

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

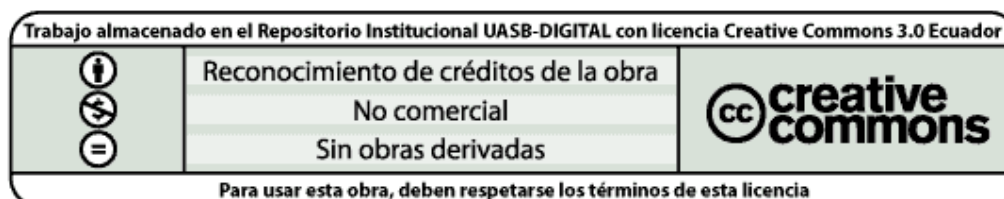
Programa de Maestría en Derecho Procesal

**Aplicación de los preceptos del debido proceso en los
procedimientos disciplinarios que se tramitan en las Fuerzas
Armadas**

Autor: Edison Galarza Ocaña

Tutor: Víctor Granda Aguilar

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Edison Fernando Galarza Ocaña, autor de la tesis titulada “Aplicación de los preceptos del debido proceso en los procedimientos disciplinarios que se tramitan en las Fuerzas Armadas”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

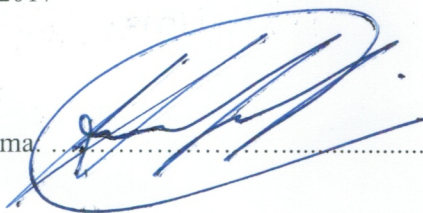
1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 08 de junio de 2017

Firma.....



Resumen

La Constitución de la República del Ecuador, como parte de los derechos de protección, establece el derecho al debido proceso, que incluye una serie de garantías aplicables a todo proceso o procedimiento en el que se determinen derechos y obligaciones de los ciudadanos. Las Fuerzas Armadas ecuatorianas para cumplir con sus misiones, demandan del personal militar un régimen disciplinario estricto, cuyo incumplimiento conlleva la imposición de una sanción disciplinaria, que puede conllevar inclusive a su separación de la Institución, conforme lo determina el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar. En este sentido, la presente investigación analiza el debido proceso a la luz de los parámetros impuestos por la propia Carta Fundamental, lo que se ha desarrollado en la doctrina y la justicia constitucional, para determinar las garantías básicas aplicables a los procedimientos administrativos disciplinarios militares y que son: el deber garantizar el cumplimiento de las normas y derechos del militar involucrado en un procedimiento disciplinario, la presunción de inocencia, el derecho de probar y rebatir las pruebas presentadas por la autoridad sancionadora, la favorabilidad al momento de aplicación de las normas sancionadoras, el derecho a la defensa en cada etapa o grado del procedimiento, contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, y la obligación de motivar las resoluciones que se adopten. Por otra parte y a partir de casos concretos se verifica el grado de cumplimiento de las mencionadas garantías, al interior de las Fuerzas Armadas.

Palabras claves: debido proceso, garantía, procedimiento administrativo disciplinario, sanción disciplinaria.

Dedicatoria

A mi madre, esposa e hijos fuente de inspiración y fortaleza en la búsqueda constante de superación.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, a mis maestros de Especialización y Maestría.

Agradecimiento especial al doctor Víctor Granda Aguilar, quien me ha guiado en la elaboración de este trabajo investigativo, que busca contribuir en la correcta aplicación de las normas militares ecuatorianas.

Tabla de contenido

Tabla de contenido.....	6
Capítulo primero.....	9
Constitución y debido proceso en el ámbito administrativo	9
1. El debido proceso.....	9
1.1. Antecedentes históricos del debido proceso	9
1.1.1. La Carta Magna	9
1.1.2. Declaración de Virginia	11
1.1.3. La Declaración los Derechos del Hombre y del Ciudadano	12
1.1.4. Constitución Norteamericana	12
1.1.5. La Declaración Universal de los Derechos Humanos	13
1.2. Concepto y naturaleza.....	14
1.3. Aplicación del debido proceso a la luz de la Constitución de la República del Ecuador	16
1.4. Las garantías del debido proceso	22
1.4.1. Garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes	23
1.4.2. Presunción de inocencia.....	25
1.4.3. Reserva de ley	28
1.4.4. La prueba	33
1.4.5. Favorabilidad	36
1.4.6. Derecho a la defensa	37
Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.	38
Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.	39
Motivación de las resoluciones.....	40
Capítulo segundo.....	45
Derecho administrativo sancionador y disciplinario en el Ecuador	45

1. Derecho administrativo sancionador en su contexto general.....	45
1.1. El Derecho Sancionador	46
1.2. Relaciones generales y especiales de sujeción	47
1.3. Procedimiento sancionador en general	49
1.3.1. La culpabilidad en el derecho sancionador.....	49
1.3.2. Vulneración del deber por parte de los servidores públicos	51
1.4 Etapas del procedimiento sancionador en general	52
2. Derecho disciplinario	53
2.1. Concepto de las sanciones disciplinarias	55
2.2 Función de las sanciones administrativas	57
2.3. Potestad administrativa disciplinaria	57
2.3.1. Potestades del Estado.....	57
2.3.2. Potestad disciplinaria	59
3. Procedimientos disciplinarios en el Ecuador	61
3.1. Procedimiento disciplinario en la Ley Orgánica del Servicio Público	62
3.1.1. Faltas	62
3.1.2. Sanciones	62
3.1.3. Procedimiento de la LOSEP	63
3.1.4. Recursos.....	64
3.2. Derecho administrativo disciplinario en las Fuerzas Armadas.....	65
3.2.1. De las Fuerzas Armadas	65
3.2.2. Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas	66
3.2.3. Base normativa	66
Capítulo tercero	70
Sustanciación de los procedimientos disciplinarios en las Fuerzas Armadas	70
1. Naturaleza jurídica de los procedimientos disciplinarios	70
2. Clases de faltas y procedimientos para la imposición de una sanción	

disciplinaria.....	72
2.1. Clases de faltas.....	72
2.2. Procedimientos.....	76
2.2.1. Procedimiento para sancionar una falta leve	76
2.2.2. Procedimiento para sancionar una falta grave	76
2.2.3. Procedimiento para sancionar una falta atentatoria	77
Conformación de los Consejos de Disciplina	77
Trámites previos	78
Trámite al interior de los Consejos de Disciplina.....	78
Resolución	79
Notificación, cumplimiento y registro	79
3. Medios de impugnación de las sanciones disciplinarias.....	80
3.1 Efecto de los recursos administrativos.....	84
4. Aplicación del debido proceso en los procedimientos sancionadores de las Fuerzas Armadas durante los últimos años.....	85
4.1. Garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, motivación, presunción de inocencia.....	85
4.2. Derecho a recurrir	87
4.3. Favorabilidad	89
4.4. Falta de motivación.....	90
4.5. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.	94
4.6. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento y ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones	97
Conclusiones.....	99
Bibliografía	102

Capítulo primero

Constitución y debido proceso en el ámbito administrativo

En este capítulo se abordará lo referente al debido proceso, antecedentes históricos, evolución, como se presenta dentro del marco constitucional ecuatoriano; y, se analizarán desde la doctrina y los precedentes de las altas Cortes Jurisdiccional y Constitucional ecuatorianas, aquellas garantías que son aplicables dentro de los procedimientos administrativos disciplinarios. Este abordaje permitirá en lo posterior, a través de casos sustanciados al interior de las unidades militares de las Fuerzas Armadas, verificar su grado de cumplimiento.

1. El debido proceso

1.1. Antecedentes históricos del debido proceso

Para iniciar se debe manifestar que la auto justicia fue la forma de mantener el orden en la época de las naciones bárbaras, “con hierro en la mano o con el parecer y el arbitrio de un senado compuesto por los jefes de la nación y por un rey, un caudillo en la guerra, juez y sacerdote en la paz”.¹ La existencia de un proceso surge en la medida que el hombre entiende la ilicitud de la justicia por la propia mano. En este sentido resulta necesario conocer la evolución que ha tenido esta institución del debido proceso a través de hitos históricos que se expresan a continuación.

1.1.1. La Carta Magna

El primer antecedente de lo que hoy se conoce como debido proceso viene de Inglaterra, con la Carta Magna de 1215, que se emite bajo los siguientes acontecimientos: Al momento en el que Leonor de Aquitania, contrae matrimonio con Enrique II, los territorios Galos de aquella pasaron al poder de éste, sin embargo el Rey de Francia no lo aceptaba, por lo cual se liberan enfrentamientos de carácter bélico por las tierras continentales.

Enrique II, que era padre de Ricardo y Juan, mientras estuvo en su reinado (de

¹ Cfr, Francesco Pagano, *El debido proceso* (Bogotá: 2005), 491, citado por Gustavo Cuello Iriarte, “El Debido Proceso”, *Revista Vniveritas* (2005): 492.

1154 a 1189), buscó restablecer el caos económico que había dejado Esteban de Blois, pero además centralizó el sistema judicial de Inglaterra, en donde los jueces del reinado de manera periódica, viajaban a los centros poblados para que los hombres libres puedan acceder a la justicia, proscribiendo los viejos juicios a nombre de Dios u Ordalías. Pero las continuas guerras con Francia ocasionaron que el sistema de justicia implementado, se destruya.

Al acceso al trono de Juan sin Tierra², se aumentaron los tributos y se restringieron las libertades, convirtiéndose su reinado tiránico y despótico. Esta situación produjo que los Barones y los nobles en general, prepararan un documento que buscaba restringir el poder del Rey y lo sometía para que él también acate los mandatos legales bajo amenaza de desatender la fidelidad a su autoridad. Ante esta situación el Rey Juan se reusó imponer su sello real, lo que ocasionó que los Barones marchen a Londres y se tomen la ciudad. Sintiendo arrinconado por estos sucesos, Juan huyó de Londres y posteriormente en el condado de Windson y Steines, específicamente en Rudymmede, aceptó firmar y promulgar la Carta Magna, que fue conocida en su época como *The Great Charter of the Liberties of England*, es decir *El gran documento de las libertades de Inglaterra*.³

La Carta Magna se convierte en el primer hito del Debido Proceso,⁴ en el cual se determina, según traducción del original efectuada por Ana María Velásquez, que:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado, o despojado de sus derechos o posesiones o privado de sus derechos civiles o desterrado o privado de su posesión de cualquier otra forma, ni procederemos con la fuerza contra él, ni mandaremos a otros a hacerlo, excepto por medio de un juzgamiento legal que le hagan sus iguales o por medio de la ley de la tierra.⁵

Para Edgardo Niebles, en los artículos 17 y 39 nace y se da legal creación al

² A pesar de su apodo, Juan llegó a reinar en 1199, por el fallecimiento prematuro de sus hermanos Enrique y Godofredo y como sucesor de su otro hermano, el Rey Ricardo (conocido como “Corazón de león”). Era una sucesión discutible, porque su derecho a la corona no era claramente mejor que el de su sobrino Arturo, hijo de Godofredo. Miguel Satrústegui, “La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval”, disponible en: <<http://www.seminariomartinezmarina.com/ojs/index.php/historiaconstitucional/article/view/232/205>>, (fecha de consulta: 21 de julio del 2016)

³ Cfr, Edgardo Niebles Osorio, *Análisis al debido proceso*, (Bogotá: ediciones Librería del Profesional, 2001), 36.

⁴ Franklin Rulova Arce, *Inobservancia del Debido Proceso en los procedimientos coactivo, remate de prenda y venta con reserva de dominio*, (Guayaquil: edit. Edilex S.A., 2004), 25.

⁵ María Velásquez, “La carta magna de Inglaterra”, disponible en: <[http://portal.uasb.edu.ec:8888/docview/1436156724?accountid=8308\(1996\)](http://portal.uasb.edu.ec:8888/docview/1436156724?accountid=8308(1996))>, (fecha de consulta 21 de julio del 2016).

jurado de conciencia,⁶ que es equivalente a juicio legal ante sus pares que ha sido el pilar democrático en los países en los que existe.⁷ Esta Carta se constituyó en la base de posteriores instrumentos declarativos ingleses, siendo trascendental en el desarrollo de las libertades y sendero para la positivización de los derechos humanos, sin olvidar que *La Carta* consagraba privilegios estatamentales a las élites feudales de aquella época.⁸

1.1.2. Declaración de Virginia

Posteriormente se tiene la Declaración de Virginia de 1776, que estaba compuesta de una parte organizativa destinada a sentar las bases del nuevo Estado, otra parte dogmática, donde se define la naturaleza del hombre y los derechos y deberes que tiene para la comunidad.⁹ En el artículo 8 se determina lo siguiente:

En todo proceso criminal, cualquier hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de su acusación, a ser enfrentado con sus acusadores y testigos, a reclamar pruebas en su favor, y a un juicio rápido a través de un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo unánime consentimiento no puede ser juzgado culpable; ni puede ser obligado a mostrar pruebas contra sí mismo; ningún hombre sea privado de su libertad si no es en virtud del derecho de la ley de la tierra o del juicio de sus iguales.¹⁰

La Declaración de los derechos del Hombre de Virginia en 1776 y la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos establecieron el sendero de cambio político, jurídico y social para la humanidad, siendo el pueblo francés quien

⁶ La institución jurídica y judicial denominada jurado de conciencia tiene su origen en el sistema procesal penal y criminal inglés, por medio del cual los ciudadanos participan en la administración de justicia. Para algunos tratadistas, el juicio celebrado a través de jurado popular constituyó una herramienta para arrancarle a los déspotas absolutistas el ejercicio de la justicia, y permitir el juzgamiento de los súbditos por sus pares en idéntica situación. Lo que es importante resaltar es que si bien el jurado decide con su veredicto, es la ley la que impone las penas, y es el juez quien decide la dosificación de la sanción y la forma de penalización. José Wilson Márquez, “La problemática del jurado de conciencia en el contexto de la justicia criminal en el Estado Soberano de Bolívar: 1860-1880”, disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4190842>>, (fecha de consulta: 16 de septiembre del 2016).

⁷ Edgardo Niebles Osorio, “Análisis al debido proceso”, 44.

⁸ Jorge Benavides Ordóñez, “Los derechos humanos como expresión del iusnaturalismo racionalista”, en Jorge Benavides Ordóñez, edit., *Los derechos humanos como norma y decisión. Una lectura desde la filosofía política*, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012), 38-39.

⁹ Francisco Collado Campaña, “Influencia del Puritanismo en la Declaración de Virginia”, disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3021684>>, (fecha de consulta: 21 de julio de 2016).

¹⁰ *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, 12 de junio de 1776.

en ese sendero llegó más lejos.¹¹ Además se debe manifestar que a pesar de que toma como referencia el Bill of Rights inglés de 1689, representa una auténtica declaración de derechos y no un documento personal que declaraba derechos, se manifiesta que las libertades les pertenecen al pueblo y a sus futuras generaciones.

La importancia de la Declaración de Virginia en la positivación de los derechos humanos, radica que “en esta se sentaron los principios fundamentales sobre los que se edifica el constitucionalismo moderno, tomando como sustento al ideal iusnatural racionalista, al hacer alusión al carácter natural de los derechos inherentes a los individuos por su condición de personas”.¹²

1.1.3. La Declaración los Derechos del Hombre y del Ciudadano

El 26 de agosto de 1789 los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, resolvieron exponer en una declaración solemne los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que a decir de Matthiez, no tuvo su origen como la inmensa mayoría de historiadores ha dicho, en la situación de angustia económica de Francia; sino que se produce en un país floreciente, puesto que según él “La miseria, que a veces produce revueltas, no puede provocar grandes conmociones sociales. Éstas nacen siempre del desequilibrio de clases”.¹³ Este documento que constituye el más famoso de la historia constitucional de la modernidad, establece principios políticos y jurídicos que son revolucionarios para la época y permiten transformar a las monarquías europeas y es fuente de los movimientos nacionales que se suscitan en América.¹⁴

En lo concerniente al debido proceso en el artículo 7 determina: “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la Ley, y según las formas prescritas por ella[...].”¹⁵

1.1.4. Constitución Norteamericana

¹¹ Carlos Sánchez Viamonte, *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa: Emancipación Norteamericana y Revolución Francesa*, (México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015), 16.

¹² Cfr, Jorge Benavides Ordóñez, “Los derechos humanos como expresión del iusnaturalismo racionalista”, 46.

¹³ Cfr, Albert Matthiez, *La Revolución Francesa*, (Barcelona 1935), citado por Carlos Sánchez Viamonte, “Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa: La Asamblea Nacional y los Derechos del Hombre”, (México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015), 29.

¹⁴ Marcos Kaplan, *Los grandes principios de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, (México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015), 147.

¹⁵ Cfr, George, Jellinek. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, (México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2004), 168.

Otro antecedente respecto al debido proceso, deviene de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en la cual, en la V Enmienda constitucional, el debido proceso legal trascendió imponiendo limitaciones al gobierno federal; y, la XIX Enmienda, determina las mismas restricciones pero a los Estados locales.¹⁶ La V Enmienda efectuada en 1791 establece que: “ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal”; mientras que la XIX Enmienda, realizada en 1866 dispone que: “Ningún Estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad sin el debido procedimiento legal, ni negará, dentro de su jurisdicción a persona alguna igual protección de las leyes”.

1.1.5. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Después de la Segunda Guerra Mundial y ante la necesidad de plasmar unos principios que fueran superiores a cualquier poder soberano o estatal, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el 10 de diciembre de 1948 con 48 votos a favor y 8 abstenciones. En el artículo 8, de la referida declaración, se establece que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.¹⁷

Para las Naciones Unidas esta declaración universal, es el punto de partida con más fuerza moral que jurídica, sirviendo de base para los posteriores desarrollos normativos, que se han generado en materia de derechos humanos, a nivel local e internacional.¹⁸

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, para el sistema acusatorio en su artículo 14, establece que: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la Ley [...]”.¹⁹ De igual manera, en el

¹⁶ Manuel Yépez Andrade, *El debido proceso en la nueva constitución de la República del Ecuador*, (Quito: Editorial Ecuador F.B.T. Cía. Ltda., 2011), 46.

¹⁷ José María Enríquez y José Luis Muñoz de Baena. *Educación plena en Derechos Humanos*, (Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2014), 74.

¹⁸ Carlos Hakansson, “El impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las constituciones iberoamericanas”, disponible en: <<http://dadun.unav.edu/handle/10171/17352>>, (fecha de consulta: 22 de julio del 2016).

¹⁹ Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976.

artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana (también llamado Pacto de San José de Costa Rica), suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, determina que “[...] Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.²⁰ Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8, contempla las garantías judiciales: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley [...] 2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad [...]”²¹

1.2. Concepto y naturaleza

En primer término se debe dejar sentado lo que se entiende por proceso, en este sentido, Devis Echandía manifiesta que: “un proceso en general es un conjunto de actos coordinados para producir un fin; en tratándose de un proceso jurídico de manera general, constituye en una serie de actos coordinados, que buscan un fin jurídico”; y, “un proceso procesal es un conjunto de actos coordinados que se ejecutan ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización colectiva de los derechos[...]”.²²

El debido proceso legal fue implementado en las colonias norteamericanas, bajo el término de *due process of law*, que era equivalente al utilizado en la Carta Magna de 1215, como *Law of the land*. En un inicio se aplicó como una garantía procesal de carácter adjetiva, sin embargo y a partir de la aplicación de la V Enmienda en la Constitución de los Estados Unidos, se empieza a desarrollar en sus aspectos sustantivos con lo que según Linares esta garantía se entenderá como:

[U]n conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (constitución, leyes, reglamentos) regulan jurídicamente la

²⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 de diciembre de 1948.

²¹ Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 06 de agosto de 1984.

²² Cfr, Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*, 3ª. ed. (Bogotá: Editorial Universidad, 2002), 155.

conducta de los individuos y restringen la libertad civil de los mismos (libertad física, de palabra, la locomoción, propiedad, etc.) (...) existe un contenido mínimo de justicia que debe existir en esa ley que ella misma no puede desconocer, y que el derecho natural impone.²³

Para Fix Zamudio, el estudio y definición del debido proceso legal encierra aspectos sustantivos como procesales, es así que el debido proceso judicial efectivo comprende en lo procesal, instituciones como el de la jurisdicción, ya que no se podría hablar de adecuada defensa si un juez no tiene imparcialidad o independencia; mientras que en lo sustantivo se debe agotar el principio de razonabilidad, es por eso que para este autor el Debido Proceso Legal es: “el conjunto de principios procesales mínimos que debe contener todo proceso, para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de sus resultados”.²⁴ Para Osvaldo Gozaini en cambio, “el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios”.²⁵

Para Eduardo Couture, el Debido Proceso, “Se trata que nadie puede ser privado de las garantías esenciales que la Constitución establece, mediante un simple procedimiento; ni por un trámite administrativo cualquiera que prive el derecho a defenderse y a disponer de la garantía que constituye el poder judicial para todos los ciudadanos”.²⁶

En su acepción jurídica la Corte Constitucional colombiana ha manifestado lo siguiente:

El debido proceso es el conjunto de garantías establecidas como medios obligatorios necesarios y esenciales para que el ejercicio de la función jurisdiccional se materialice, si se tiene en cuenta que es imposible aplicar el derecho por parte de los Órganos del Estado, sin que la actuación de éstos se haya ajustado a los procedimientos institucionalizados para el fiel cumplimiento de su misión de administrar justicia. Significa esto que todos los actos que el Juez y las partes ejecutan, en la iniciación, impulso procesal, desarrollo y extinción del mismo, tienen

²³ Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las Leyes: El debido proceso como Garantía Innominada en la Constitución Argentina* (Buenos Aires: 1970), 37, citado por María Cristina Chiabra, “El debido Proceso legal y la Tutela Jurisdiccional Efectiva: más similitudes que diferencias” *Revista de Temas Constitucionales*, (Lima: No 14, 2010): 130.

