao Paulo. Editorial Revista dos Tribunais (RT)

Figueiredo, Mayra: (2009) *Breves comentarios sobre el Derecho Administrativo Disciplinario*. Río Grande, Brasil Revista *Ámbito Jurídico* , año XII, N° 71, diciembre 2009.

Fraga, Gabino: (1999) *Derecho Administrativo*. México D.F.: Porrúa.

Fuentes, Hernán:(2008) *El principio de proporcionalidad en derecho penal. algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*.Santiago de Chile, Revista *Ius et praxis*.

Gil, Raymundo (2011) *El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales*. México D.F.: Biblioteca Jurídica Virtual Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Munhoz, Rafael: (2005) *Sanción Administrativa y Principio de Culpabilidad*. Belo Horizonte, Brasil, Revista de Derecho Administrativo y Constitucional, Editora Forum.

Peces-Barba, Gregorio. «Poder de los jueces y gobierno de los jueces.» *El País de España*, 1 de mayo de 2000, pág. 2: 1 a 3.

Penco, Juan. «Sumarios administrativos. Responsabilidades y coberturas.» s.f.

Pérez, Miguel: (2009) *La responsabilidad patrimonial del Estado bajo la lupa de la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*. México D.F. Revista N° 28 del Instituto de la Judicatura Federal, 2009

Pertile, Félix: (2009) *El sumario administrativo*. Córdoba, Argentina: Pontificia Universidad Católica de Córdoba.

Portal, Agustín: (1994) *Código de Ética de los Servidores Públicos*, México D.F.: Secretaría de la Contraloría General de la Nación y Universidad Autónoma Nacional de México.

Posada de Herrera, José (1843) *Lecciones de administración. Vol. I*. Madrid: Establecimiento Tipográfico

Rainier, Arnold, Martínez José, y Zúñiga. Francisco: (2012). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista de Estudios Constitucionales, Año 10, N° 1

Reglamento Ley Orgánica del Servicio Público. Quito: Registro Oficial Suplemento 418 de 01-abr.-2011, 2011, Arts. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 y 98 .

Restrepo, Carlos. *La responsabilidad subjetiva y La responsabilidad objetiva en el régimen sancionatorio establecido en el estatuto tributario*. Medellín,: Universidad de Antioquía, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2008, pág. 12.

Román, Cristián. *Derecho y Humanidades N° 16, Vol. I, 2010, Facultad de Derecho Universidad de Chile*, 2010, pág. 161: 155 - 171.

Román, Cristian. «El castigo en el derecho administrativo.» *Derecho y Humanidades N° 16, Vol. I, 2010, Facultad de Derecho Universidad de Chile*, 2010, pág. 158: 155 - 151.

Rosenberg, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa América EJE, 1955, Tomo I, págs, 418 y 419.

San Martín, Marcelo. *III versión Seminarios Probidad y Transparencia para la Administración*. Talca, Chile: Contraloría General de la República de Chile, 2010, pág. 17.

Servicio de Salud de la Región del Maule, Chile. *Instructivo sobre sumarios administrativos*. Talca, Chile: Servicio de Salud de la Región del Maule, Chile, 2009, pág. 1.

Zanella, María. *Derecho Administrativo*. Sao Paulo: Atlas, 2005, pág. 97.

LINKOGRAFÍA

Corte Constitucional de Colombia: (2012) *Límites al poder de configuración legislativa en materia penal-criterios*. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional de Colombia, 2012, Sentencia C-121-12, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Palacios, Vinicio: (2014) *Responsabilidad objetiva del Estado*. Revista Judicial www.derechoecuador.com.

Rodrigues de Paula, Eliane: (2006) *Responsabilidad objetiva del Estado*. São Paulo. Revista virtual direito net. <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2676/Responsabilidade-objetiva-do-Estado>, Sao Paulo

LEGISGRAFÍA

Nacional

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: (2010). Quito: Registro Oficial Suplemento 303 de 19/10/2010.

Código Orgánico General de Procesos (2017) Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador (2008) Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2016.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Quito: R.O. 733, 27-XII-2002, 2002, Art. 1 modificado por el D.E. 3389, R.O. 733, 27-XII-2002.

Ley Orgánica del Servicio Público (2010) Quito: Registro Oficial Suplemento 294 de 06/10/2010.

Comparada

Código Penal de la República de Chile (2012) Última actualización Ley 20587 de 08/06/2012, Editorial Jurídica de Chile.

ANEXOS

ANEXO I

CUESTIONARIO DE LA ENTREVISTA A DOS ABOGADAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DE PICHINCHA, LAS DRAS. VACA LÓPEZ HELEN Y GRANJA MARÍA DE LOURDES Y EL EX SÍNDICO MUNICIPAL DE IBARRA, DR. ACOSTA VILLACÍS SANTIAGO, ESPECIALIZADOS EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS

- PREGUNTA N° 1** ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado cuente con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa conforme dispone el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?
- PREGUNTA N° 2** ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado sea interrogado por el funcionario instructor del sumario en presencia de su abogado, conforme dispone el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?
- PREGUNTA N° 3** ¿Procede en materia administrativa que el sumariado sea asistido por una abogada o abogado proporcionado por el Estado o defensor público en el caso que carezca de medios para contratar uno?
- PREGUNTA N° 4** ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en su institución?
- PREGUNTA N° 5** ¿Son motivados los fallos recaídos en los sumarios administrativos tramitados en su institución?
- PREGUNTA N° 6** ¿Se ha pedido la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?
- PREGUNTA N° 7** ¿Se aplica el principio de proporcionalidad en los sumarios administrativos en su institución?
- PREGUNTA N° 8** ¿Cómo se materializa la aplicación del principio de proporcionalidad en los sumarios administrativos en su institución?
- PREGUNTA N° 9** ¿Se ha pedido la nulidad de un dictamen recaído en un suma-

rio administrativo por falta de motivación?

PREGUNTA N° 10

¿Sabe o conoce de alguna acción extraordinaria de protección en contra de una sentencia emanada de un tribunal contencioso administrativo que denegó la nulidad del fallo por falta de motivación o proporcionalidad?

ANEXO II

ENCUESTA Y OBSERVACIONES A LA ENCUESTA DE CINCUENTA ABOGADOS DE LIBRE EJERCICIO DE LA CIUDAD DE QUITO ESPECIALISTAS EN DERECHO ADMINISTRATIVO

- PREGUNTA N° 1** ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado cuente con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa conforme dispone el literal b) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?
- PREGUNTA N° 2** ¿Por qué sostiene que no se aplican los principios del debido proceso en los sumarios administrativos? (NOTA: Solo a los 29 abogados que votaron negativamente)
- PREGUNTA N° 3** ¿Se aplican las normas del debido proceso en los sumarios en cuanto a que el sumariado sea interrogado por el funcionario instructor del sumario en presencia de su abogado, conforme dispone el literal e) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República?
- PREGUNTA N° 4** ¿Procede en materia administrativa que el sumariado sea asistido por una abogada o abogado proporcionado por el Estado o defensor público en el caso que carezca de medios para contratar uno?
- PREGUNTA N° 5** ¿Son abogados quienes tramitan los sumarios administrativos en los Gobiernos Autónomos Administrativos Municipales?
- PREGUNTA N° 6** ¿Son motivados los fallos recaídos en los sumarios administrativos tramitados en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales?
- PREGUNTA N° 7** ¿Ha pedido la usted la nulidad de un dictamen recaído en un sumario administrativo por falta de motivación?
- PREGUNTA N° 8** ¿En los sumarios que ha conocido se ha aplicado el principio de proporcionalidad?