²⁴ Cfr, Héctor Fix Zamudio, *Ejercicio de las Garantías Constitucionales sobre la eficacia del proceso*. (Madrid: 1985), 33, citado por María Cristina Chiabra, “El debido Proceso legal y la Tutela Jurisdiccional Efectiva: más similitudes que diferencias” *Revista de Temas Constitucionales*, (Lima: No 14, 2010): 130.

²⁵ Cfr, Osvaldo Gozaini, “El debido proceso constitucional. Reglas para el Control de los Poderes desde la Magistratura Constitucional”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, (México D.F.: No. 7 2012), 56.

²⁶ Cfr, Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal*, citado por Franklin Ruilova Arce, “Inobservancia del Debido Proceso en los procedimientos coactivo, remate de prenda y venta con reserva de dominio”, (Guayaquil: ediciones Edilex S.A., 2004), 25.

carácter jurídico porque están previamente señalados por la ley instrumental.²⁷

También al referirse al debido proceso en el ámbito administrativo, ha indicado que éste, tiene por objeto garantizar a través de la evaluación de las autoridades administrativas competentes, si sus actos, se ajustan al ordenamiento jurídico legal previamente establecido, con el fin de tutelar la regularidad jurídica y afianzar la credibilidad de las instituciones del Estado.

En lo que concierne a la Corte Constitucional ecuatoriana, respecto al debido proceso, en sus múltiples sentencias ha determinado que:

El debido proceso no solo conlleva un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, sino que constituye una concreta disposición desde el ingreso al proceso y se mantiene durante el transcurso de toda la instancia para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces.²⁸

Refiriéndose a la naturaleza del debido proceso el doctor Héctor Mosquera manifiesta que no existe consenso en considerar al debido proceso como un derecho humano, un principio, una garantía y por ello se ha optado en denominarlo como una *Institución*, para incluir en ella todas las denominaciones y no tomar partida exclusiva con uno de ellos. De allí que el debido proceso no solo comprende tipificar conductas, fijar competencias, etc., pues permite hacer cumplir la ley sustancial como un todo en defensa de los derechos de un individuo. La complejidad del debido proceso está dado no solo respecto a su definición, inclusive a su sistema de fuentes; sino porque está constituido a su vez por una serie de derechos y garantías de las cuales se sirve para asegurar la tutela efectiva. “El debido proceso sirve en lo interno como garantía por conducto del procedimiento (formas y mecanismos de acción), y en lo externo como derecho para hacer valer otros derechos fundamentales (libertad, propiedad, etc.), pero también, otros derechos que les son propios como instituto (derecho de ser presumido inocente, derecho a ser oído, etc.)”.²⁹

1.3. Aplicación del debido proceso a la luz de la Constitución de la República

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-442/92, dictada dentro del Proceso de Tutela No. 1070, que siguió Johnny José Daccarett Giha, en contra de la Superintendencia de Cambios.

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Sentencia No. 027-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0011-08-EP, que siguió el Alcalde Metropolitano de Quito, en contra de la sentencia expedida por los Jueces de la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo.

²⁹ Cfr, Héctor Mosquera, “El debido proceso como Institución”, en *Revista Ensayos Penales*, (Quito: No.10 septiembre 2014), 91.

del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, se instituye un código de conducta que ha dejado de ser un mero documento político, se ha convertido en una norma jurídica que irradia a todo el ordenamiento jurídico, transformando además el sistema de fuentes que regía hasta la Constitución Política de 1998. Hoy se tiene como fuentes: la Constitución, la ley, la jurisprudencia constitucional, los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.³⁰

La Constitución promulgada en la Ciudad Alfaro, en el capítulo octavo del título II, trata de los derechos de protección que tienen como objetivo alcanzar la plena efectividad de los derechos para todos.³¹ Dentro de estos derechos está el artículo 75, que determina: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión [...]”.³² Es decir, erige la Tutela Judicial efectiva, la cual está constituida por el derecho a la acción, el debido proceso, el derecho a una sentencia motivada y a la ejecución debida de la misma.

En esta línea, el artículo 76 *ibídem*, respecto al derecho al debido proceso, establece que en todo proceso, en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier naturaleza, se asegura este derecho; y, se describen los derechos y garantías básicas que lo comprenden. Si bien es cierto el enunciado constitucional habla de *proceso*, ha de tenerse en cuenta que existe una marcada diferencia entre proceso y procedimiento administrativo. Este último, definido como: “la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa”; mientras que el proceso es, “una secuencia de actos que tienen por fin decidir una controversia entre partes (litigio) por parte de una autoridad imparcial e independiente (juez) con fuerza de verdad legal (autoridad de cosa juzgada.)”³³

³⁰ Juan Montaña Pinto, “El sistema de fuentes del derecho”. En Juan Montaña Pinto, edit., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, t.1 (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 129.

³¹ Marco Aparicio Wilhelmi, “Derechos: Enunciación y principios de aplicación”. En Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 31.

³² Cfr, *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II” derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección” Art. 75(Quito: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f): 39.

³³ Cfr, Agustín Gordillo, *El procedimiento administrativo*, Parte General I (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963), 15.

En el Estado de Derechos y Justicia ecuatoriano, esos derechos y garantías son de aplicación directa conforme el numeral 3, del artículo 11 de la Carta Fundamental que indica: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.³⁴

Para Juan Montaña Pinto existen varios elementos que dan cuenta del carácter normativo de la Constitución de 2008, uno de ellos es la naturaleza abierta del catálogo de derechos, que permite dejar al dominio de la interpretación constitucional cada caso particular eliminando aquella vieja categorización de *derechos fundamentales*. Otro elemento tiene que ver con la aplicación directa de las reglas y principios constitucionales.

Eso significa que en Ecuador los derechos constitucionales son de aplicación inmediata, por tanto, son exigibles en forma directa sin necesidad de la mediación de un desarrollo legislativo o reglamentario [...] todos los derechos son de aplicación directa sin importar si se trata de aquellos que están en la Constitución o si son de los que provienen de *creación judicial*.³⁵

Sin embargo, hay que tener en cuenta que para el mencionado autor el reconocimiento de un derecho por vía judicial requiere que tengan concordancia con la dignidad humana y un reconocimiento expreso. El concepto de dignidad humana ha sido establecido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y que se encuentra recogida en el numeral 7 del artículo 7 de la Constitución de la República:

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.³⁶

Las disposiciones mencionadas guardan concordancia con uno de los deberes primordiales del Estado, previsto en el artículo 3 de la propia Constitución de la República, de garantizar el goce efectivo de los derechos establecidos en ella, tomando en cuenta también que el artículo 424, determina: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las

³⁴ Constitución de la República del Ecuador, art. 11, numeral 3.

³⁵ Cfr, Juan Montaña Pinto, “La Constitución como fuente directa del Derecho”. En Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*, (Quito: Centro de Estudios y Difusión del derecho Constitucional, 2012), 86.

³⁶ Constitución de la República del Ecuador, art. 11, numeral 7.

normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.³⁷ Sin embargo el segundo inciso de esta disposición constitucional, determina que: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público””.³⁸ En este caso, no se trata de un problema de jerarquía por cuanto las normas internacionales que de mejor manera protejan los derechos, se aplican de manera preferente.³⁹

La Corte Constitucional ecuatoriana ha manifestado que las garantías del debido proceso, establecidas constitucionalmente, deben aplicarse en su totalidad por cuanto “el debido proceso se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades en el ámbito judicial o administrativo se sujeten a reglas mínimas, con el fin de salvaguardar los derechos protegidos por la Constitución”.⁴⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su parte, ha indicado que dentro de las garantías del debido proceso, específicamente las del derecho penal, son aplicables al procedimiento administrativo, puesto que también es expresión del derecho sancionador del Estado.⁴¹ Es innegable que el debido proceso en la actualidad se ha extendido a espacios diversos del proceso jurisdiccional y se ha constituido en una exigencia para que en el ámbito administrativo se vigile el cumplimiento de la forma, la competencia, la contradicción, que permita arribar a una correcta decisión administrativa que sobre todo sea justa,⁴² además se constituye en una verdadera garantía en contra de la arbitrariedad en cualquier jurisdicción o

³⁷ Constitución de la República del Ecuador, art. 424.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Rubén Martínez Dalmau, “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”. En Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2008), 283.

⁴⁰ Cfr, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 013-15-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0543-14-EP, que siguió Eduardo Diez Cordovéz, en contra del laudo arbitral expedido el 20 de enero de 2014, por un Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje \ Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, 19 de septiembre de 2006”, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf> (Fecha de consulta: 16 de marzo de 2016).

⁴² Martín Agudelo, “El debido proceso”, en *Opinión Jurídica: Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, (Medellín: Vol. 4, No. 7 2005): 99.

ámbito.⁴³

La Constitución de Montecristi ha tratado de recoger lo que la Asamblea de las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 determinó acerca de la universalidad, indivisibilidad, interdependencia y de una jerarquía igual que poseen los derechos humanos. La jerarquía igual de los Derechos Humanos significa que:

[C]ualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna. No por estar al final, en segundo o tercer lugar de una enumeración de derechos, significa que es menos importante, como se ha pretendido afirmar en relación a la ubicación del derecho a la vida o al derecho a las libertades. El argumento de que los derechos de la libertad se encuentran al final y por tanto el constituyente les ha dado una importancia secundaria es falaz. Eso querría decir que quienes escribieron la Constitución del 2008, al poner en último lugar a los derechos colectivos y los derechos sociales, relegaron su importancia. Sostener estos argumentos no solo que atentarían contra la naturaleza de los derechos sino que establecerían jerarquías que, en su aplicación, implicarían situaciones evidentemente discriminatorias [...].⁴⁴

La aplicación de los preceptos del debido proceso en materia administrativa, se puede manifestar que se deriva de la *constitucionalización* del derecho, la cual resulta según Guastini, de la impregnación de las normas constitucionales en el ordenamiento jurídico⁴⁵ y que se verifica al cumplirse las siguientes condiciones: una constitución rígida, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, sobre interpretación de la Constitución, aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación conforme de las leyes e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.⁴⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, ha manifestado:

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al]

⁴³ Ana Pabón y otros, “el debido proceso como derecho fundamental de los estudiantes universitarios en los procesos sancionatorios adelantados por las universidades: un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, Prolegómenos. Derechos y Valores”, disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942123>>_(fecha de consulta: 16 de marzo del 2016).

⁴⁴ Cfr, Ramiro Ávila Santamaría, “Los principios de aplicación de los derechos”. En Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 61.

⁴⁵ Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo*, (Madrid: Trotta, 2003), 49.

⁴⁶ Sergio Rey, “La Constitucionalización del procedimiento administrativo en Colombia y su incidencia en el control de la administración” (Ponencia, II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, “Control de la Administración Pública”, México, 30 de abril de 2005).

conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...) La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes [...].⁴⁷

Para la aplicación de los derechos y garantías, se debe tener presente también el *bloque de constitucionalidad*, que constituye una técnica por medio de la cual el texto constitucional se remite a otros cuerpos normativos para incluir principios, reglas y valores.⁴⁸ Es “el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario) y los derechos implícitos, expresamente incorporados por vía del artículo 29 literal c) de la CADH”.⁴⁹ Además, se debe mencionar que el Estado ecuatoriano ha reconocido la función que desempeña la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; así como ha aceptado la obligación de cumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de ahí que también, las decisiones que emanan de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de obligatorio cumplimiento en materia de protección de los derechos fundamentales.

El fortalecimiento en materia de Derechos Humanos dentro del marco constitucional se concretiza, con la instauración de un bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, criterios y/o jurisprudencia internacional, así como cualquier otra ley en la que se preserve y tutele de alguna forma la dignidad de la persona. El bloque de constitucionalidad posee una primacía normativa, pero su eficacia no subyace en el hecho de ser un ordenamiento jerárquicamente supremo, sino en la importancia de su

⁴⁷ Cfr, Corte Interamericana de Derechos Humanos, [sentencia de 2 de febrero de 2001, caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá], disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf>, (fecha de consulta: 11 de agosto del 2016).

⁴⁸ María Fernanda Polo Cabezas, “Reparación integral en la justicia constitucional” En Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, edit., *Apuntes de Derecho Procesal constitucional*, (Quito: Corte Constitucional para el Período en Transición, 2012), 70.

⁴⁹ Cfr, Humberto Nogueira, “Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la convención americana de derechos humanos”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (Santiago: No. 2, 2004), 123.

contenido, es decir, la prevalencia de los Derechos Humanos [...].⁵⁰

Además, bajo los principios fundamentales de *pacta sunt servanda* y *bona fide*, contemplados en el artículo 26 de la Convención de Viena, sobre el derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1969, los instrumentos internacionales deben cumplirse de manera estricta.

1.4. Las garantías del debido proceso

Luego de hacer una diferenciación entre lo que es un derecho y una garantía, la doctora Carolina Silva,⁵¹ manifiesta que la garantía es toda forma de proteger un derecho, que es todo mecanismo para hacer efectivo un derecho. Desde esta óptica la garantía tiene dos características: En primer término de naturaleza procesal, de ahí que se la defina como *mecanismo*, además no es un ente abstracto que se pueda desentender del derecho que está garantizando por ello se dice que los derechos no dejan de existir por falta de garantías, pero las garantías no existen sin derechos; en segundo lugar, el fin de las garantías es el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.⁵²

Los estados constitucionales, para cumplir con sus finalidades han establecido una serie de mecanismos que permiten evitar, mitigar o reparar los derechos constitucionales, en el caso ecuatoriano, la Constitución de la República en el Título III, establece como *Garantías Constitucionales*, a las garantías normativas, las políticas públicas y las garantías jurisdiccionales, las cuales son descritas por el doctor Juan Montaña Pinto, de la siguiente manera:

Las garantías normativas. - Son aquellas normas o principios que buscan que los derechos sean plenamente asegurados. La principal garantía normativa es la *supremacía de la constitución* sobre cualquier otra norma de menor jerarquía; también existen otras garantías, como el deber de respeto a los derechos (artículo 11,

⁵⁰ Cfr, Marcos del Rosario Rodríguez, “El Bloque de Constitucionalidad” en: Revista *de Derecho*, (Madrid: 2013, No. 14), 256.

⁵¹ Se indica que cuando se habla de derechos, se hace referencia a los derechos *fundamentales*, es decir a aquellos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, y que son, por tanto indisponibles e inalienables. Estos mismos derechos son *constitucionales* en la medida en que están establecidos en la Constitución, y se diferencian de los derechos *ordinarios*, en tanto el legislador no puede modificarlos, limitarlos o suprimirlos. Carolina Silva Portero, “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 57.

⁵² *Ibíd.*

numeral 9); *la prohibición de restricción* del contenido de los derechos (artículo 11, numeral 4); *la obligación reparatoria* (artículo 11, numeral 4, segundo inciso); y, *las garantías normativas*, que obliga a la Asamblea Nacional y a cualquier otro órgano con potestad normativa su sujeción a los derechos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Las garantías institucionales o extrajudiciales.- Son mecanismos de protección a instituciones, que se hacen indisponibles para el legislador, como la protección que se brinda al aseguramiento de *la separación de poderes*, que la doctrina la reconoce como la segunda columna vertebral del Estado; también está *la separación entre la iglesia y el Estado*; *el control de constitucionalidad*; y, *el principio de legalidad*, que en el Estado liberal consistía en la subordinación a la ley de la acción pública y judicial, además se lo entiende como el sometimiento de la administración pública a la ley. También se ha dicho que la principal manifestación del principio de legalidad es el principio de reserva de ley, por la cual algunas materias como la tipificación de delitos y sanciones se han dejado a la labor del legislador.

Las garantías jurisdiccionales. - Son la forma más idónea de garantizar los derechos y constituyen la posibilidad de ejercer el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los mismos. Estas garantías dan cuenta de la crisis del parlamentarismo racionalizado, en donde el juez ya no es *boca muda de la ley* sino que es protagonista en la protección y tutela de los derechos humanos.⁵³

Como se había indicado, el artículo 76 de la Constitución de la República, establece las garantías básicas que permiten asegurar el debido proceso en cualquier proceso o procedimiento en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, sin embargo, para efectos del presente trabajo se abordarán las garantías que se enuncian a continuación.

1.4.1. Garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes

El numeral primero del artículo 76, de la Constitución de la República, establece la primera garantía del debido proceso manifestando: “1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y

⁵³ Juan Montaña Pinto, “Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales”. En Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, edit., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 26-34.

los derechos de las partes”. Esta disposición nos remite al mandato constitucional establecido en el artículo 226, que determina que:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las 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. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.⁵⁴

Lo que ratifica la obligación de dar estricto cumplimiento a las garantías, que el constituyente determinó, para asegurar el derecho a un debido proceso. La Corte Constitucional ha expresado en relación a esta garantía y respecto a los jueces que:

Bajo los parámetros señalados, el juez, en su condición de administrador y guardián de las normas, tiene la obligación ineludible de garantizar el cumplimiento de las disposiciones y los derechos de las partes. La sumisión al mandato de las leyes hace que las decisiones se logren en estricto derecho, prescindiendo de cualquier intromisión personal o subjetiva que pudiera ser indicativa de una perniciosa influencia en las decisiones. La plena objetividad en el tratamiento de los problemas y de la decisión vincula al juez al Derecho vigente, y en tal sentido, demuestra que toda sentencia responde a lo que el Derecho ordena, y no a valoraciones personales que posean. Así, le permite demostrar que ha arribado a la decisión a través de pasos sucesivos y concatenados, y que la misma responde a premisas establecidas con anterioridad, las cuales no son elaboradas por ellos mismos, sino articuladas a partir de los mensajes claros y las formulaciones normativas realizadas por el legislador [...] En aplicación de esta garantía que forma parte del debido proceso, los jueces, al resolver las causas sometidas a su conocimiento, en cualquier materia, deben observar la normativa constitucional u ordinaria aplicable al caso, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes.⁵⁵

En este cometido los jueces y las autoridades administrativas dan cumplimiento con la seguridad jurídica, que se encuentra establecida en el artículo 82 de la Constitución, que dice: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes"⁵⁶, lo que constituye como lo ha manifestado la Corte Constitucional ecuatoriana para el período de transición en: “ el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución en donde la ley

⁵⁴ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, art. 226.

⁵⁵ Cfr, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 006-14-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1026-12-EP, que siguió el doctor Marco Carrillo Carrillo, en contra de la sentencia expedida por los Jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo.

⁵⁶ Constitución de la República del Ecuador, art. 82-

se concreta en la confiabilidad, en el orden jurídico, en la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica”⁵⁷

1.4.2. Presunción de inocencia

La presunción de inocencia se encuentra previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República, que determina: “[...] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.⁵⁸

La Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, en materia penal ha determinado en referencia al Principio de Presunción Inocencia que:

El fin primordial de la administración de justicia es tutelar los derechos de los ciudadanos sujetos a la legislación ecuatoriana, garantizando el principio básico de la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo. La presunción de inocencia es una garantía constitucional, por la cual ninguna persona podrá ser tratada como autora o partícipe de un hecho delictivo, esto mientras no exista contra ella una resolución firme o sentencia ejecutoriada. Si son vulnerados estos principios fundamentales del debido proceso, por una inadecuada investigación y administración de justicia, el tribunal deberá enmendar este error.⁵⁹

De igual manera, dentro de la causa No. 1234-2012, se determinó como *ratio decidendi*: “No es obligación del acusado demostrar su inocencia, el Estado a través de la fiscalía es el encargado de demostrar la culpabilidad del acusado y desvanecer esta presunción”.⁶⁰

En materia procesal, en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba le corresponde a la parte acusadora y no para la parte acusada, ésta no debe probar su inocencia. Por otra parte, se exige que toda condena deba estar precedida por una adecuada actividad probatoria, se requiere que se demuestre la culpabilidad de la persona con pruebas fehacientes, que hayan sido controvertidas. Esta garantía

⁵⁷ Cfr, Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Sentencia No. 015-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0135-09-EP, que siguió la Subsecretaría General Jurídica del Ministerio de Finanzas, en contra de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo del Guayas.

⁵⁸ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, art. 76, numeral 2.

⁵⁹ Corte Nacional de Justicia, *Ratio decidendi, Obiter dicta*, 1ª ed., (Quito: Editorial de la Corte Nacional de Justicia, 2014), 163.

⁶⁰ Cfr, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Resolución No. 0916-2013-SP, dictada dentro de la causa No. 1234-2012, dictado por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, dentro del Recurso de Casación interpuesto por el señor Jorge Llumiquinga, en contra de la sentencia emitida por la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha. Disponible en <<http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/resolucion/frmPDF.jsp?doc=5699>>, (fecha de consulta: 27 de julio del 2016).

tiene vinculación directa con otros derechos fundamentales que forman parte del debido proceso, como el derecho a ser juzgado conforme a leyes preexistentes al hecho, por un juez natural, a la observancia de las formas propias de cada proceso o procedimiento, el derecho de defensa y contradicción.⁶¹

Para Humberto Nogueira, esta presunción no se reduce al campo de conductas presuntamente delictivas, sino que son aplicables a cualquier resolución administrativa o jurisdiccional, también manifiesta que: “*la presunción de inocencia es una presunción iuris tantum que atribuye la carga de la prueba de los hechos supuestamente delictivos a quienes tratan de articular la acusación, por tanto admite prueba en contrario y se destruye cuando ha existido una actividad probatoria suficiente*”.⁶²

El doctor Paúl Íñiguez, discrepa con el uso que se ha dado al término *presunción*, puesto que la inocencia no se presume, sino que es un atributo de toda persona, de su dignidad humana y determina que la carga de la prueba recaiga sobre quien acusa, evitando de esta manera que el acusado declare o aporte elementos que lo lleven a su propia incriminación. La presunción de inocencia y de defensa dan origen al derecho de no autoincriminación.⁶³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, dentro del *Amparo en revisión*, signado con el número N° 89/2007, refiriéndose al alcance de la presunción de inocencia ha establecido:

El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de (no autor o no partícipe) en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos

⁶¹ Fernando Tribín Echeverría, “Crítica de la doctrina de la "degradación" de la presunción de inocencia en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia”, *Revista Umbral Científico*, (Bogotá: No. 16, 2010), 69.

⁶² Cfr, Humberto Nogueira, “Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la convención americana de derechos humanos”, 142.

⁶³ Paúl Íñiguez Ríos, “El derecho de no incriminación”, *Revista Ensayos Penales*, (Quito: No.2, 2013), 14.

privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.⁶⁴

La presunción de inocencia frente a la presunción de ejecutoriedad de los actos administrativos

En materia administrativa, los actos administrativos gozan entre otras características de la presunción de ejecutoriedad, que es una consecuencia directa de la presunción de legitimidad. La ejecutoriedad para el profesor Gordillo, es la obligatoriedad o exigibilidad con la que cuenta un acto administrativo, el cual se vuelve ejecutorio en tanto “la administración tenga otorgados por el orden jurídico, en forma expresa o razonablemente implícita, los medios para hacerlo cumplir por la coerción directa o indirecta (v.gr., sanciones) y que no lo es cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento”.⁶⁵ La Administración Pública, se encontraría en capacidad de ejecutar las resoluciones administrativas, sin necesidad de la intervención de los Tribunales, ello se funda en la necesidad de que las atribuciones del Estado deben materializarse en forma administrativa, sin sujeción a las dilaciones que implica la intervención judicial, teniendo en cuenta que las resoluciones han sido emitidas por los órganos competentes de la Administración, dotándolas de legitimidad.⁶⁶

El ERJAFE determina que los actos administrativos se presumen legítimos y por tanto deben cumplirse desde que se dicten,⁶⁷ de tal manera que, en primera instancia tratándose de resoluciones que contienen una sanción disciplinaria, derivadas del cometimiento de una falta por parte de un miembro de las Fuerzas Armadas, deberían ser ejecutadas inmediatamente después de su emisión, lo que evidentemente entraría en contraposición con lo expuesto anteriormente respecto a la presunción de inocencia, que rige también para el ámbito administrativo, y que ampara al militar que se encuentra inmerso en un procedimiento disciplinario.

⁶⁴Cfr, Segunda Sala de Corte de Justicia de la Nación de México, sentencia No. 89/2007, dictada dentro del Amparo de Revisión en un proceso de remoción de miembros de instituciones policiales, Cinco votos, Juez Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Tomo XXV, semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, (2007), 1186. Disponible en <<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/172/172433.pdf>>, (fecha de consulta: 18 de agosto del 2016).

⁶⁵ Cfr, Agustín Gordillo, *Presunción de legitimidad, exigibilidad y Ejecutoriedad*, Capítulo V (Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1963), V26.

⁶⁶ Jorge Enrique Calafell, “Teoría del Acto Administrativo”, *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (Ciudad de México: No. 24, 2011), 121.

⁶⁷ *Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva*, [2002], l. I, tít. I “Disposiciones Generales”, Sección “Del Acto Administrativo”, art. 68 ([Quito]: Presidencia de la República): 27.

Por mandato constitucional, los miembros de las Fuerzas Armadas se rigen por sus propias normas, y tratándose del ámbito disciplinario, éste se encuentra regulado por el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, el cual dentro de las disposiciones que norman las impugnaciones a las sanciones, da cuenta que una sanción disciplinaria se ejecuta una vez que se agoten los recursos respectivos,⁶⁸ lo que permite afirmar que en materia administrativa disciplinaria militar, una sanción no puede ejecutarse mientras la resolución no se encuentre en firme, sea porque no se ha presentado los recursos o porque estos han sido debidamente agotados. En este sentido el autor colombiano, manifiesta:

La firmeza del acto administrativo constituye el punto límite o de partida de la eficacia real del acto. Nos permite visualizar el momento primario a partir del cual se presume la plena configuración de la legalidad de la decisión de la administración y emana la obligación constitucional y legal de hacer cumplir lo dispuesto en la providencia administrativa.⁶⁹

En este sentido, se puede afirmar que la presunción de inocencia en los procedimientos disciplinarios de las Fuerzas Armadas se mantiene, en tanto no exista una resolución en firme, cumpliéndose de esta manera en el ámbito administrativo la garantía constitucional de presunción de inocencia mientras no exista una resolución en firme, prevista en el numeral segundo del artículo 76 de la Constitución de la República.

1.4.3. Reserva de ley

En el Ecuador la Función Legislativa es ejercida por la Asamblea Nacional, la misma que dentro de los deberes y atribuciones contenidos en el artículo 120 de la Constitución de la República. le corresponde: “6. Expedir, codificar, reformar y

⁶⁸ Art. 97.- [...] Luego de tres días de notificada la resolución y de no existir impugnación, esta se considerará en firme para que el Comandante del reparto o unidad militar disponga el cumplimiento de la sanción; Art. 116.- El superior no puede excusarse de tramitar y firmar el reclamo de un subordinado; además, debe expresar su propio criterio y hacer las observaciones que creyere convenientes. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente; Art. 117.- Si la apelación o reclamo interpuesto fuere acogida favorablemente por no haberse encontrado mérito para sancionar, se dejará sin efecto la sanción, pero de confirmarse la resolución, el militar deberá cumplir la sanción; DISPOSICIONES GENERALES [...] QUINTA.- Será válida la sanción impuesta en una sola instancia, cuando ésta se encuentre en firme al no haberse interpuesto los recursos a que tiene derecho el sancionado de conformidad con este Reglamento. Cfr, Reglamento de Disciplina Militar [2008], ([Quito]: Ministerio de Defensa Nacional, Acuerdo Ministerial No. 1909, 15 de diciembre de 2008), 6.

⁶⁹ Cfr, Jaime Orlando Santofimio, *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*, 2ª. ed. (México: Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994), 238.

derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”.⁷⁰ Le compete por tanto expedir leyes de interés común y por mandato constitucional se requiere la expedición de una ley entre otros aspectos, para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.⁷¹

El principio de reserva de ley puede derivarse de la seguridad jurídica, sin embargo se ha manifestado que es un principio que responde al principio de soberanía democrática y su correspondiente división de poderes en donde sólo al legislador corresponde la potestad de prohibir conductas e imponer privaciones de derechos.⁷²

Para el profesor Rafael Oyarte, el principio de reserva ley tiene dos vertientes, el de legalidad en la tipificación de las infracciones y el de legalidad en el establecimiento de sanciones, cuyo establecimiento se encuentra reservado a las leyes ordinarias, por lo que las normas inferiores a las leyes no podrían tipificar infracciones y establecer sanciones.⁷³

La Corte Constitucional ecuatoriana, dentro del Caso No. 0054-09-IN, refiriéndose al principio de reserva de ley, ha expresado lo siguiente lo siguiente:

El principio de reserva de ley pretende que ciertos ámbitos del derecho sean regulados únicamente mediante una disposición normativa de carácter legal para asegurar su legitimidad por la sujeción al principio democrático. De hecho la Constitución de la República ha establecido aquellos ámbitos que deben ser regulados mediante ley al señalar en el artículo 132 que se requerirá de ley en los siguientes casos: [...] tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.⁷⁴

La reserva de ley permite garantizar que el Poder Legislativo y otros organismos que producen normas infraconstitucionales, observen los contenidos

⁷⁰ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, art. 120.

⁷¹ *Ibíd*em, art. 132 numeral 2.

⁷² José Ángel Fernández Cruz, "Conciencia jurídica del pueblo y reserva de ley (Sentencia del Tribunal Constitucional)", en: *Revista de derecho (Valdivia)*, Segundo semestre, (Santiago: No. 2 2009), 243-263.

⁷³ Rafael Oyarte, *Debido Proceso*, 2ª.ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 35.

⁷⁴ También la Corte Constitucional ha manifestado en la sentencia No. 002-14-SIN-CC, emitida dentro de la causa No. 0056-12-IN que: *Es fundamental anotar entonces, que el principio constitucional de reserva de ley o reserva legal establece que determinadas materias deben ser reguladas exclusivamente por normas expedidas por el órgano legislativo, constituyéndose en una importante garantía del orden democrático que asegura a la ciudadanía representada por el Parlamento, la facultad de definir y regular las materias de especial importancia a través de debates plurales y transparentes dotados de legitimidad.* Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 023-16-SIN-CC, dictada dentro del caso No. 0054-09-IN, que por Acción Pública de Inconstitucionalidad siguió el señor César Robalino Gonzaga, en contra de la Resolución No. JB-2009-1303 adoptada por la Junta Bancaria el 14 de mayo de 2009.

establecidos en la norma Fundamental. El legislador debe garantizar los derechos establecidos en la Constitución a través de las leyes que expide, sin embargo, a decir de la Corte Constitucional para completar y lograr la eficacia de las normas jurídicas se requiere de un desarrollo infralegal que de modo alguno debe contrariar lo determinado en la Constitución y en la ley.

De ello se deriva que la reserva de ley puede ser absoluta o relativa. La primera, hace relación cuando la ley en su desarrollo contiene todos los elementos necesarios que no hace necesario acudir a otro tipo de normativa de igual o menor jerarquía; mientras que la reserva de ley relativa, se produce cuando la ley contiene los elementos esenciales de una determinada situación jurídica que regula, por lo que hace necesario acudir a normas de jerarquía inferior que permitan su comprensión y aplicabilidad, además permite en presencia de conceptos indeterminados que a veces contiene la ley, poder contar con normas claras al momento de su aplicación, así como criterios técnicos de otras experticias o instituciones especializadas que garantizan la efectividad de una ley imprecisa.⁷⁵

La reserva absoluta, busca que determinadas materias estén reguladas en la ley y se justifica cuando protege bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la seguridad del Estado, entre otros. Se entiende entonces, que para la materia penal, se encuentra plenamente justificado el establecimiento de las infracciones y las sanciones en una ley; sin embargo, bajo esta perspectiva ¿Sería aplicable este tipo de reserva en el campo administrativo?, según María Lourdes Ramírez, siguiendo lo establecido por la Corte Constitucional colombiana, ha manifestado que los principios que regulan la actividad penal deben ser matizados en el campo administrativo. De ahí que para la administración pública en su afán de atender a las demandas sociales, el ejercicio de la potestad reglamentaria que tiene, podría flexibilizarse para el ámbito punitivo. Pero esta flexibilidad necesariamente tiene que estar supeditada a los lineamientos previstos en la ley, para el establecimiento de una infracción. Las leyes que delegan la reglamentación de la actividad sancionadora, sin que contengan los elementos básicos antes mencionados, no cumplirían las exigencias de la reserva de ley.

Esta limitación que tienen las disposiciones normativas con rango inferior a una ley, se evidencian en el hecho de que es la ley la que debe contener los elementos básicos de la infracción y sanción. Sobre este particular la Corte Constitucional se ha

⁷⁵ *Ibíd.*

pronunciado, entregando algunas pautas para establecer si existe una colaboración reglamentaria ajustada a las exigencias de la reserva de ley. Así en la ley, que luego va a ser desarrollada por disposiciones reglamentarias, deben tener asiento inexorablemente cuestiones, como:

- Los supuestos de la infracción administrativa.
- Los sujetos a quienes se dirige el régimen sancionador.
- Las clases de sanciones; los criterios para su imposición.
- Las autoridades encargadas de imponer la sanción.
- Los procedimientos sancionadores.
- En algunos casos, se ha llegado a demandar las remisiones normativas precisas en el supuesto de un tipo en blanco.⁷⁶

Las leyes que delegan la reglamentación de la actividad sancionadora, sin que contengan los elementos básicos antes mencionados, no cumplirían las exigencias de la reserva de ley. En el caso ecuatoriano, conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, la tipificación de las infracciones y sus sanciones deben constar en una ley ordinaria, sin embargo no basta que las infracciones se encuentren tipificadas en la ley para que se cumpla con la garantía de tipicidad, ya que puede ocurrir que se tipifique infracciones en base a conceptos jurídicos indeterminados, sin que se establezca parámetros lógicos y razonables para su aplicación.

Los conceptos jurídicos indeterminados, conforme lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana, comprenden:

[A]quellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. La jurisprudencia constitucional ha precisado, que los conceptos jurídicos indeterminados, lejos de permitir al operador jurídico interpretar y decidir libremente en su aplicación, se encuentran sujetos a una única solución en el asunto en concreto de que se trate, en cuanto el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión, y estos conceptos a pesar de la indeterminación deben ser precisados al momento de su aplicación de manera armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico, las normas constitucionales y legales, y de acuerdo con las disposiciones que regulan la institución jurídica en concreto a la cual se refieren. La jurisprudencia constitucional ha admitido expresamente que en materia disciplinaria es válido el uso de conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando la forma típica tenga un carácter determinable al momento de su aplicación, para lo cual es necesario que en el ordenamiento jurídico, en la Constitución, la ley o el reglamento se encuentren los criterios objetivos que permitan complementar o concretar las hipótesis normativas de manera razonable y proporcionada, de lo contrario vulnerarían el principio de legalidad al permitir la aplicación discrecional de estos conceptos por parte de las

⁷⁶ María Lourdes Ramírez Torrado, “La reserva de ley en materia sancionadora administrativa colombiana”, *Revista Jurídicas*, Vol.06, (Manizales: No. 1, 2009), 144.

autoridades administrativas.⁷⁷

En el vigente Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas –que tiene su origen en una remisión efectuada por la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas–, existen sanciones que contienen conceptos jurídicos indeterminados como por ejemplo: *Emplear expresiones, ademanes o gestos* que tiendan a menoscabar la autoridad o respeto a un superior; faltar a la verdad en asuntos de *poca importancia* y que estén relacionados con el servicio; *burlarse o mofarse* de un superior; no dar cumplimiento a disposiciones, consignas o normas reglamentarias, en asuntos rutinarios, *de poca importancia*; tomarse atribuciones que no le corresponden, en asuntos de *poca importancia*; incurrir en actos que puedan significar *menosprecio* del porte militar, del decoro y uso correcto del uniforme; *utilizar ademanes, signos o palabras obscenas* en público, uniformado en actos del servicio. Estas sanciones permiten que la autoridad militar con competencia para imponer una sanción, adecue muchas veces de manera arbitraria, acciones u omisiones del personal subordinado con el único propósito de aplicar una sanción.

En este sentido, se puede manifestar que algunas de las infracciones disciplinarias militares, previstas en el Reglamento de Disciplina Militar, vulneran doblemente el principio de legalidad, ya que por una parte no se encuentran contenidas en una ley ordinaria; y por otra, conforme la sentencia colombiana anteriormente citada, contienen en la tipificación de las infracciones, conceptos jurídicos indeterminados carentes de norma legal o reglamentaria que los vuelvan determinados al momento de su aplicación, en base a criterios objetivos que permitan en definitiva concretar las hipótesis normativas de manera razonable y proporcionada. Además se ha indicado que:

En materia sancionatoria, ya sea penal o disciplinaria, la exigencia de certeza sobre el supuesto de hecho de una norma es mayor, puesto que la aplicación de la misma puede implicar una afectación más profunda de los derechos y libertades constitucionalmente protegidas. [...] es posible hacer compatibles el principio de legalidad y la previsión en la legislación de conceptos jurídicos indeterminados. Para este fin, es necesario que exista algún parámetro, este sí identificable, que permita al intérprete dotar de sentido unívoco a dichos conceptos. En caso que esta labor no sea viable, entonces se estará ante el desconocimiento del principio de legalidad y, por lo

⁷⁷ Cfr, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-030/12, dictada dentro de la Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 numerales 2 y 6 (parciales), y artículo 48 numeral 45 (parcial) de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), planteada por Silvio San Martín Quiñones Ramos.

mismo, la inconstitucionalidad del concepto correspondiente.⁷⁸

Además de los conceptos jurídicos indeterminados, se reconoce en materia administrativa disciplinaria la existencia de *tipos abiertos*, que se derivan de la imposibilidad del legislador para desarrollar todos los deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos y que permiten salvaguardar el principio de eficiencia de la Administración Pública. A este respecto, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que:

[E]xigir una descripción detallada en la ley disciplinaria de todos los comportamientos susceptibles de sanción, conduciría en la práctica a tener que transcribir todo el catálogo de deberes, mandatos y prohibiciones que se imponen a los servidores públicos en las distintas normas jurídicas, traduciéndose dicha exigencia en un obstáculo para la realización coherente, ordenada y sistemática de la función disciplinaria y de las finalidades que mediante ella se pretenden, cuales son, “*la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado*”.⁷⁹

Por lo tanto, se puede indicar que como ejemplo de tipos abiertos en el Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas: “No dar cumplimiento por negligencia a órdenes, comisiones o consignas militares así como a las disposiciones contenidas en *instructivos, directivas y reglamentos*, siempre que el acto no afecte a la seguridad de las personas, de los bienes e instalaciones que se encuentren dentro y fuera de los repartos militares”.⁸⁰

1.4.4. La prueba

Hernando Devis Echandía, en su obra Teoría General de la Prueba Judicial, luego de manifestar que la noción de la prueba trasciende además de todos los sectores del derecho, a todas las ciencias que integran el saber humano incluyendo la vida práctica cotidiana, indica que en sentido general la prueba judicial comprende tanto a los medios como a las razones contenidos en ellos y establece las siguientes definiciones:

⁷⁸ Cfr, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-538/16, dictada dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) de la Ley 1563 de 2012 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, planteada por Ramón Suárez Robayo.

⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-818-05, dictada dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, planteada por Ernesto Matallana Camacho.

⁸⁰ Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, art. 41, lit. d).

Probar es aportar al proceso los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios o procedimientos aceptados en la ley, para llevar a juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.⁸¹

Por su parte Aldo Bacre, coincidiendo con Palacio y Fenochienco, define a la prueba en sus tres dimensiones, manifestando: “Que es la actividad realizada por los sujetos del proceso, a través de los medios autorizados por la ley, previstos o no por ésta, con el fin de lograr la convicción judicial respecto de la existencia o inexistencia de los hechos alegados como fundamento de la pretensión o de la defensa”.⁸²

Las garantías que son propias del Estado de Derecho llevan a establecer que son perfectamente aplicables en materia administrativa los principios del Derecho Penal, que a su vez se derivan de los derechos y garantías constitucionales.

Uno de los principios aplicables al campo administrativo es la presunción de inocencia, que es un corolario del derecho de libertad, a través de este principio se debe examinar lo que tiene que ver con la carga de la prueba. Institución que se deriva de las cargas procesales en general y nació en el proceso civil, para luego trascender al penal.

La carga procesal es la actividad que requiere de las partes, para que a través de los actos procesales se pueda llegar a una resolución definitiva; mientras que la *carga de la prueba*, es el imperativo que tienen las partes de recolectar las fuentes de prueba y activarlas adecuadamente para demostrar los hechos que les corresponda probar, a través de los medios probatorios; y, sirven al juez como elemento que forma su convicción ante la prueba suficiente, incierta o faltante.⁸³

La carga de la prueba entonces, en el ámbito administrativo le correspondería a la administración; y esta situación viene dada de la necesidad de que se pruebe la culpabilidad del particular, lo que conlleva al desplazamiento de la presunción de legalidad de los actos administrativos, ya que “de mantenerse conducirían a transferir la carga de la prueba al acusado, con la obligación consiguiente de acreditar su

⁸¹Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. I, 5ª. ed. (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002), 25.

⁸²Cfr, Aldo Bacre, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992). En Benigno Cabrera Acosta, “Teoría General del Proceso y de la Prueba”, *Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez*, 6ª ed. (1996) 349.

⁸³ Enrique Falcón, *Tratado de la prueba, Civil, Comercial, Laboral, Penal, Administrativa*, t.1, 1ª. ed., (Buenos aires: Editorial Astrea, 2003) 247.

inocencia, lo que implicaría sumirlo en una total indefensión”.⁸⁴

Corresponde a la Administración la carga de la prueba de la responsabilidad sancionadora que imputa, debiendo, por tanto, bien disponer, cuando efectúa la imputación administrativa en el acuerdo de iniciación mismo, de una prueba incriminatoria adecuada y suficiente o, en el caso de no disponer de ella en ese momento procedimental, obtenerla posteriormente durante la instrucción del expediente sancionador.⁸⁵

En cuanto a los medios de prueba para el caso de los procedimientos administrativos, el interesado tendría derecho a proponer cualquier medio de prueba que considere más conveniente a sus intereses y que haga efectivo su derecho a la defensa. El derecho a la prueba incluye el poder a elegir las pruebas entre los distintos admisibles, siempre que no sean manifiestamente improcedentes, impertinentes, inconducentes o ilícitas; es decir, aquellas que se han obtenido con vulneración de los derechos constitucionales. Ángela Manzano en el libro *La prueba en el procedimiento administrativo*, determina:

El derecho a la prueba no es un derecho absoluto que permita al interesado pedir en cualquier momento, sino que está limitado, entre otros, por las condiciones de tiempo y forma. Debido a que comporta la obligación de la Administración de admitir y practicar ciertas pruebas propuestas por el interesado, para que surja esta obligación es necesario que el interesado las haya propuesto cumpliendo una serie de requisitos intrínsecos y extrínsecos, que se refieren al tiempo y forma, la pertinencia, la utilidad y la licitud de la prueba.⁸⁶

Si bien es cierto bajo el principio de presunción de inocencia le corresponde a la Administración Pública, en el caso de los procedimientos administrativos, probar la responsabilidad del administrado, también éste tiene la facultad de aportar pruebas de los hechos en virtud del principio de contradicción y de defensa, para lo cual utilizará los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano que resulten procedentes.

La administración Pública que va a imponer una sanción requiere de una o varias pruebas de cargo en contra del inculpado, es decir, una prueba que dé cuenta de los hechos constitutivos de la infracción administrativa y que acredite la participación del imputado, pues si no se prueba su culpabilidad, no podrá imponerse

⁸⁴ Cfr, Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, t. II. 1ª ed. (Lima: Palestra Editores, 2010), 575.

⁸⁵ Cfr, Humberto Gosálbez Pequeño, *El procedimiento administrativo sancionador: teoría y práctica*, (Madrid: Dykinson, 2012), 38.

⁸⁶ Ángela Manzano, *La prueba en el procedimiento administrativo*, 1ª ed. (Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 2013), 17-27.

sanción alguna.

1.4.5. Favorabilidad

El principio de favorabilidad surge de la máxima *favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda* –lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse–, y de la antigua norma del derecho Romano *omnia pro reo beneficus* –todo en beneficio del reo–, es una excepción a la regla general, según la cual las leyes rigen hacia el futuro y opera cuando el ordenamiento jurídico cambia.⁸⁷

La Constitución de la República del Ecuador garantizando el principio de favorabilidad, en su artículo 76 numeral 5, determina: “en caso de conflicto de dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.⁸⁸

Para cualquier materia y en especial para la penal, cuando se produce un cambio legal, entre la época del hecho y aquella en que se debe juzgar y sancionarlo, se debe establecer qué cuerpo legal se aplicará. Lo más adecuado, podría resultar aplicar la ley que regía al momento que se cometió la infracción, pues aseguraría el principio de reserva de ley, pero también puede alegarse que se aplique la sanción vigente a la época del juzgamiento, pues retribuiría de mejor manera las aspiraciones sociales de resarcimiento ante el quebrantamiento de la ley. No obstante, la Constitución ecuatoriana exige que se aplique aquella norma que resulta más favorable al infractor.⁸⁹

Hay que tener en consideración que este principio supone aplicar íntegramente una de las leyes que están en transición, sin que le sea posible al juez tomar lo más favorable de cada una de las leyes que están en transición, conformando una tercera ley; además la favorabilidad ha sido entendida como “una norma jurídica de todo o nada [...], que siempre debe aplicarse plenamente y que no admite cumplimientos parciales ni ponderación con otras normas del ordenamiento

⁸⁷ José Morera Cruz, “Dos casos sobre procedimiento y sanciones en el derecho tributario colombiano sanción por el envío de información errada y sobre el principio de no retroactividad” Disponible en: <<http://portal.uasb.edu.ec:2066/lib/uasbsp/reader.action?docID=10336987&ppg=7>> (fecha de consulta 30 julio del 2016).

⁸⁸ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, Art. 76, numeral 5.

⁸⁹ Julissa Mantilla y otros, *El estado contra los derechos: pena de muerte, violencia de género y autoamnistía en la jurisprudencia supranacional*, (Lima: Palestra ediciones, 2007), 78.

jurídico-penal frente a las cuales pueda hallarse en colisión en un caso concreto”.⁹⁰

1.4.6. Derecho a la defensa

El máximo Tribunal de Control Constitucional ecuatoriano, la Corte Constitucional, al referirse al derecho a la defensa ha manifestado, que es una de las garantías básicas del debido proceso, entendida como la oportunidad que las partes o sujetos procesales tienen para participar en igualdad de condiciones en un proceso administrativo, judicial o constitucional; a ser escuchados con la oportunidad debida, presentar sus argumentos de cargo y descargo, a contradecir, practicar pruebas, interponer los recursos respectivos, entre otros. El derecho a la defensa debe buscar la igualdad procesal y una decisión justa por parte de la autoridad jurisdiccional.⁹¹ Además ha indicado:

Uno de los ejes del derecho procesal es el de la igualdad de las partes ante la ley procesal, por lo que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene fundamento en la máxima *auditor et altera pars*, que equivale a la igualdad de las personas ante la ley. A decir de Devis Echandía, existen verdaderos derechos procesales subjetivos y públicos de las partes, como los de acción y contradicción (el primero del actor y el segundo del demandado) de aprobar o aducir pruebas al proceso, de recurrir contra las providencias desfavorables del juez. El ejercicio de estos derechos subjetivos procesales impone al juez, como órgano del Estado, deberes correlativos, que también son de derecho público; por ejemplo el deber de proveer o iniciar el proceso, de citar y oír al demandado o imputado, de decretar las pruebas oportuna y debidamente solicitadas por las partes, de atender los recursos que se interpongan en el tiempo y con las formalidades legales.⁹²

El artículo 76 de la Constitución de la República, establece como una garantía del debido proceso, el derecho a la defensa, el cual a su vez está constituido por las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; c) Ser escuchado en el momento

⁹⁰ Cfr, Gómez González y otros, *Estudios de derecho penal*, t. I, 1ª ed., (Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010), 131.

⁹¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 041-14-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0777-11-EP, que siguió el señor Washington Serrano Gómez, en contra de la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

⁹² Cfr, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 224-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1863-10-EP, que siguió el señor por Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio de la procuraduría General del Estado, en contra de la sentencia expedida la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia.

oportuno y en igualdad de condiciones; d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento; e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto; f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento; g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor; h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto; j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo; k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. De estas garantías es necesario analizar aquellas que para efectos del presente trabajo son pertinentes.

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

Siendo aplicables las garantías del debido proceso a toda clase de proceso y procedimiento en que se determinen derechos y obligaciones, resulta indudable que el derecho a la defensa no puede vulnerarse en ninguna de sus etapas o grados.

En este sentido, se ha de entender por etapas a las diferentes fases que comprende la sustanciación de un proceso y en cada instancia, que se desarrolla a través de actos procesales que son los actos jurídicos tendientes a un fin.⁹³

En cambio, el grado está constituido por cada instancia en la que se desarrolla el proceso. La Corte Constitucional al referirse al debido proceso y específicamente a esta garantía ha manifestado:

⁹³ Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso*, (Bogotá: Temis, 1999), 215.

Así, durante las diversas etapas que componen un proceso judicial, el debido proceso debe observarse en la medida en que garantice a las partes procesales un adecuado ejercicio de las garantías pertinentes, tanto desde la formulación de la acción o del planteamiento de los mecanismos procesales de impugnación correspondientes, hasta la finalización de la controversia con la expedición de la sentencia con su respectiva notificación.⁹⁴

Otro caso, en el que se vulnera el derecho al debido proceso, al no conceder la actuación de una prueba solicitada, la Corte Constitucional manifiesta:

Así, es claro que la cuestión que se somete a nuestro conocimiento, en tanto tiene relación con la no actuación de una prueba importante para la sustanciación de un proceso por parte de las autoridades jurisdiccionales, deriva en la privación de la garantía del debido proceso que establece que nadie puede ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del procedimiento. De esta manera, resulta significativo resaltar que esta Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos ha sido enfática en señalar que todo tipo de actos que conlleven privación o limitación del derecho a la defensa producen en última instancia, indefensión [...].⁹⁵

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

En este sentido la Corte Constitucional ecuatoriana, al referirse a esta garantía, ha manifestado que:

La categoría del tiempo y los medios adecuados puede conciliar no pocas interpretaciones; máxime si se toma en cuenta que las actuaciones dentro de un proceso judicial son de toda naturaleza y se expresan en diversa forma. En referencia al tiempo [...] esta Corte identifica al menos tres factores importantes a ser considerados, para tenerlo como adecuado: Primero, la complejidad del asunto que se discorra. Segundo, está el momento procesal en el que el tiempo deba ser concedido. Por último, la real posibilidad del titular del derecho de ejercer su defensa.⁹⁶

El derecho a la defensa determina que nadie puede ser privado de *los medios* para hacer valer sus derechos dentro de un proceso administrativo, constitucional, entre otros, buscando el equilibrio procesal del accionante y del demandado para contradecir la prueba de cargo, aportar los medios de prueba; y, para impugnar las

⁹⁴ Cfr, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 028-16-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1729-11-EP, que siguió el señor Marcos Alberto Muentes Intriago, en contra de la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

⁹⁵ Cfr, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 041-14-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0777-11-EP, que siguió el señor Washington Serrano Gómez, en contra de la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

⁹⁶ Cfr, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 076-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1242-10-EP, que siguió la señora María del Carmen Pazmiño Gavilánez Directora del Instituto de Patrimonio Cultural, en contra de la sentencia expedida por la Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

decisiones legales contrarias que permitan una adecuada administración de justicia.⁹⁷ Siendo una garantía el contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, el constituyente “determinó una obligación dirigida a los operadores de justicia para dotar a las partes procesales de la posibilidad de interponer adecuadamente los medios de impugnación en los plazos y términos establecidos en el ordenamiento jurídico”.⁹⁸

Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8, numeral 2, literales b y c, dispone que toda persona tiene derecho, en igualdad de condiciones, a una comunicación previa y detallada, cuando es inculpada dentro de una acusación; así como también, a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.⁹⁹

El imputado requiere de tiempo para preparar su defensa, con la finalidad de reunir pruebas, testigos y documentos para rebatir los argumentos jurídicos de la parte acusadora. El tiempo debe ser el necesario y dependerá de cada procedimiento y las circunstancias particulares del caso. En cuanto a los *medios adecuados* establecidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos, que implican el derecho a comunicarse con su defensor, el derecho a una asistencia eficaz, el derecho a confrontar las pruebas; en definitiva, el acceso a los medios que permitan una igualdad de armas en el proceso. Para Nogueira:

Fuera del proceso penal, el emplazamiento implica el derecho de comparecer en aquellas actuaciones judiciales cuya finalidad es precisamente dar a las partes la ocasión de hacerse oír, de exponer cuanto convenga a la defensa de los derechos e intereses legítimos. La omisión de tal emplazamiento, cuando no es suplida por la actividad espontánea de las partes, a la que de algún modo están obligados, vicia las actuaciones judiciales realizadas sin la presencia de la parte, siendo inconstitucional y nula.¹⁰⁰

Motivación de las resoluciones

Como parte del derecho a la defensa, el literal l), numeral séptimo, del artículo 76 de la Constitución de la República, establece:

⁹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 300-15-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 2165-13-EP, que siguió el abogado Julio César Molina, en contra de la sentencia expedida por Jueza Sexta Adjunta de Tránsito de Pichincha.

⁹⁸ Cfr, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 108-15-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0672-10-EP, que siguió el señor William Reyes Cuadros, en contra de la sentencia expedida por la Sala de lo laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayas.

⁹⁹ *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, 06 de agosto de 1984.

¹⁰⁰ Cfr, Humberto Nogueira, “Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso”, 145.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.¹⁰¹

En el ámbito jurisdiccional la reciente normativa que la regula, en concordancia con el texto constitucional, establece la obligatoriedad de motivar las resoluciones, así el artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el numeral cuarto, establece como uno de los deberes de las juezas y jueces “Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.¹⁰² Disposición que guarda relación con lo determinado en el Código Orgánico General de Procesos.¹⁰³

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, ha ratificado que no existe motivación en un acto administrativo, cuando no se enuncia las normas o principios en los que se haya fundado, ni se explica la pertinencia de su aplicación al caso concreto; y en varias resoluciones ha dejado en claro que la falta de motivación produce la nulidad del acto administrativo y no su ilegitimidad, puesto que:

La ilegalidad es el género, en tanto que la nulidad es la especie, en tratándose de un recurso subjetivo como es el propuesto por el recurrente. Siempre que se viola un derecho subjetivo del recurrente o se emite un acto administrativo sin cumplir los requisitos esenciales para su emisión, se está ante un acto ilegal; mas tal acto ilegal es nulo [...] cuando lo ha emitido una autoridad carente de competencia para dictarlo o cuando no han precedido para su emisión los requisitos y condiciones señalados por la ley correspondiente; es decir cuando, de acuerdo a la doctrina, no se han cumplido

¹⁰¹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 76, numeral 7, literal l).

¹⁰² Cfr, *Código Orgánico de la Función Judicial* [2009], tít. III “Órganos Jurisdiccionales”, cap. primero, “Reglas Generales” art. 130 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f): 37.

¹⁰³ El artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos en el artículo 89 determina: Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal 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. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación. *Código Orgánico General de Procesos* [2015], tít. III “Disposiciones Generales”, cap. sexto, “Providencias Judiciales” art. 130 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f): 22.

los elementos esenciales del acto administrativo.¹⁰⁴

También ha manifestado que: “Uno de los fines de la motivación es limitar el exceso discrecional del juez a través de un razonamiento lógico en base al análisis de los hechos y su calificación jurídica pertinente”;¹⁰⁵ y que, para que la motivación sea lógica debe reunir las siguientes características:

1) Debe ser coherente, es decir con un conjunto de razonamientos armónicos entre sí; 2) congruente, es decir debe guardar relación y concordancia entre las afirmaciones, deducciones y conclusiones; 3) no contradictoria, es decir sin utilizar razonamientos que se opongan entre sí y por lo tanto se anulen; 4) inequívoca, es decir que no haya lugar a dudas sobre su alcance, significado, y las conclusiones que determinan.¹⁰⁶

La motivación es un corolario del principio de legalidad y permite a las partes asegurar de mejor manera impugnar la decisión adoptada. Una resolución, no puede justificarse a través de una motivación simple y explicativa, ya que presupone una descripción y análisis intelectual del caso. En el caso de las resoluciones judiciales a decir de Manuel Herrera, se proyecta a lo interno y a lo externo, en lo interno sirve para dar consideraciones a las partes que han participado en el conflicto; mientras que a nivel externo, la motivación sirve para que la ciudadanía de cuenta de la justificación que se ha dado en la resolución.¹⁰⁷ Para Fernando de la Rúa, la motivación es una garantía a las partes y de la sociedad que permite excluir realidades cuestionables y arbitrarias, busca que la sentencia sea una creación intelectual con un contenido crítico, valorativo y lógico.¹⁰⁸

Rafael de Asís en su obra *El juez y la motivación en el derecho*, manifiesta que el derecho es un instrumento racional de control social que se expresa a través de normas y decisiones, las mismas que deben gozar de características como la

¹⁰⁴ Cfr, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro del Recurso de Casación No. 0313-2006, planteado por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, CAE, respecto de la sentencia expedida el 14 de marzo de 2006 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, disponible en <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2009/febrero_2009.pdf>, (fecha de consulta: 23 de septiembre del 2016).

¹⁰⁵ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sentencia emitido por la Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia dentro, del Recurso de Casación No. 00884-2010, planteado por Coque Chiriboga Hilda Beatriz, disponible en <<http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/resolucion/frmPDF.jsp?doc=373>>, (fecha de consulta: 21 de agosto del 2016).

¹⁰⁶ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sentencia emitido por la Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia dentro del Recurso de Casación No. 0244-2007, planteado por Dávila Zurita Gina Elizabeth, disponible en <<http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/resolucion/frmPDF.jsp?doc=491>>, (fecha de consulta: 23 de septiembre del 2016).

¹⁰⁷ Manuel Ramón Herrera Carbuccia, “La sentencia”, *Revista Gaceta Laboral*, vol. 14, (Maracaibo: No. 1, 2008), 141.

¹⁰⁸ Fernando De la Rúa, *Teoría general del proceso*. (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1991), 146.

coherencia, la coactividad, la legalidad, la no arbitrariedad, la publicidad, entre otras. Una decisión judicial no es el resultado de una tarea mecánica, ya que toma en cuenta enunciados jurídicos a los cuales el juzgador les otorga cierta valoración de acuerdo al caso concreto y con ello se da eficacia al Derecho, una eficacia técnica que se cumple al satisfacer las exigencias de coherencia, publicidad y sometimiento al Derecho; y, una eficacia real que se verifica al satisfacer el requisito del sometimiento a la legalidad. Constituyen exigencias básicas *dar publicidad*, lo que implica que la resolución sea inteligible, es decir cuándo puede deducirse de una regla formulada de manera correcta según los cánones de la lengua en la que se expresa el Derecho; y, por otra parte debe cumplirse con la exigencia de *no arbitrariedad*, que se verifica cuando la decisión se apoya en una regla.¹⁰⁹

Sobre esta garantía la Corte Constitucional, en reiteradas ocasiones, ya se ha pronunciado. Sin embargo, mediante sentencia No. 025-09-SEP-CC, emitida dentro de los casos acumulados No. 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP, la Corte Constitucional para el Período de Transición, indicó por primera vez que la motivación está estrechamente ligada al derecho a la seguridad jurídica y que el motivo primordial de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es poder proporcionar un *razonamiento lógico y comprensivo*; y que la razón fundamental de motivar, es que el juzgador evite la arbitrariedad, armonice el ordenamiento jurídico y facilite el control social.¹¹⁰

Posteriormente, la máxima corte de control constitucional, ha desarrollado en sus sentencias los parámetros que debe reunir una resolución para ser considerada como motivada, así dentro del caso 1460-15-EP, indicó que una resolución será motivada siempre que su contenido cumpla con los requisitos de *razonabilidad, lógica y comprensibilidad*, y que estos elementos son concurrentes, de tal suerte que la falta de uno de ellos implicará que la resolución sea inmotivada. Los parámetros de estos requisitos son:

La *razonabilidad* consiste en que las decisiones emitidas por la autoridad competente deben ser fundamentadas no solo en los principios constitucionales y en normas infraconstitucionales sino que también deben ser sustentadas enmarcándose en la naturaleza del proceso. El elemento de razonabilidad hace referencia a la

¹⁰⁹ Rafael de Asís, *El juez y la motivación en el derecho*, (Madrid: Editorial DYKINSON, 2015), 76.

¹¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Sentencia No. 025-09-SEP-CC, dictada dentro de los casos acumulados No. 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP, que siguieron Mario Joselito Estrada, Benito Ramiro Gómez Ruiz y Manuel Oswaldo Tanicuchi Yandún, en contra de la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la ex Corte Suprema de Justicia.

determinación de fuentes que el juzgador utiliza como fundamento de la resolución judicial. [...] La *lógica* tiene relación directa con la vinculación de los elementos ordenados y concatenados, lo que permite elaborar juicios de valor en el juzgador al momento de emitir una resolución en base a las circunstancias fácticas que se presentan en cada caso; este debe regirse sobre los hechos puestos a consideración con el fin de que mediante la recurrencia de las fuentes del derecho aplicables al caso, se pueda obtener una sentencia con criterio jurídico [...] la *comprensibilidad* se la entiende como el hecho de que los juzgadores garanticen el entendimiento y comprensión directa de la decisión judicial a través del uso de un lenguaje claro.¹¹¹

La Corte Nacional de Justicia por su parte, en la revista *Ratio Decidendi* y *Obiter dicta*, refiriéndose a la motivación ha expresado que en el sistema jurídico ecuatoriano existe la obligación de la motivación, lo que permite dar legitimidad y validez legal a una sentencia, resolución o fallo, sea judicial o administrativo; por ello es necesario que los jueces, operadores de justicia y servidores administrativos comprendan el contenido, dimensión y delimitación de esta garantía que forma parte del debido proceso.

La tarea de la motivación no es un arte metafísico, que lo distancie del caso concreto y que sea una creación extravagante y absolutista de seres iluminados.

Motivación, en términos sencillos, es consignar en el fallo las causas o razones que le han conducido al juez o tribunal a resolver, de una u otra forma, lo sometido a su decisión; ello dicho mediante la expresión latina “ratio decidendi”, esta da cuenta de los argumentos esgrimidos por el juez en la parte considerativa dentro de la estructura de la sentencia. La trascendencia de la “ratio decidendi” no solo radica en cuanto a la posibilidad de poder auditar la argumentación jurídica del juez, sino que, adicionalmente, esta puede tener una significancia a posteriori, pues lo expresado en la decisión puede constituirse en precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria para todos los jueces en casos análogos.¹¹²

Los actos administrativos por mandato constitucional, también deben expedirse con la debida motivación, al respecto Huergo Lora ha manifestado que: “una de las finalidades [...] de motivar los actos administrativos es asegurar que el particular conozca, al recibir la notificación del acto, los fundamentos del mismo, de modo que, al decidir aquietarse o interponer un recurso, lo haga con pleno conocimiento de los obstáculos que debe superar para lograr la anulación del acto.”¹¹³

¹¹¹ Cfr, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 228-16-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1460-15-EP, que siguió el señor Johnny Eduardo Pérez Zamora, en contra de la sentencia expedida por la Sala Especializada de la Familia Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

¹¹² Cfr, Corte Nacional de Justicia, *Ratio decidendi*, *Obiter dicta*, prólogo.

¹¹³ Huergo Lora, “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, (Madrid: No. 145, 1998), 102.

Capítulo segundo

Derecho administrativo sancionador y disciplinario en Ecuador

En este capítulo se tratará acerca del derecho disciplinario, que, como parte del derecho sancionador, se presenta como consecuencia de la relación especial de sujeción existente entre los servidores públicos y la Administración Pública. Se hablará del ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública dentro de los procedimientos administrativos disciplinarios ecuatorianos en general, para finalmente exponer el procedimiento disciplinario de las Fuerzas Armadas del Ecuador en su parte general, lo cual permitirá una cabal comprensión de este régimen especial, de cara al análisis casuístico, contenido en el último capítulo.

1. Derecho administrativo sancionador en su contexto general

A partir del siglo XVIII surge la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública, esto por el intervencionismo que ésta ejerce en todos los aspectos de la vida social. Los ordenamientos jurídicos, van distinguiendo las infracciones penales que son sancionadas por los jueces penales, de las sanciones administrativas determinadas por los órganos competentes de la Administración.¹¹⁴

En términos sencillos, se puede definir al Derecho Sancionador Administrativo, como la rama del Derecho Administrativo que regula el ejercicio del *ius puniendi* que el legislador ha atribuido a la Administración y no a los Jueces y Tribunales Penales.¹¹⁵

Como se verá más adelante existen posiciones marcadas respecto de determinar si el Derecho Administrativo Sancionador forma parte del Derecho Penal, del Derecho Administrativo o es un Derecho autónomo, en este sentido y como una primera aproximación, Cristian Román considera que: “el Derecho Administrativo Sancionador es una rama autónoma del Derecho, que tiene su ‘anclaje’ en el Derecho Público, en específico en el Derecho Administrativo, por la finalidad prioritaria que

¹¹⁴ Francisco Javier de Ahumada Ramos, *Materiales para el estudio del derecho administrativo económico*, (Madrid, Dykinson, 2004), 97.

¹¹⁵ Javier Rodríguez, *Deporte y derecho administrativo sancionador*, (Madrid, Editorial Reus, 2008), 17, disponible en <<http://portal.uasb.edu.ec:2066/lib/uasbsp/reader.action?docID=11046301>>, (fecha de consulta: 25 de octubre del 2016).

singulariza a esta rama del Derecho, cual es, la protección del interés público”.¹¹⁶

1.1. El Derecho Sancionador

Se debe indicar que tanto el Derecho Penal como el Derecho Disciplinario, al igual que el Derecho Contravencional, forman un tronco común que es el Derecho Sancionador. En materia penal lo ilícito se establece en el quebrantamiento de una norma que atenta contra un bien jurídico, mientras que en el campo del derecho disciplinario lo ilícito está dado por el quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales de una norma por parte del funcionario público;¹¹⁷ pero este rompimiento debe ser sustancial, es decir, que no solo trasgreda una obligación que tiene el servidor público, sino que además quebrante la institucionalización del Estado y sus fines. A pesar de estas diferencias se ha dicho que:

[L]as categorías dogmáticas elaboradas por el derecho penal son aplicables al derecho disciplinario, obviamente, en cuanto se respete su propia identidad, lo que implica entender que tienen su propio sentido y contenido. Si bien en un principio se afirmó que las categorías penales se aplicaban también en Derecho Disciplinario, la evolución de la jurisprudencia ha sido enfática en precisar que tal señalamiento solo lo es con respecto a su revestimiento, puesto que la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como sus respectivas subcategorías dogmáticas, tienen su propio sentido y contenido.¹¹⁸

La Corte Constitucional colombiana ha indicado que: “los principios del derecho penal se aplican, *mutatis mutandi* en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”.¹¹⁹ Manuel Gómez Tomillo, señala que existe coincidencia sustancial entre la naturaleza jurídica de las infracciones administrativas con las penales y que por ello la mayoría de los principios y garantías que son parte del derecho penal deben aplicarse *mutatis mutandi* a las infracciones y sanciones administrativas, sin embargo hace mención que esto sería posible en la medida que el derecho administrativo sancionador

¹¹⁶ Cfr, Cristian Román Cordero, “Castigo en el Derecho Administrativo”, disponible en <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16009/16524>>, (fecha de consulta: 26 de octubre del 2016).

¹¹⁷ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, “El derecho disciplinario como disciplina jurídica autónoma”, en: *Revista de Derecho Penal y criminología*, vol. 33, (Bogotá: No. 95, 2012), 61.

¹¹⁸ *Ibidem*, 63.

¹¹⁹ Cfr, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-769/98, dictada dentro de la Demanda de Inconstitucionalidad planteada por Carlos Fernando Muñoz Castrillón, contra el artículo 25, numeral 8 de la Ley 200 que establece el Código Disciplinario Único.

careciera de principios. Además, menciona que no podría aceptarse la aplicación de principios y reglas que restrinjan los derechos de los infractores, porque se estaría incurriendo en una analogía *in malam partem* como las de tentativa, aplicación de agravantes, etc., es por ello que para este autor la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador no es de manera irrestricta.¹²⁰

En el caso ecuatoriano la Ley Orgánica del Servicio Público –LOSEP– regula la actuación de toda la administración pública,¹²¹ con ciertas excepciones –como la militar–, sin embargo en el campo sancionador esta ley no establece los principios que lo rigen, por lo que de acuerdo a lo señalado los principios del derecho penal son extremadamente útiles, al momento de pretender sancionar las actuaciones de los servidores públicos.

Por otra parte, también ha señalado la Corte Constitucional colombiana que:

La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.¹²²

Con el establecimiento de las sanciones administrativas, el ordenamiento jurídico de cada país pretende tutelar la propia organización Administrativa y su orden interno, a partir de lo que la doctrina ha denominado *relación especial de sujeción*, la cual nace del derecho sancionador y disciplinario.

1.2. Relaciones general y especial de sujeción

¹²⁰ Manuel Tomillo, “La distinción entre la infracción administrativa y el delito”, en Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2ª.ed. (Pamplona: Aranzadi, SA, 2010), 110-112.

¹²¹ El Artículo 3 de la LOSEP establece “Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional; 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales; 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales para la prestación de servicios públicos. *Ley Orgánica de Servicio Público* [2010], tit. I “Del Servicio Público”, cap. único, “Principios, ámbito y disposiciones fundamentales” art. 2 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f): 1.

¹²² Cfr, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-181/02, dictada dentro de la demanda de Inconstitucionalidad planteada por Carlos Iza Serrano, contra los artículos 9, 20,25, 27,29, 30 y 40 numeral 8 de la Ley 200 que establece el Código Disciplinario Único.

Existen dos relaciones de sujeción, una es la *relación o estado especial de sujeción*, por la cual se establece vínculos estrechos entre la Administración y una persona en particular y que significaron en épocas pasadas que esa persona quede con sus derechos limitados y a merced del poder;¹²³ y la otra, es la *relación o estado general de sujeción*, que implica un vínculo entre el Estado y todos los ciudadanos y que sucede por ejemplo con el derecho penal, específicamente con el Código Penal en donde los tipos penales son figuras delictivas que van dirigidas a un sujeto activo indeterminado.¹²⁴

Por el hecho de formar parte de un Estado, los ciudadanos en general quedan obligados, por el estado general de sujeción, a cumplir deberes de diversa índole; pero además, puede imponérseles obligaciones adicionales en la medida que participan en el ejercicio del poder estatal, en virtud de un empleo, cargo o comisión en la Administración Pública, en cuyo caso se encuentran ante un estado especial de sujeción, que tiene un contenido disciplinario que busca la conservación de ciertos valores en el ejercicio de la función pública. Es por ello, que al incorporarse a la función pública un particular, se encuentra obligado a un estricto cumplimiento de las actividades propias de su puesto o función, a encarrilar su actuación a los principios que conforman o son parte del ejercicio del poder público.

Para Juan Santamaría Pastor, una relación especial de sujeción es “la situación singular en que determinadas personas o entidades se encuentran por el hecho de hallarse insertas de modo particularmente intenso en la organización administrativa, lo que determinaría el que la administración ostentase sobre ellas unas potestades especialmente enérgicas”.¹²⁵

Luz María Gil por su parte, en el artículo *Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto*, indica que esta figura se basa en el debilitamiento de los derechos de los ciudadanos que prestan sus servicios en la Administración Pública, precisamente para que ésta cumpla con sus fines en un ámbito de normal desarrollo de sus actividades. La relación especial de sujeción

¹²³ Se mira al derecho disciplinario como el ejemplo paradigmático de las relaciones especiales de sujeción, en donde el sujeto activo de los tipos que se establezcan, tienen que tener la calidad de servidor público en sus diferentes manifestaciones: funcionario judicial, funcionario público que en el caso ecuatoriano se denomina servidor público. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, 3ª. ed., (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 137.

¹²⁴ *Ibidem*, 136.

¹²⁵ Cfr, Juan Santamaría Pastor, “Fundamentos de derecho administrativo”, (Madrid: 1988), 793, citado por María Lourdes Ramírez, *Consideraciones a la figura de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español*, (Bogotá: Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, I semestre, 2009): 282.

puede determinar la prohibición absoluta o relativa, transitoria o permanente del ejercicio de un derecho, pero de igual manera puede conllevar el establecimiento de ciertos beneficios; sin embargo se debe considerar que para el establecimiento de restricciones de derechos a los servidores públicos, se debe observar el principio de legalidad, es decir que su imposición debe estar prevista en una norma jurídica previamente establecida.¹²⁶

La institución de las Fuerzas Armadas (Militares y de Policía), soporta en su interior una relación especial de sujeción, con grados de intensidad y exigencia mayores a las de los demás funcionarios públicos, originada en la misión constitucional a ellas confiada, que implica la restricción en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales; sin embargo, cualquier limitación estará sujeta a los requerimientos constitucionales de legalidad formal y material, como garantía de seguridad jurídica de la Fuerza Pública. En concordancia con la intensidad de esta sujeción, el Estado de derecho permite la restricción o modulación en el ejercicio de ciertos derechos o libertades, pero nunca su supresión o desconocimiento.¹²⁷

1.3. Procedimiento sancionador en general

Dentro del Derecho Sancionador, existen aspectos muy relevantes que es necesario señalarlos antes de analizar el procedimiento que se lleva a cabo para la imposición de una sanción dentro de la Administración Pública.

1.3.1. La culpabilidad en el derecho sancionador

La sanción administrativa se encuentra ligada necesariamente al principio de culpabilidad, que nace en el derecho punitivo, a través del cual se exige a la administración que cumpla ciertos presupuestos que permitan declarar la culpabilidad de una persona e imponerle una sanción. Estos presupuestos son:

Responsabilidad personal. - Por lo cual la sanción debe recaer en la persona que ha cometido la acción u omisión constitutiva de la infracción administrativa. La responsabilidad puede ser por autoría, complicidad o encubrimiento; además la responsabilidad objetiva estaría proscrita en el derecho disciplinario, así lo ha entendido la Corte Constitucional Colombiana a través de la sentencia No. S.U-901 de 2005, línea 41:

En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad

¹²⁶ Luz Marina Gil García, Gloria García Coronado, Raúl Hernando Esteban García, “Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto”, en *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. XII, No. 23 (I semestre de 2009): 178.

¹²⁷ *Ibíd.*, 179.

objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado -entendido éste en su dimensión normativa- o por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en los que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad, impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita.¹²⁸

La exigencia de dolo o culpa. - El derecho sancionador trata de impedir el menoscabo de bienes jurídicos a través de conductas u omisiones que pueden ser de carácter doloso, es decir con intención; o, de carácter culposo, que se verifican por la imprudencia o falta de observancia de la normativa respectiva. Esto tiene sentido en consideración que como se había expresado en materia disciplinaria la responsabilidad objetiva está proscrita; y para determinar si un comportamiento fue ejecutado con dolo o culpa depende de la naturaleza misma de ese comportamiento, puesto que “el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles”.¹²⁹

Con todo, el hecho de que las infracciones a la ley puedan ser cometidas, unas a título de dolo, otras a título de culpa, y que esa determinación no provenga más que de la naturaleza o de la ontología de la conducta, no significa que el Estado, en todas las manifestaciones del derecho sancionatorio, aplique la misma regla de castigo y sancione por igual a quien atenta contra el orden jurídico de manera imprudente, que a quien lo hace con la intención positiva de lesionarlo.

La imputación personal o culpabilidad.- A través de esta se busca que a la persona pueda atribuírsele una acción u omisión constitutivas de la infracción administrativa, por reunir condiciones físicas y psíquicas que le permitan acceder al

¹²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. SU-901/05, dictada dentro del expediente No. T-905903 de Acción de Tutela de José Gabriel Silva Riviere contra la Procuraduría General de la Nación, por un fallo disciplinario. Disponible en: <<http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/05-SU-901.htm>> (fecha de consulta: 06 de septiembre del 2016).

¹²⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. C-181/02, dictada dentro del expediente No. D-3676 de Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 9, 20, 25, 27, 29, 30, 44 de la ley 200 de 1995, seguido por Carlos Isaza Serrano, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-181-02.htm>, consultado 06-09-2016.

mensaje que contienen las normas prescriptivas o de conducta.¹³⁰

La culpabilidad para Víctor Baca Oneto consiste en:

El reproche que se dirige a una persona porque debió actuar de modo distinto a como lo hizo, para lo cual debió tener la posibilidad de actuar de otro modo. Mientras que en el ámbito civil es perfectamente posible establecer una responsabilidad objetiva por daños, la exigencia de culpabilidad para sancionar una infracción deriva de que en este caso está implícito un *juicio de reproche*, que sólo sería posible si el autor podía haber actuado de otra manera.¹³¹

La culpabilidad, aplicada al derecho sancionador dice Fernando Flores, que no cabe sanción sin culpa y que requeriría la existencia de la responsabilidad subjetiva para que se sancione el quebrantamiento de una norma.¹³²

1.3.2. Vulneración del deber por parte de los servidores públicos

El derecho disciplinario forma parte del derecho sancionador, sin embargo contiene elementos que lo hacen diferente del derecho penal –del cual se dice que tiene una cercanía próxima; es así que mientras el derecho penal, se ocupa de analizar los bienes jurídicos que se lesionan o que están en peligro de lesionarse, el derecho disciplinario se ocupa de la infracción de los deberes funcionales, que surgen a partir de las relaciones especiales de sujeción, que se produce entre la Administración Pública y el servidor público. Sobre el particular la colombiana Soraya Clavijo Ramírez, ha indicado:

Así pues, la edificación del derecho disciplinario sobre el concepto de infracción del deber ha marcado derroteros en el desarrollo de su estructura y ha contribuido a marcar con mayor nitidez las diferencias con el derecho penal, no sólo en cuanto a la construcción del ilícito disciplinario, sino también en relación con otros aspectos, como son, entre otros, la imposibilidad de manejar figuras como la tentativa (dado que la consumación de la falta está dada por la mera realización de la conducta que desconoce el complicitad (dado que cada persona sólo puede infringir los competen), o la no exigencia de un resultado material como requisito para la configuración de la falta disciplinaria (dado que no es necesario modificar el mundo exterior para

¹³⁰ Tomás Cano Campos, “La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico”, en: *Revista de Documentación Administrativa*, (Madrid: No. 284-285, 2009), 84.

¹³¹ Víctor Sebastián Baca Oneto, “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano” (Buenos Aires: ponencia IV Congreso Internacional de Derecho administrativo del 15, 16 y 17 de septiembre de 2010).

¹³² Fernando Flores Jiménez, “El procedimiento administrativo sancionatorio”, en Marco Morales Tobar, edit., *Descentralización, Administración Pública y Constitución*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2005), 103.

infringir un deber).¹³³

El Consejo Superior de la Judicatura colombiana, por su parte ha indicado que el referente material en el campo disciplinario va unido al concepto de infracción del deber, que ineludiblemente no acarrea en la verificación del grado de lesividad por parte del servidor público a los bienes jurídicos sino a verificar las posibilidades que tenía el sujeto para cumplir con los deberes funcionales que le fueron impuestos, en relación a su función.¹³⁴

1.4 Etapas del procedimiento sancionador en general

Según el autor Humberto Gosálbez, un procedimiento administrativo sancionador en general, se evacúa dentro de los siguientes parámetros:

Actuaciones administrativas previas.- La autoridad administrativa con potestad sancionadora tiene la facultad de conocer de mejor manera, –previo a la iniciación de un procedimiento sancionador– las circunstancias de los hechos que presumiblemente configuran una falta disciplinaria, para determinar la conveniencia o no de iniciar dicho procedimiento, para lo cual se puede ordenar la práctica de ciertas actuaciones.¹³⁵ Con ello se consigue que la información proporcionada por un denunciante o por otro órgano administrativo resulte suficiente.

Iniciación. - Dentro de esta etapa están aspectos como la determinación del sujeto activo que tendría legitimación para llevar a cabo un procedimiento sancionador. Sobre esta particular, resulta claro que es la Administración Pública a través del órgano competente, en virtud de la potestad sancionadora, la que tiene la facultad para iniciar un procedimiento administrativo que permita en última instancia el cumplimiento de los fines estatales. Un particular, ni aún en calidad de perjudicado o denunciante, puede por sí mismo iniciar un procedimiento sancionador, puesto que el órgano competente lo instruye con un acto administrativo de iniciación, a pedido

¹³³ Cfr, Soraya Clavijo Ramírez, “El deber como referente para determinar el agotamiento de la falta disciplinaria. Línea jurisprudencial”, en José Patrocinio Castañeda, edit., *Lecciones de Derecho Disciplinario*, Tomo I, (Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2006), 40.

¹³⁴ Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 16 de septiembre de 2003, rad. 19971473.01. Seguido por el Ministerio Público en contra de Temístocles Ortega Narváez.

¹³⁵ En el caso ecuatoriano y para los sumarios administrativos el artículo 91 de la LOSEP establece que antes de dar inicio al sumario administrativo se deberán cumplir con las siguientes acciones previas: 1. Cuando viniere en conocimiento de una autoridad, funcionario o servidor la presunción de la comisión de una falta disciplinaria grave por parte de la o el servidor de la institución, tal información será remitida a la UATH para el estudio y análisis de los hechos que presuntamente se imputan [...] Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 91.

de otro órgano administrativo o por denuncia de un particular. Entonces, el procedimiento administrativo sancionador, comienza con un acto administrativo que emana de la autoridad que normativamente tiene la facultad para instruir.

Acto administrativo de iniciación. - El autor señala que es aquel que faculta a la administración el inicio de un procedimiento e interrumpe los plazos para la prescripción. La emisión de este acto repercute en los derechos del presunto responsable, pues en base a su contenido puede ejercer el derecho a la defensa, es por ello que debe contener: los cargos, es decir la calificación jurídica de los hechos como infracción administrativa previamente tipificada en la norma; así como la sanción que para su cometimiento se prevé; los términos para su contestación; y, la necesidad de que se cuente con una defensa técnica.

Instrucción. - Una vez emitido el acto de iniciación, éste debe notificarse no solo al imputado de la falta administrativa, sino también al denunciante. En esta fase instructora el responsable del procedimiento debe realizar todas las diligencias encaminadas a determinar la responsabilidad del servidor público. Se evacúan las pruebas en donde entra en juego tanto la oficialidad de la práctica de pruebas, como la actividad probatoria propuesta por el servidor público. Además, se realiza la audiencia de alegaciones.

Resolución del procedimiento. - Lo que resuelva el órgano administrativo deberá estar debidamente motivado, resolviendo todas las cuestiones planteadas por las partes y las surgidas dentro del mismo procedimiento. Solo los hechos probados deben ser considerados en la resolución.¹³⁶

2. Derecho disciplinario

La Corte máxima en materia constitucional colombiana, ha manifestado respecto del derecho disciplinario, como aquella parte del derecho sancionador, que a su vez forma parte del derecho administrativo sancionador, teniendo presente, como se había indicado, que aquel tiene fundamento en la relación especial de sujeción que existe entre el servidor público y el Estado o el particular que ejerce por delegación una potestad estatal y en función de aquello se le imponen deberes, prohibiciones que buscan que la Administración Pública cumpla de manera eficiente las funciones establecidas en la Constitución y en la ley. Refiriéndose al derecho disciplinario la

¹³⁶ Humberto Gosálbez Pequeño, *El procedimiento administrativo sancionador*, 22-47.

referida Corte, ha señalado que:

[E]ste derecho se constituye en un elemento básico de la organización estatal y la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho [...] y busca i) que la función pública se cumpla en los términos exigidos por la Constitución y la ley y ii) corregir y encauzar la conducta de quienes ejercen esa actividad para que el Estado cumpla de manera eficiente y eficaz los fines.¹³⁷

Carlos Gómez Pavajeau acogiendo los criterios emitidos por el más alto Tribunal de Justicia Constitucional colombiano, manifiesta:

[...] que el derecho disciplinario pretende garantizar ‘la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo’; [...] porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad [...]. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas.¹³⁸

En Chile se habla que existe un cierto consenso respecto de los principios sobre los cuales se construye el Derecho Administrativo Sancionador, entre los que están el de legalidad, tipicidad, culpabilidad, *nom bis in ídem*, proporcionalidad y presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Contraloría de este país austral, han manifestado que, a la potestad sancionadora de la Administración, le son aplicables los principios del orden penal. Por otra parte, se hace distinción entre los principios sustantivos como el de legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, personalidad y *non bis in ídem*, que hacen relación a la forma como se configura y se ejerce la potestad sancionadora; mientras que los principios procedimentales como el procedimiento legal, previo, justo y racional, derecho a la defensa presunción de inocencia y el acceso a la justicia, que hacen relación a observar las garantías que tienen los particulares al momento de que se determine su responsabilidad.¹³⁹

¹³⁷ Cfr, Corte Constitucional Colombia, Sentencia No. C-899/11, dictada dentro de la Demanda de Inconstitucionalidad planteada por David Roa Salguero, contra el artículo 19, inciso 2 de la Ley 1123 que establece el Código disciplinario del Abogado.

¹³⁸ Cfr, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, “La ilicitud sustancial”. En José Patrocinio Castañeda, edit., *Lecciones de Derecho Disciplinario*, Tomo I, (Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2006), 28.

¹³⁹ Eduardo Cordero, “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (Valparaíso: 1er semestre, 2014), 409.

En el Ecuador la Constitución de la República, en el artículo 227, establece los principios que rigen el accionar de la Administración Pública: “eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.¹⁴⁰ Estableciéndose por tanto, el contexto básico sobre el cual debe desarrollarse la actividad administrativa, recordando también que este mismo artículo hace relación a que la Administración Pública es un servicio a la colectividad. Finalmente, se debe señalar que el *ius punendi* para el ámbito administrativo se encuentra consagrado en el artículo 76 numeral 3 y 233 *ibidem*, al disponer:

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

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos [...].¹⁴¹

Como puede observarse el Código Político ecuatoriano, establece los ámbitos en los cuales puede tipificarse infracciones y determinarse las correspondientes sanciones, en los que se incluye al administrativo.

2.1. Concepto de las sanciones disciplinarias

Reiterando lo señalado y como primera acepción de lo que comprende una sanción disciplinaria se dirá que es la “consecuencia prevista por el Ordenamiento Jurídico a fin de reprimir las infracciones cometidas por un funcionario público en su condición de tal y prevenir futuras actuaciones ilícitas”.¹⁴² Para Manuel Rebollo, las leyes no ofrecen una definición pero se debe tener en cuenta las sanciones administrativas al igual que las penas son una manifestación del *ius punendi*, de ahí

¹⁴⁰ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, Art. 227.

¹⁴¹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 76, num. 3.

¹⁴² Federico Castillo Blanco y Rosa María Idefonso Huertas, “La renovación de la dogmática del Derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social”, en: *Revista de Administración Pública*, (Madrid: No. 158, 2002), 35.

que a la sanción administrativa puede definirse simplemente como “el castigo impuesto por la administración pública”.¹⁴³ De ello se desprenden características como: las sanciones administrativas las imponen las autoridades administrativas con competencia para imponerlas y no por los jueces; este tipo de sanciones deben tener un contenido aflictivo, de restricción de derechos o también la imposición de nuevos deberes para la persona que comete la incorrección administrativa; el perjuicio que pretende causar al individuo es deliberado y surge como respuesta de reproche a la conducta ilegal realizada.

Para Roberto Dromi: “Las sanciones disciplinarias son las consecuencias ante el incumplimiento de los deberes de los agentes, empleados y funcionarios públicos, en cuanto a la observancia del orden constitucional, del sistema democrático y del patrimonio público”.¹⁴⁴ Y poseen las siguientes características:

Internas. - Son propias de la administración y se aplican a los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Regladas. - Es decir que se basan en el ordenamiento jurídico previamente establecido, con fundamento al principio de legalidad y tipicidad.

Naturaleza Jurídica. - La aplicación de una sanción disciplinaria tiene su naturaleza en el derecho administrativo, como consecuencia del ejercicio de una función pública, para mantener el orden jerárquico.

Ámbito de aplicación. - Las sanciones se aplican a los funcionarios o empleados públicos, para alcanzar el cumplimiento de las tareas administrativas. La imposición de una sanción requiere la existencia de un orden de sujeción de quienes están ligados al estado por una relación de servicio.

Procedimiento. - Para la imposición de una sanción se debe investigar la existencia de la acción u omisión que permite verificar el incumplimiento de los deberes del servidor público. Este procedimiento, se rige por los principios de derecho a la defensa, imparcialidad del ente sancionador y motivación de la resolución.

Oportunidad.- La sanción disciplinaria ha de aplicarse a un servidor público en funciones, ya que cuando ha terminado la relación con la Administración Pública,

¹⁴³ Manuel Rebollo Puig y otros, *Panorama del derecho administrativo sancionador en España*, (Bogotá: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2009), 24.

¹⁴⁴ Roberto Dromi, *Acto administrativo*, 4a. ed. (Madrid: Ciudad Argentina Hispania Libros, 2008), 247.

también termina el poder disciplinario que ésta ejercía sobre el servidor público.¹⁴⁵

2.2 Función de las sanciones administrativas

En cuanto a la función de las sanciones disciplinarias Carlos Gómez Pavajeau, mencionando lo que ha resuelto el Consejo de Estado colombiano, insiste en que las sanciones administrativas disciplinarias son una consecuencia necesaria de la organización administrativa. Una sanción disciplinaria administrativa tiene por finalidad el logro de la disciplina en el ejercicio de la función pública, y reprimir las transgresiones a los deberes y obligaciones impuestos a los servidores públicos.

Existe una potestad sancionadora que goza la administración pública, frente a los servidores públicos cuando estos se apartan del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la función que desempeñan o el servicio que prestan. Y concluye: “el derecho disciplinario en general tiene como fin o función encauzar o dirigir la conducta de sus destinatarios específicos, vinculados por las relaciones especiales de sujeción, dentro de un marco de parámetros éticos que aseguren la función social que cumplen dentro de un Estado social y democrático de derecho”.¹⁴⁶

Teniendo en cuenta que en el derecho disciplinario la ofendida es la Administración Pública, la cual impone mandatos de actuación que deben estar matizados por el constitucionalismo moderno, básicamente en lo siguiente:

- a. Es una autotutela que implica un poder reglado, en la medida que rigen al interior del derecho disciplinario el debido proceso, el derecho a la defensa y las garantías que comporta el entendimiento de la falta disciplinaria como una conducta típica, antijurídica y culpable.
- b. Las garantías procesales en el derecho disciplinario es administrativo en cuanto forma, pero jurisdiccional en cuanto al respeto al debido proceso [...]
- e. Por siempre existirá la posibilidad de un control judicial [...], al derecho disciplinario, por la jurisdicción contencioso – administrativa.¹⁴⁷

2.3. Potestad administrativa disciplinaria

2.3.1. Potestades del Estado

Antes de tratar específicamente a la potestad disciplinaria es preciso recordar

¹⁴⁵ Roberto Dromi, *Acto administrativo*, 247-254.

¹⁴⁶ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, “La ilicitud sustancial”, 18.

¹⁴⁷ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, 150.

que el Estado se ha creado como una organización para la protección de los intereses generales de la comunidad, especialmente de aquellos que ésta considera relevantes. Los intereses públicos son los que en última instancia legitiman a todas las potestades públicas, de tal manera que solo cuando nos encontramos frente a uno de ellos y se lo protege, tiene sentido la actividad estatal. Para la tutela de los intereses públicos se requiere que la Administración Pública cuente con potestades, las cuales:

[C]onstituyen poderes jurídicos especiales o prerrogativas que atribuye el ordenamiento –y especialmente, el legislador– a los órganos administrativos para la tutela de los intereses públicos puestos bajo su resguardo y que permiten, precisamente, en un plano de desigualdad, dar protección a dichos intereses por sobre los intereses privados involucrados. Estas potestades administrativas así concebidas constituyen un elemento propio de los órganos de la Administración del Estado que identifican su institucionalización en el ordenamiento jurídico. Aún más, la existencia misma del Estado y el reconocimiento de ciertos intereses como públicos, fundamentan la existencia misma de estas potestades [...].¹⁴⁸

Para Eduardo García de Enterría, el principio de legalidad con el que actúa la Administración Pública, le otorga también potestades, las cuales no se generan en una relación jurídica o negocio jurídico, sino que nace del ordenamiento jurídico, de ahí que tenga características de inalienables, intransmisibles e irrenunciables justamente porque no son disponibles por el sujeto en virtud que nacen del derecho objetivo, por ello se ha manifestado que toda actuación administrativa se encuentra previamente atribuida en la ley.¹⁴⁹ Una potestad no recae sobre un objeto o situación determinada, sino que lo hace sobre un conglomerado de personas o relaciones jurídicas, a una potestad no le corresponde ningún deber u obligación sea positiva o negativa, sino una sujeción de las personas que eventualmente tienen que soportar los efectos derivados del ejercicio de una potestad determinada.

Por otra parte, manifiesta este mismo autor que existen potestades de supremacía general, por las cuales se sujetan todos los ciudadanos por ser tales; y, las potestades de supremacía especial, que rigen para quienes están en una situación especial de subordinación como ocurre con los servidores públicos, en donde se

¹⁴⁸ Cfr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, “Las potestades públicas de la Administración del Estado en la tutela de los intereses públicos: a propósito de la sentencia 634/2007 del Tribunal Constitucional”, disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041322005>>, (fecha de consulta: 25 de agosto del 2016).

¹⁴⁹ El mecanismo de la previa innovación normativa que permite el ejercicio de una potestad, se produce incluso cuando es la propia Administración la llamada a dictar la nueva norma, es decir cuando la norma basta que sea un reglamento, pero puede resultar riesgoso por cuanto a través de este instrumento normativo la Administración puede autoatribuirse potestades nuevas y más intensas. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho Administrativo*, t. I (Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2001), 441-444.

ejerce la denominada potestad disciplinaria.¹⁵⁰

2.3.2. Potestad disciplinaria

La potestad disciplinaria es una de las herramientas más aptas con la que pueden ejercer su poder e imponer su criterio la Administración Pública; es junto con la potestad reglamentaria, seguida a la expropiatoria, la forma más intensa de intervención en la esfera jurídica y vital de los ciudadanos.¹⁵¹

La doctrina colombiana, citada por Carlos Gómez Pavajeau, ha manifestado que la potestad disciplinaria que se aplica en la esfera de la Administración Pública deriva de una concepción reciente de la concepción de jerarquía, competencia y disciplina; de la primera se deriva el poder de mando, la subordinación y la obediencia, que conlleva también el poder disciplinario. La Administración Pública exige disciplina por razones de eficiencia en el servicio público y en el ejercicio mismo de una función pública, cualquiera que sea esta.¹⁵² El profesor Marco Morales, en el Manual de Derecho Procesal Administrativo, refiriéndose a la potestad sancionadora, y coincidiendo con lo antes referido, manifiesta:

Toda organización requiere de disciplina, mucho más si se trata de una estructura administrativa, y si esta es pública, debe estar presente [Mando y obediencia son pilares esenciales de la disciplina, del orden, la jerarquía y el acatamiento de las órdenes legítimas emanadas de los superiores.] [...] la actividad administrativa es integral y no puede concebirse su debido desenvolvimiento sin el auxilio de una potestad sancionadora propia, pues la satisfacción del interés público exige la utilización de medidas administrativas inmediatas encaminadas a materializar los cometidos administrativos, castigando la desobediencia de los particulares y enfrentando obstáculos que impiden la realización de sus fines.¹⁵³

La *potestad* de acuerdo a la definición contenida en el Diccionario de la Lengua Española –DLE– es el “dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”;¹⁵⁴ *administrativa* es lo “Perteneiente o relativo a la administración”¹⁵⁵; y, *disciplinaria* “Dicho de una pena: Que se impone por vía de corrección”.¹⁵⁶ En

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ Antonio Alonso Timón, “Algunas reflexiones breves acerca de la potestad sancionadora de la administración en tres ámbitos “sensibles”: urbanismo, tributario y seguridad vial”, en: *Revista Anuario jurídico y económico escurialense*, (Madrid: No. 43, 2010), 85.

¹⁵² Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, 66.

¹⁵³ Cfr. Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 223-225.

¹⁵⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª, ed., 2 vol. (Madrid: Espasa, 2001).

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*

este sentido la potestad administrativa disciplinaria viene a constituir en aquella facultad que tienen los órganos de la administración pública para imponer una corrección a los servidores públicos. La Administración Pública ejerce la potestad disciplinaria sobre los servidores públicos, con el poder que tiene para tutelar su organización y el cumplimiento de los fines estatales, bajo el poder especial de sujeción, en donde se merecen los derechos del servidor público que ha trasgredido las normas en el cumplimiento de sus funciones.¹⁵⁷

Para Jaime Ossa, la potestad disciplinaria se aplica exclusivamente a los servidores públicos, cuando sus conductas son contrarias al ordenamiento jurídico que rige su accionar y surge de la necesidad de garantizar el orden interno de la organización estatal, así como el cumplimiento de los fines institucionales. La única diferencia que existe con el resto de potestades sancionadoras como las que existe en materia de sanidad, urbanismo o disciplina de mercado, es justamente su esfera de aplicación que como queda indicado recae únicamente en los servidores públicos, de tal suerte que se desenvuelve también en el marco de legalidad, en cumplimiento de funciones estrictamente limitadas y condicionadas.

La potestad sancionadora y dentro de ella la disciplinaria tienen su fundamento en salvaguardar la subordinación, la disciplina, el orden y la eficacia de la administración a través de mecanismos rápidos, puesto que, si se buscaría la corrección del accionar de los servidores públicos a través de la justicia ordinaria, sería impensable que la Administración Pública cumpla con su cometido. Finalmente, el autor hace una mención relevante sobre el hecho que al servidor público, no le basta únicamente con abstenerse de violar la Constitución y la ley, que es en general la obligación de todo ciudadano, sino que además debe cumplir de manera irrestricta las obligaciones que le han sido asignadas para el ejercicio de su función o cargo.¹⁵⁸

La Constitución de Montecristi, determina de manera general en el inciso primero del artículo 233 la potestad que la Administración Pública tendría para perseguir las acciones u omisiones de los servidores públicos al señalar: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos

¹⁵⁷ Tomás Quintana López, “La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos”, *Revista Documentación Administrativa*, No. 282-283, (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2009), 324.

¹⁵⁸ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo Sancionador. Una Aproximación Dogmática*, 2ª. ed., (Bogotá: Legis Editores S.A., 2009), 76-80.

realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”;¹⁵⁹ disposición que guarda relación con los principios que rigen a la administración pública, previstos en el artículo 227 *ibídem*.

3. Procedimientos disciplinarios en el Ecuador

En la legislación ecuatoriana existen varios cuerpos normativos con rango de ley que contienen regímenes disciplinarios. Así el Código Orgánico de la Función Judicial –COFJ–, establece sanciones leves, graves y gravísimas para los servidores judiciales, sea que pertenezcan a las carreras judicial, fiscal, de la defensoría pública, incluida la división administrativa.¹⁶⁰ En este cuerpo normativo se determinan sanciones como: amonestación escrita; sanción pecuniaria que no exceda del diez por ciento de su remuneración mensual; suspensión del cargo, sin goce de remuneración, por un plazo que no exceda de treinta días; y, la destitución. El procedimiento para la imposición de sanciones se rige a través de un reglamento expedido por el Consejo de la Judicatura. Es preciso resaltar que el artículo 116 del COFJ, determina: “En los sumarios disciplinarios se observarán las garantías del derecho de defensa y las demás del debido proceso consagradas en la Constitución”,¹⁶¹ lo que aparta de las garantías mínimas a los procedimientos en faltas leves y graves.

Otro cuerpo normativo que establece sanciones disciplinarias es la Ley Orgánica de Educación Intercultural –LOEI–, en la cual se establece que la potestad disciplinaria, para imponer sanciones a los docentes,¹⁶² recae por una parte en las máximas autoridades de los establecimientos educativos, quienes pueden imponer sanciones de amonestación verbal, amonestación escrita y sanción pecuniaria administrativa que no exceda del diez por ciento de la remuneración básica unificada del docente; y, por otra en las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos, las que pueden imponer sanciones de suspensión temporal sin goce de remuneración y de destitución del cargo. El artículo 136 de la LOEI determina: “el proceso disciplinario deberá observar todas las garantías y derechos constitucionales, el respeto a la dignidad de las personas, el debido proceso. En ningún proceso sancionatorio o

¹⁵⁹ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, art. 233.

¹⁶⁰ Código Orgánico de la Función Judicial, art. 102.

¹⁶¹ *Ibídem*, art. 116.

¹⁶² Ley Orgánica de Educación Intercultural [2011], tít. III “Del Sistema Nacional de Educación”, cap. octavo, “de las instancias de resolución de conflictos del Sistema Nacional de Educativo” art. 64 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f): 38.

disciplinario se admitirá la indefensión legal de la persona natural o jurídica investigada [...]”.¹⁶³

Mención y tratamiento aparte merece la Ley Orgánica del Servicio Público en razón que este cuerpo legal regula el aspecto disciplinario de la mayoría de servidores públicos, constituyéndose en referente normativo y procedimental de los regímenes disciplinarios especiales como los mencionados en líneas anteriores.

3.1. Procedimiento disciplinario en la Ley Orgánica del Servicio Público

Como se había indicado los servidores públicos en el Ecuador, en lo que se refiere al régimen disciplinario se rigen a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Servicio Público. Al respecto el artículo 41 de mencionado cuerpo normativo expresa:

La servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexas, incurrirá en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho. La sanción administrativa se aplicará conforme a las garantías básicas del derecho a la defensa y el debido proceso.¹⁶⁴

3.1.1. Faltas

Para la aplicación de este régimen disciplinario se determina que las faltas pueden consistir en acciones u omisiones que contravengan la propia LOSEP, o las disposiciones del ordenamiento jurídico que hagan relación a derechos y prohibiciones establecidos en la ley o en la Constitución. Las faltas pueden ser leves o graves; a las primeras corresponden aquellas acciones u omisiones que ante situaciones de descuidos o desconocimientos leves, no alteran de manera grave el desenvolvimiento de las actividades de la administración en el cumplimiento de sus fines; mientras que las segundas, constituyen las acciones u omisiones que contrarían de manera grave el ordenamiento jurídico o alteran orden institucional, por lo que buscan precautelar la probidad, competencia, lealtad honestidad y moralidad de los actos que en ejercicio de sus funciones ejecutan los servidores públicos.

3.1.2. Sanciones

¹⁶³ *Ibidem*, art. 136.

¹⁶⁴ Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 41.

En cuanto a las sanciones, a una falta leve le corresponde sanciones como la amonestación verbal, escrita o la imposición de una multa; mientras que ante la presencia de una falta grave, el servidor público puede ser sancionado con suspensión o destitución del puesto, previa la sustanciación de un sumario administrativo.¹⁶⁵

El Reglamento de la LOSEP establece que la reincidencia dentro de un año calendario de faltas leves que hubieren sido sancionadas pecuniariamente, será motivo para la imposición de suspensión temporal sin goce de remuneración a través de un sumario administrativo.¹⁶⁶ Además y para el caso de reincidencia en una falta que se haya sancionado con suspensión temporal sin goce de remuneraciones, el funcionario será sancionado con destitución.¹⁶⁷

3.1.3. Procedimiento de la LOSEP

De manera general, se establece que para cualquier tipo de sanción se observe las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa, sin embargo, por la gravedad y las repercusiones, para la aplicación de una sanción de suspensión o

¹⁶⁵ *Ibíd*em, Art. 42.

¹⁶⁶ Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, [2011], tít. II “Del Régimen Interno de Administración del Talento Humano”, cap. V, “Régimen disciplinario” art. 85 ([Quito]: Presidencia de la República): 25.

¹⁶⁷ El artículo 48 de la LOSEP establece las causales para la procedencia de la destitución las siguientes: 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 ilícito [...]; 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; ñ) Atentar contra los derechos humanos de alguna servidora o servidor de la institución, mediante cualquier tipo de coacción, acoso o agresión; y, o) Las demás que establezca la Ley. Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 48.

destitución se reitera la observancia de mencionadas garantías constitucionales.

En lo que hace relación al sumario administrativo, –que de manera somera se expone–, la disposición normativa que la regula establece que, ésta se efectuará en aplicación de las garantías del debido proceso, respeto del derecho a la defensa y aplicando el principio de favorabilidad a favor de los infractores. En este sentido el Reglamento prescribe que la autoridad nominadora o su delegado, son los competentes para disponer su inicio una vez que se ha tomado conocimiento del informe de la Unidad de Administración de Talento Humano –UATH–, posteriormente se procede a la notificación al implicado, para que éste en ejercicio de su derecho a la defensa: presente su contestación a las imputaciones; dentro de un término de prueba de 7 días solicite la práctica de pruebas; y, comparezca a la audiencia oral para sustentar las pruebas de descargo.

Evacuadas estas diligencias le corresponde a la autoridad nominadora imponer o no la sanción correspondiente, resolución que de conformidad con lo indicado en el artículo 98 del Reglamento, será de manera motivada.

3.1.4. Recursos

Un servidor público que hubiese recibido la sanción de suspensión o destitución, por disposición contenida en el artículo 46 de la LOSEP, puede recurrir a la justicia ordinaria a través de la acción contencioso-administrativa,¹⁶⁸ bajo los presupuestos determinados en el Código Orgánico General de Procesos.

Como se puede observar para la imposición de sanciones de carácter leve o grave, la LOSEP ha determinado la observancia de las garantías del debido proceso, de tal manera que las autoridades administrativas con potestad para imponer una sanción a los servidores públicos tienen la obligación de aplicar mencionadas garantías, en la medida que su aplicación permita garantizar los derechos de

¹⁶⁸ El artículo 46 de la LOSEP, establece: La servidora o servidor suspendido o destituido, podrá demandar o recurrir ante la Sala de lo Contencioso Administrativo o ante los jueces o tribunales competentes del lugar donde se origina el acto impugnado o donde este haya producido sus efectos, demandando el reconocimiento de sus derechos. Si el fallo de la Sala o juez competente fuere favorable, declarándose nulo o ilegal el acto y que el servidor o servidora destituido sea restituido a su puesto de trabajo, se procederá de tal manera y de forma inmediata una vez ejecutoriada la respectiva providencia. Si además en la sentencia o auto se dispusiere que el servidor o servidora tiene derecho al pago de remuneraciones, en el respectivo auto o sentencia se establecerá los valores que dejó de recibir con los correspondientes intereses [...] El pago se efectuará dentro de un término no mayor de sesenta días [...] En caso de fallo favorable para la servidora o servidor suspendido y declarado nulo o ilegal el acto, se le restituirán los valores no pagados. Si la sentencia determina que la suspensión o destitución fue ilegal o nula, la autoridad, funcionario o servidor causante será pecuniariamente responsable [...]

mencionados servidores, por lo que sería factible interponer las impugnaciones que para el efecto prevé el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, es decir los recursos de Reposición, Apelación y el Extraordinario de Revisión.

3.2. Derecho administrativo disciplinario en las Fuerzas Armadas

3.2.1. De las Fuerzas Armadas

Las Fuerzas Armadas como lo expresa el profesor Víctor Granda Aguilar, constituyen:

[E]n la realidad y en el transcurso de la historia, una de las columnas fundamentales del Estado. Su existencia y actuación, finalmente, permiten la existencia del orden jurídico, la seguridad interna y externa de las repúblicas modernas [...] Las Fuerzas Armadas, cuya composición social –incluyendo a mandos y oficiales– no proviene de las élites de poder económico o político, en momentos de crisis de la dominación y de la lucha social en nuestro país, han llegado a representar y expresar anhelos transformadores, libertarios, de modernización, de reivindicación social nacionalistas, respondiendo a sus propios intereses y a los de las clases y grupos sociales subalternos que forman parte fundamental y mayoritaria de la nación.¹⁶⁹

La Constitución ecuatoriana en la sección Tercera, artículo 158, determina que las Fuerzas Armadas es una institución de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía e integridad territorial y, complementariamente, apoyar en la seguridad integral del Estado¹⁷⁰ de conformidad con la ley.¹⁷¹

Por otra parte, el inciso segundo del artículo 160 *ibídem*, determina que los miembros de las Fuerzas Armadas se sujetan a las leyes específicas que regulan sus derechos y obligaciones; los ascensos y promociones se efectuarán en base a sus méritos y con criterios de equidad, garantizándose también su estabilidad y

¹⁶⁹ Cfr, Víctor Granda Aguilar, *Operación explosión. La muerte de Guadalupe Larriva*, (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2008), 15.

¹⁷⁰ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, Art. 158.

¹⁷¹ La ley que regula la complementariedad de las Fuerzas Armadas es la Ley de seguridad Pública y del Estado, que básicamente en el artículo agregado al artículo 11 establece: Art. ...- Con el fin de precautelar la protección interna, el mantenimiento y control del orden público y la seguridad ciudadana, las Fuerzas Armadas podrán apoyar de forma complementaria las operaciones que en esta materia competen a la Policía Nacional. Para tal efecto, los/las Ministros/as responsables de la Defensa Nacional y del Interior, coordinarán la oportunidad y nivel de la intervención de las fuerzas bajo su mando, estableciendo las directivas y protocolos necesarios. *Ley de Seguridad Pública y del Estado* [2009], tít. III “Del sistema y de los órganos de seguridad pública”, cap. primero, “Del sistema de seguridad pública y del Estado” art. 11 innumerado ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f): 3.

profesionalización.¹⁷²

3.2.2. Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas

El tratadista Jaime Ossa, establece el hecho que la disciplina no es exclusiva del derecho público, ni la ausencia de normativización de los principios que la rigen impidió que la organización social más elemental como la familia y actividades como las laborales se desenvuelvan y desarrollen, pues toda estructura rige su destino sobre reglas jerárquicas que impone, determinadas conductas, “la disciplina es consustancial a toda institución, como lo es la organización y la jerarquía. Estas son reglas indispensables para el funcionamiento correcto del Estado”.¹⁷³

La disciplina militar, la cual constituye el bien jurídico de mayor tutela dentro de cualquier institución armada. Posee una elevada cualidad moral que permite el cumplimiento de las misiones constitucionales que el Estado encarga a Fuerzas Armadas.

Se ha dicho hasta la saciedad que la disciplina es posible mente el valor más elevado que ha de observar el militar, y que, lejos de ser una virtud meramente enunciativa o una reminiscencia romántica, obliga de modo concreto y personal a todos y cada uno de los militares. A diferencia de lo que ocurre en otros ramos de la Administración, o incluso en el ámbito policial, el empleo legítimo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas implica la necesidad de la conducción en las relaciones internas por unos rígidos principios organizativos que se hacen innecesarios o nó idóneos en otros ámbitos.¹⁷⁴

El artículo 2 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar –RSRDM– manifiesta que “la disciplina militar, consiste en la estricta observancia de las leyes reglamentos establecidos para los miembros de las fuerzas armadas y en el acatamiento integral de las órdenes y disposiciones emanadas del superior”.¹⁷⁵

3.2.3. Base normativa

La Constitución de la República, en el inciso segundo del artículo 160 determina: “Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional estarán

¹⁷² Cfr, Constitución de la República del Ecuador, Art. 160, inc. 2.

¹⁷³ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo Sancionador. Una Aproximación Dogmática*, 78.

¹⁷⁴ Cfr, José Miguel González Reyes, “Significación Histórico-Jurídica de la Disciplina Militar”, en: *Revista General de Marina*, (Madrid: No. 261, 2011), 1.

¹⁷⁵ Cfr, Reglamento de Disciplina Militar [2008], ([Quito]: Ministerio de Defensa Nacional, Acuerdo Ministerial No. 1909, 15 de diciembre de 2008), 1.

sujetos a las leyes específicas que regulen sus derechos y obligaciones [...]”¹⁷⁶; y la parte final de este artículo a más de consagrar la unidad jurisdiccional¹⁷⁷, establece que: “Las infracciones disciplinarias serán juzgadas por los órganos competentes establecidos en la ley”.¹⁷⁸ Por otra parte, el artículo 188 *ibídem*, establece: “En aplicación del principio de unidad jurisdiccional, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por la justicia ordinaria. Las faltas de carácter disciplinario o administrativo serán sometidas a sus propias normas de procedimiento”.¹⁷⁹

En el campo disciplinario de las Fuerzas Armadas, existiendo la disposición constitucional de que sus miembros se rijan bajo sus normas propias, la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, determina: “El reclutamiento, ingreso, capacitación, permanencia, promoción, licenciamiento, separación, baja, regímenes económico y disciplinario del personal de las Fuerzas Armadas Permanentes, se realizará únicamente de acuerdo a lo establecido en la presente Ley, demás leyes y sus correspondientes reglamentos”.¹⁸⁰

En base a esta remisión que hace la ley, para normar la situación disciplinaria se expide el Reglamento de Disciplina Militar, publicado mediante Acuerdo Ministerial No. 1909, de 15 de diciembre de 2008. Cuerpo normativo que en su considerando séptimo, determina: “Que es necesario armonizar y actualizar las sanciones disciplinarias tomando en consideración la defensa de los derechos humanos, a fin de precautelar sobre todo la libertad e integridad de los miembros de las Fuerzas Armadas”.¹⁸¹

Luego de la definición de disciplina que el RSRDM prevé, este cuerpo normativo fija varios aspectos que deben ser observados y que se pasan a detallar a continuación, con excepción del procedimiento que será motivo de análisis en el

¹⁷⁶ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, Art. 160.

¹⁷⁷ La Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, mediante sentencia interpretativa N° 001-08-SI-CC, de 28 de noviembre del 2008, dispuso: “En cuanto a la naturaleza jurídica de las [...]ex Cortes Militar y Policial, la correcta interpretación del principio de unidad jurisdiccional, indica que una vez que la nueva Constitución entró en vigencia, el 20 de octubre del 2008, estos órganos forman parte de la Función Judicial ordinaria; y por consiguiente, están sujetos a sus principios, reglas y procedimientos[...]”. Además, el Código Orgánico de la Función Judicial, deroga expresamente la Ley Orgánica del Servicio de Justicia en las Fuerzas Armadas y el Código de Procedimiento Penal Militar, quedando los jueces militares sin competencia y jurisdicción, para seguir tramitando los procesos penales militares e informaciones sumarias.

¹⁷⁸ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, Art. 160.

¹⁷⁹ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, Art. 188.

¹⁸⁰ Cfr, Ley de Personal de las Fuerzas Armadas [1991], tít. X “Disposiciones Generales y Transitorias”, cap. I, “Disposiciones Generales” art. 190 ([Quito]: Congreso Nacional, s.f): 32.

¹⁸¹ Cfr, Reglamento de Disciplina Militar, Considerando Séptimo.

último capítulo de este trabajo.

En el Capítulo I, se establece la condición que las órdenes verbales o escritas que se impartan deben ser claras, concretas, precisas, legales, para que puedan ser cumplidas sin discusión alguna, sin perjuicio de que cuando existan órdenes que impliquen un alto grado de responsabilidad, éstas deberán emitirse a través de un documento claro respecto del alcance y contenido de la disposición. Por otra parte se deja sentado que las relaciones entre los superiores y subordinados se basan en el respeto mutuo.¹⁸²

Se regula la jurisdicción disciplinaria que se la define como: “la potestad para juzgar y hacer ejecutar las sanciones por actos que constituyen faltas disciplinarias contempladas en este reglamento”¹⁸³. Esta potestad es ejercida por el superior militar a quien le corresponde investigar y sancionar toda acción u omisión que constituya falta disciplinaria y rige para todos los miembros de las Fuerzas Armadas Permanentes.¹⁸⁴

El Capítulo II norma sobre la responsabilidad disciplinaria, de quienes han participado en el cometimiento de una falta disciplinaria como autores, cómplices o encubridores, es decir dependiendo el grado de responsabilidad en la acción u omisión, así como en su jerarquía, puesto que se indica que *a mayor jerarquía, mayor responsabilidad*. Además se deja sentado que el desconocimiento de los preceptos del reglamento no excusa de responsabilidad.¹⁸⁵

En cuanto a los deberes militares, se determina que el superior tiene la obligación de dar ejemplo a los subordinados en el cumplimiento de las funciones y actividades dentro y fuera de la institución y como se manifestó anteriormente impartir órdenes claras, legales que se relacionen con el servicio militar y en uso de su potestad sancionadora debe actuar con apego a los principios de justicia y legalidad; en lo que se refiere a los subordinados, éstos deben respeto y obediencia inmediata al superior, además se establece la obligatoriedad de observar el órgano

¹⁸² Cfr, Reglamento de Disciplina Militar, art. 3-6.

¹⁸³ Ibídem, Art. 8.

¹⁸⁴ La Ley de Personal de las Fuerzas Armadas en el artículo 4 determina que las Fuerzas Armadas Permanentes, están constituidas por los militares en servicio activo (aquella persona que ha optado por la carrera militar como su profesión habitual), y se clasifica según el artículo 8 ibídem en: a) Oficiales; b) Aspirantes a oficiales; c) Tropa; d) Aspirantes a tropa; y, e) Conscriptos.

¹⁸⁵ Cfr, Reglamento de Disciplina Militar, Art. 12-15.

regular;¹⁸⁶ y, como deberes comunes de los militares el Reglamento determina que todo militar debe evitar actos que causen daño a la institución, respetar las creencias religiosas.

La sección octava del reglamento disciplinario determina como causas de nulidad de un proceso disciplinario: la falta de competencia; la falta de citación al investigado con el parte o informe acusatorio en el caso de faltas leves y graves y con la Orden General o su equivalente con la cual se ordena instruir en su contra el Consejo de Disciplina; y, no observar el debido proceso.¹⁸⁷

Finalmente es necesario indicar que se prevé también que la facultad de sancionar prescribe, para lo cual el artículo 123 del RSRDM establece los siguientes plazos:

Art. 123. La facultad de sancionar una falta prescribirá en los siguientes plazos, contados desde la fecha de su cometimiento o, desde la fecha en que sea descubierta, siempre y cuando no haya transcurrido más de seis meses desde el cometimiento de la falta:

El plazo de prescripción de las faltas leves será de DIEZ DÍAS;

El plazo de prescripción de las faltas graves será de TREINTA DÍAS; y,

El plazo de prescripción de las faltas atentatorias será de NOVENTA DÍAS.¹⁸⁸

La norma señala que los plazos se interrumpen una vez que se ha iniciado el proceso de investigación, juzgamiento e impugnación. Se interrumpen también cuando el presunto infractor se encuentre hospitalizado, en tratamiento médico, con calamidad, se encuentre ante un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, se halle con licencia, permiso, o en el caso de personal femenino se encuentre en estado de gravidez o lactancia; para lo cual se dejará constancia del hecho en un acta.¹⁸⁹

¹⁸⁶ El artículo 6 del RSRDM define al órgano regular como aquel procedimiento que deben cumplir en cualquier acto del servicio militar, para llegar escalonadamente y por escrito, hasta la autoridad a quien compete su conocimiento y resolución. Los militares no pueden realizar solicitudes colectivas. Además, el inciso segundo del artículo 23 establece que en ningún caso el superior impedirá la tramitación del órgano regular, sin embargo, en caso de considerar improcedente el curso de la solicitud, dejará constancia motivada por escrito, sin que esto obstruya la prosecución del trámite. El superior puede negar el curso de una solicitud, pero debe hacerlo fundamentadamente, consignando por escrito las observaciones que estime del caso.

¹⁸⁷ Cfr, Reglamento de Disciplina Militar, art. 122.

¹⁸⁸ *Ibíd*em, art. 123.

¹⁸⁹ *Ibíd*em, art. 124.

Capítulo tercero

Sustanciación de los procedimientos disciplinarios en las Fuerzas Armadas

En este capítulo se expondrá la naturaleza jurídica de los procedimientos disciplinarios, los diversos procedimientos que contiene el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar para conocer, investigar y de ser el caso sancionar las faltas disciplinarias; y a partir de la presentación de casos concretos, se verificará el grado de cumplimiento de las garantías del debido proceso previstas en la Constitución de la República y que son aplicables a estos procedimientos disciplinarios.

1. Naturaleza jurídica de los procedimientos disciplinarios

Los procedimientos disciplinarios dentro de las Fuerzas Armadas buscan salvaguardar la disciplina militar, que permite institucionalmente cumplir las misiones que la Constitución de la República le ha impuesto, e individualmente desempeñar correctamente las funciones asignadas.

Para el profesor Gordillo, el procedimiento administrativo en general, constituye la serie de actos en que se desenvuelve la actividad administrativa, y que realiza la Administración Pública, así como también las actividades que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, fuera de los actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.¹⁹⁰

El Derecho Disciplinario siendo parte del Derecho Sancionador, se nutre de la doctrina y los principios que rigen al Derecho Administrativo y al Derecho Penal. En cuanto a la aplicación de los principios del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, según José Rory Forero, debe buscarse un adecuado equilibrio por cuanto si se aplica de manera exclusiva los principio del Derecho Administrativo, –en cuanto representa a la Administración Pública–, se correría el riesgo que el Derecho Disciplinario sea presa del poder discrecional que rige como prerrogativa de la Administración Pública; por otra parte, si se utiliza los principios

¹⁹⁰ Agustín Gordillo, *El procedimiento administrativo*, 6.

del Derecho Penal aplicándose a consecuencia de ello las categorías jurídicas de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, *non bis in idem*, derecho a la defensa, se corre el riesgo que los procedimientos disciplinarios estén cargados de excesivos garantismos que podrían conllevar a una impunidad.¹⁹¹

Sobre el riesgo advertido por Forero, de que al aplicarse los principios del Derecho Administrativo en el Derecho Disciplinario, pueda volverse preso de la discrecionalidad que tiene la Administración Pública, es preciso manifestar que la actividad discrecional con la que puede actuar la Administración Pública no es libre, debe circunscribirse dentro de las normas jurídicas previamente establecidas, las que deben ser observadas y cumplidas de manera irrestricta, la discrecionalidad siempre es una actividad limitada, más aún en el Estado garantista que rige al Ecuador.

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador de manera expresa determina que todos los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una actividad estatal, ejercerán únicamente las competencias y atribuciones que son determinadas por la Constitución y la ley;¹⁹² y el artículo 233 *ibídem*, establece la responsabilidad que aquellos tienen precisamente por las acciones u omisiones que en el ejercicio de sus funciones administrativas pudieran cometer.¹⁹³

Por otra parte, en el Ecuador se encuentra vigente el Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la Administración Pública, que rige para los organismos y dependencias de la Administración Pública Central – en donde se encuentra el Ministerio de Defensa Nacional– e Institucional; y que busca que la potestad discrecional de la Administración no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir desvío de poder, sino al contrario permita que los actos administrativos que se expidan, se deriven de situaciones fácticas probadas, valoradas a través de los informes previos que las norma jurídicas determinen. Finalmente, el Reglamento en mención determina en el artículo 10:

El acto discrecional debe ser cierto y jurídicamente posible, debiendo tender a la finalidad prevista en las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor sin poder perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Por tanto el elemento finalidad adquiere su

¹⁹¹ José Forero Salcedo, “Garantías Constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: Análisis derivado de la óptica de un Derecho disciplinario autónomo”, en: *Revista Diálogos de Saberes*, (Bogotá: No. 25, 2006): 218.

¹⁹² Cfr, Constitución de la República del Ecuador, Art. 226.

¹⁹³ Cfr, Constitución de la República del Ecuador, Art. 233.

principal importancia en la valoración del acto discrecional.¹⁹⁴

2. Clases de faltas y procedimientos para la imposición de una sanción disciplinaria

2.1. Clases de faltas

En cuanto se refiere a las faltas disciplinarias el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar determina que son todas aquellas acciones u omisiones efectuadas por el personal militar que contravengan al orden, honor y deberes militares,¹⁹⁵ y que por sus consecuencias no se constituyan en delito.

Las acciones u omisiones de acuerdo a su gravedad, pueden ser leves, graves y atentatorias y pueden ser cometidos trasgrediendo lo siguientes ámbitos: a) La subordinación; b) De abuso de facultades; c) Contra los deberes y obligaciones militares; d) Contra la puntualidad y asistencia; e) Contra el decoro personal y compostura militar; f) Contra la propiedad; g) Contra la salubridad e higiene; h) Contra la moral; y, i) Contra la seguridad de las operaciones militares. Dentro de cada uno de estos ámbitos se establece tipos disciplinarios que configuran el cometimiento de faltas leves, graves, y atentatorias, por ejemplo un militar puede cometer faltas disciplinarias contra la subordinación con una graduación de leve, grave, o atentatoria.

El RSRDM establece como sanciones las siguientes: a) Censura;¹⁹⁶ b) Arresto simple;¹⁹⁷ c) Arresto de rigor;¹⁹⁸ d) Suspensión de funciones;¹⁹⁹ y, e) Separación del

¹⁹⁴ Presidencia de la República del Ecuador, “Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la Administración Pública” [2002], art. 10 ([Quito]: Decreto Ejecutivo No. 3179, publicado Registro Oficial No. 686, 18 de octubre de 2002): 1.

¹⁹⁵ Reglamento de Disciplina Militar, art. 32.

¹⁹⁶ El Reglamento de disciplina establece que se entenderá por censura a la llamada de atención realizada en forma escrita y entregada al infractor. *Ibíd.*, art. 63.

¹⁹⁷ El arresto simple es la sanción disciplinaria que se impone al militar mediante la prohibición o la imposibilidad de ausentarse y o salir del reparto por el tiempo determinado como sanción y sin perjuicio del cumplimiento de sus funciones. *Ibíd.*, art. 64.

¹⁹⁸ El arresto de rigor es la sanción disciplinaria que se impone al militar mediante la prohibición o la imposibilidad de abandonar la dependencia asignada para cumplir el arresto dentro del reparto, durante el tiempo determinado como sanción y sin posibilidad de cumplir ninguna función dentro de la unidad militar. Al militar sancionado que cumpla esta sanción no se le podrá impedir la comunicación por cualquier medio, y podrá recibir visitas en horarios establecidos en el régimen interno de la unidad. *Ibíd.*, art. 65.

¹⁹⁹ La suspensión de funciones es la sanción disciplinaria que se impone al personal militar, en forma temporal. No usará el uniforme ni las condecoraciones y se impondrá previo Consejo de Disciplina y Resolución del respectivo Órgano Regulador de la situación militar y profesional correspondiente en cada Fuerza. *Ibíd.*, art. 66.

Servicio Activo por convenir al buen servicio.²⁰⁰

La *separación del servicio activo por convenir al buen servicio* es la consecuencia más grave que un militar puede sufrir por el cometimiento de una falta atentatoria, y puede derivarse de la mala conducta o de la incompetencia profesional. Estas circunstancias se encuentran definidas en el glosario de términos del RSRDM, de la siguiente manera:

MALA CONDUCTA.- Comportamiento de un miembro de las Fuerzas Armadas que causa perjuicio a la organización, funcionamiento, recursos e imagen de la Institución; produciendo alarma o mal ejemplo al interior de la organización militar, en la comunidad y en la opinión pública.

INCOMPETENCIA PROFESIONAL.- Es la inhabilidad, insuficiencia, torpeza, incapacidad que un militar tiene para realizar el trabajo en su área concreta y poner en práctica los conocimientos de la profesión Militar, para los cuales ha sido reclutado.²⁰¹

Para que proceda este tipo de sanción conforme lo prevé el artículo 67 del RSRDM, en primer lugar debe ser impuesta mediante resolución de un Consejo de Disciplina; y, en segundo lugar debe existir la calificación, que para el efecto la realice el Consejo Regulador de la Carrera.²⁰²

Un Consejo de Disciplina no tendría inconveniente para establecer la sanción de separación del servicio activo por convenir al buen servicio *por mala conducta*, teniendo en cuenta que la instauración de un Consejo de Disciplina se produce ante el cometimiento de una falta prevista en el RSRDM, con características de atentatoria y que afecta a la disciplina militar, lo que de alguna manera pondría en evidencia la mala conducta del militar sancionado; en cambio la sanción de separación del servicio activo, por convenir al buen servicio *por incompetencia profesional*, representa para un Consejo de Disciplina, buscar argumentos fuera de los tipos disciplinarios previstos en el reglamento disciplinario, puesto que en el catálogo de

²⁰⁰ La Separación del Servicio Activo es la sanción disciplinaria que se impone al personal militar por convenir al buen servicio, sea por mala conducta o por incompetencia profesional del militar, resuelto así por el respectivo Consejo de Disciplina y calificada por el respectivo Órgano Regulador de la situación militar y profesional correspondiente en cada Fuerza. *Ibíd.*, art. 67.

²⁰¹ Reglamento de Disciplina Militar, Glosario de Términos.

²⁰² La Ley Orgánica de la Defensa Nacional establece que los órganos reguladores competentes para conocer y resolver la situación militar y profesional del personal de las Fuerzas Armadas, son: a) El Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas; b) El Consejo de Oficiales Generales o Almirantes de Fuerza; c) El Consejo de Oficiales Superiores de Fuerza; d) El Consejo de Oficiales Subalternos de Fuerza; y, e) El Consejo del Personal de Tropa de Fuerza. *Ley Orgánica de la Defensa Nacional* [2007], tít. III “De los Órganos de la Defensa Nacional”, cap. sexto, “De los órganos reguladores de la situación militar y profesional del personal de las Fuerzas Armadas”, art. 33 ([Quito]: Congreso Nacional, s.f): 8.

faltas no se determinan acciones u omisiones que den cuenta *per se* de una incompetencia profesional. Este inconveniente también tienen que hacer frente los Consejos Reguladores de la Carrera al momento de *calificar la mala conducta*, puesto que los antecedentes que les son dados a través de las resoluciones emitidas por los Consejos de Disciplina, pueden resultar insuficientes para determinar la separación del servicio activo de un militar, especialmente tratándose de una calificación por la denominada incompetencia profesional, es por ello que en la actualidad en los Consejos Reguladores de la Carrera especialmente de la Fuerza Terrestre, no existen trámites que den cuenta de la separación del servicio activo por incompetencia profesional.

Los Consejos que regulan la situación militar y profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuentan con reglamentos internos que regulan su accionar. En estos reglamentos se establecen varias atribuciones, así por ejemplo en el Reglamento del Consejo de Oficiales Superiores y Subalternos de Fuerza, que regula la situación militar del personal comprendido entre el grado de Subteniente al de Coronel, se determina como atribución de este cuerpo colegiado: “[...] r) Calificar la mala conducta o la incompetencia profesional, para que el Oficial sea colocado en Disponibilidad o dado de baja, ‘Por convenir al buen servicio’; [...]”.²⁰³ Esta calificación se basa en el informe que para el efecto presente la comisión denominada de *Reclamos y Asuntos Varios*, la cual debe agotar todos los medios a su alcance con el fin de proporcionar al Consejo los mayores elementos de juicio y antecedentes suficientes que le guíen hacia una resolución legal y justa.

Finalmente, el militar a quien el Consejo Regulador de la Carrera, le haya calificado la separación del servicio activo por convenir al buen servicio sea por mala conducta o por incompetencia profesional, puede presentar los recursos de reposición y de apelación. Una vez que la resolución se encuentre en firme, el militar será dado inmediatamente de *Baja* de las Fuerzas Armadas, a menos que acredite más de cinco años en servicio activo, ante lo cual procederá a colocarse en situación de

²⁰³ Cfr, Reglamento para los Consejos de Oficiales Superiores y Subalternos de Fuerza [1991], ([Quito]: Ministerio de Defensa Nacional, Acuerdo Ministerial No. 10150, 09 de mayo de 1991), 3.

*Disponibilidad.*²⁰⁴

Por otra parte, para la autoridad con potestad sancionadora se ha establecido una graduación de sanciones que puede imponer al militar que ha cometido una falta disciplinaria, así:

Si la falta es leve puede aplicar las siguientes sanciones: a) Censura, y b) Arresto simple de uno a cinco días;

Para el caso que la falta cometida por el militar sea grave, se puede imponer una sanción de: a) Arresto simple de seis a diez días, y b) Arresto de rigor de uno a cinco días; y,

Finalmente si la falta se encuentra tipificada como atentatoria se puede imponer las sanciones de: a) Arresto de rigor de seis a diez días, b) Arresto de rigor en otro reparto de uno a cinco días, c) Suspensión de funciones de diez a treinta días, y d) Separación del servicio activo por convenir al buen servicio.²⁰⁵

Respecto a las faltas y sanciones disciplinarias que se prevén en el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, debe enfatizarse que, con fundamento en las normas constitucionales, pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador, y criterios de tratadistas acerca del contenido y alcance de la *reserva de ley*, que fueron expuestos al abordar de las garantías del debido proceso, en el primer capítulo de esta tesis; queda clara la necesidad que tanto la tipificación de faltas, cuanto las sanciones disciplinarias para los miembros de las Fuerzas Armadas se encuentren previstas en un cuerpo normativo con rango de ley ordinaria, lo que permitirá garantizar la seguridad jurídica y el principio de soberanía democrática y su correspondiente división de poderes, pues la norma constitucional ha conferido al asambleísta y no a la Administración Pública –Ministerio de Defensa Nacional–, la potestad de tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.

La remisión que hace la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, para que a

²⁰⁴ La Disponibilidad es la situación transitoria en que se coloca al militar, sin mando y sin cargo efectivo, sin excluirle del escalafón de las Fuerzas Armadas Permanentes, hasta la publicación de su baja. El artículo 75 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas establece que el militar tiene derecho hasta seis meses de disponibilidad, si acredita por lo menos cinco años de servicio activo y efectivo ininterrumpidos, pudiendo renunciar a todo o parte del tiempo de disponibilidad, para solicitar directamente su baja. *Ley de Personal de las Fuerzas Armadas*, art.75.

²⁰⁵ El tercer inciso del artículo 97 determina que en caso de que la resolución del Consejo de Disciplina sea la de sancionar con la separación del servicio activo por convenir al buen servicio, todo el expediente deberá ser remitido al respectivo Consejo regulador de la carrera, para su calificación. Reglamento de Disciplina Militar, arts. 68, 69,70 y 97.

través de un Reglamento se tipifique y sancione las faltas disciplinarias es evidentemente inconstitucional, puesto que el mandato de la Constitución de la República para que solo a través de una ley se tipifique y sancione las infracciones de cualquier tipo, lo determinó el Constituyente en el año 2008, de ahí que la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas que fue promulgada en el año de 1991, debe guardar coherencia al texto constitucional vigente.

2.2. Procedimientos

2.2.1. Procedimiento para sancionar una falta leve

El Título V del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, regula lo concerniente al procedimiento que ha de seguirse para la imposición de sanciones. En primer lugar se establece el procedimiento para las faltas calificadas como leves, instaurándose dos modalidades: La primera, la sanción que le corresponde imponer a cualquier superior militar de la misma unidad o reparto al que pertenece el presunto infractor, quien luego de haber presenciado directamente la falta o por haber recibido un informe por escrito del hecho, solicitará un informe de descargo al imputado, para posteriormente y en el caso de existir suficientes elementos de juicio imponer la sanción respectiva. De lo actuado la autoridad sancionadora elevará en el plazo de setenta y dos horas un informe sobre su actuación al Comandante del reparto, es decir a su superior.²⁰⁶

La segunda modalidad se verifica cuando el superior perteneciendo a otro reparto, unidad inclusive a otra Fuerza, al haber presenciado o haber recibido un informe sobre el cometimiento de una falta por parte de un subordinado perteneciente a otro reparto o Fuerza, luego de realizar las indagaciones respectivas, elevará siguiendo el correspondiente órgano regular, el informe al Segundo Comandante del reparto, unidad o Fuerza a la que pertenezca el presunto infractor, solicitando de ser procedente se imponga la sanción respectiva. En este caso el Segundo Comandante deberá notificar por escrito al sancionado y elevará el informe sobre la novedad al Comandante del reparto o unidad militar en un plazo máximo de setenta y dos horas a partir de la imposición de la sanción.²⁰⁷

2.2.2. Procedimiento para sancionar una falta grave

²⁰⁶ *Ibíd*em, art. 75.

²⁰⁷ *Ibíd*em, art. 76.

En este caso cualquier superior militar del mismo u otro reparto o Fuerza que tenga conocimiento del cometimiento de una falta grave, siguiendo el órgano regular, elevará el informe respectivo al Segundo Comandante del reparto o unidad a la que pertenezca el presunto infractor, para que luego de analizar los hechos y de contrastarlos con el informe del imputado, de ser procedente imponga la sanción respectiva. Posteriormente la autoridad sancionadora debe remitir el informe sobre la novedad y su proceder al Comandante de reparto o unidad.²⁰⁸

Se debe señalar que en Fuerzas Armadas, existen unidades o repartos militares en los cuales por su organización no existe la figura de Segundo Comandante, para lo cual en virtud de la reforma introducida mediante Acuerdo Ministerial No. 073 de 17 de abril de 2012, se determinó que: “En las Unidades, Repartos, Institutos o Dependencias en donde por su estructura organizacional no exista Segundo Comandante [...], la facultad de sancionar las faltas graves recaerá sobre el Comandante directo o Subdirector del establecimiento/dependencia donde preste sus servicios el infractor”.²⁰⁹

2.2.3. Procedimiento para sancionar una falta atentatoria

Conformación de los Consejos de Disciplina

Antes de abordar el trámite del procedimiento, se debe tener presente el modo de conformación de este cuerpo colegiado, para lo cual el Reglamento disciplinario determina la conformación de los Consejos de Disciplina, que en definitiva es el competente para conocer, juzgar y sancionar las faltas atentatorias; en este sentido el artículo 81 del RSRDM determina:

a) Para Oficiales Generales, corresponderá al Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas su designación, con los siguientes miembros: Dos Oficiales Generales de mayor grado y antigüedad de la Fuerza a la que pertenezca el presunto infractor y en caso de no haberlos se conformará con los Oficiales Generales de mayor grado y antigüedad del presunto infractor de las otras Fuerzas, en caso de no haberlos se conformará con dos Comandantes Generales de las otras Fuerzas a la que pertenezca el presunto infractor; y, un Oficial de Justicia, quien será el Oficial de mayor jerarquía dentro de la especialidad de Justicia de las tres Fuerzas.

b) Para Oficiales Superiores y Subalternos, corresponderá al Jefe o Comandante de la unidad, reparto u organismo al que pertenezca el presunto infractor su designación, con los siguientes miembros: Cuatro Oficiales de mayor grado o antigüedad que el presunto infractor; y, un Oficial de Justicia de mayor grado o antigüedad que el

²⁰⁸ *Ibidem*, art. 78.

²⁰⁹ *Ibidem*, art. 79.

presunto infractor de existir en el orgánico, caso contrario actuará el Oficial de Justicia de mayor jerarquía dentro de la Fuerza.

c) Para el personal de Tropa y conscriptos, corresponderá al Jefe o Comandante de la unidad, reparto u organismo al que pertenezca el presunto infractor su designación, con los siguientes miembros: Tres Oficiales; un miembro de Tropa más antiguo que el presunto infractor; y, un Oficial de Justicia²¹⁰

Cada miembro del Consejo de Disciplina actúa con voz y voto, excepto el secretario, quien debe tener el mismo grado que el presunto infractor. Por otro lado en atención a que dentro de la institución militar existen unidades pequeñas que no cuentan con oficiales suficientes para la conformación de los Consejos, se prevé la posibilidad que el Comandante que debe conformarlo, solicite a la unidad militar superior su conformación; y en caso de existir conflicto de intereses puede un miembro excusarse.

Trámites previos

El Comandante de una unidad militar ante el conocimiento que se ha cometido una falta tipificada de atentatoria, dentro de veinticuatro horas, deberá a través de la Orden General, conformar el Consejo de Disciplina, señalándose el lugar, fecha –que no podrá superar los cinco días de realizada la citación– en la cual se llevará a efecto la audiencia de juzgamiento.

Previo a la Audiencia de Juzgamiento, el Consejo se reunirá con la finalidad de que por presidencia se disponga la citación del infractor²¹¹, a quien se le hará llegar la copia de la Orden General con la que se designa a los miembros del cuerpo colegiado, los informes acusatorios y la indicación de la necesidad de que cuente con un abogado defensor.

Trámite al interior de los Consejos de Disciplina

A partir del artículo 92 del RSRDM se desarrolla la Audiencia de Juzgamiento, para lo cual el presidente del Consejo, de inicio, jurará y tomará juramento que el proceder dentro de la audiencia por parte de sus miembros será fiel,

²¹⁰ *Ibíd*em, art. 81.

²¹¹ Para efectos de la citación el RSRDM establece que esta puede ser en persona, o en el evento que el presunto infractor se encuentre falto de la unidad militar de manera injustificada, la citación se lo podrá realizar en el domicilio que tiene señalado en la Jefatura de Personal de la unidad a la que pertenece; y si no comparece al tercer señalamiento, la audiencia se llevará a cabo en ausencia del mismo, contándose para este caso con la presencia de un abogado defensor, sea particular o de oficio. *Ibíd*em, art. 91, agregado.

imparcial y legalmente.

Posteriormente se procederá con la lectura del parte o informe acusatorio y se dispondrá la práctica de las pruebas que se soliciten de oficio los miembros del Consejo y aquellas que sean requeridas por la defensa,²¹² para finalmente conceder la oportunidad para que el presunto infractor efectúe sus alegaciones.

Resolución

Una vez que se ha evacuado toda la prueba, el Consejo debe emitir su resolución, que acogiendo el mandato constitucional debe ser motivada²¹³ y principalmente deberá contener una síntesis de la acción u omisión materia de la infracción y la sanción que se impone.²¹⁴

Como respaldo de las actuaciones el secretario designado, debe elaborar un acta, la cual al final debe ser suscrita por todos los miembros y debe contener la transcripción de los informes acusatorios y la prueba realizada. Esta documentación al igual que los respaldos serán archivados por el Departamento de Recursos Humanos correspondiente.

Notificación, cumplimiento y registro

El tema de las notificaciones rige para la imposición de sanciones en faltas leves, graves y atentatorias, para lo cual la resolución emitida debe ser puesta en conocimiento de del sancionado dentro del plazo de cuarenta y ocho horas.

La ejecución de lo resuelto es decir el cumplimiento de la sanción impuesta recae sobre el Comandante del Reparto o Unidad al que pertenece el militar infractor, independientemente si se trata de una falta leve, grave o atentatoria. De tal manera que le corresponde, dependiendo la sanción: emitir el llamado de atención en el caso de censura; disponer que el militar se registre en el libro de sancionados y cumpla de ser el caso la sanción en la pieza de arresto respectiva; o remitir al Consejo Regulador de la Carrera para que se califique la mala conducta, para los casos en que

²¹² Para la práctica de la diligencia se establece un plazo de 72 horas, contadas a partir de la instalación de la audiencia, sin embargo el artículo 95 del RSRDM prevé que si el Consejo no tiene los suficientes elementos de juicio para emitir su resolución puede ordenar la práctica de nuevas pruebas, para lo cual se tendrá un plazo máximo de cinco días. *Ibíd.*, art. 95.

²¹³ El artículo 105 del RSRDM establece adicionalmente que las resoluciones en las que conste la sanción impuesta por el cometimiento de faltas leves, graves o atentatorias, deberán constar en un documento escrito, debidamente motivado con la explicación de la falta, el marco legal aplicado y una síntesis de la acción u omisión en que incurrió el infractor.

²¹⁴ *Ibíd.*, art. 96.

la sanción haya sido la separación del servicio activo por convenir al buen servicio.

Una vez cumplida la sanción el Comandante del Reparto o Unidad Militar para efectos de registro en la hoja de vida del militar, El Comandante, remitirá a la Dirección de Recursos Humanos –en el caso de la Fuerza Terrestre o sus equivalentes en las otras Fuerzas– el *formulario de faltas*, que deberá estar suscrito por la persona que ha cumplido la sanción; sin embargo y para el evento en que exista la negativa de suscribir el documento existe la posibilidad de que dejando constancia del hecho, se proceda con el registro respectivo.²¹⁵

3. Medios de impugnación de las sanciones disciplinarias

En la fase de impugnación, dentro del RSRDM, se prevé tres tipos de recursos: el Reclamo, y dos apelaciones, los cuales deben ser presentados por escrito y siguiendo el Órgano Regular.²¹⁶

En lo referente al Reclamo, éste debe presentarse ante el superior jerárquico o Consejo de Disciplina que impuso la sanción, dentro del plazo de tres días de notificada la resolución de sanción; y la autoridad militar tiene también el plazo de tres días para resolverlo.

Una vez resuelto el Reclamo, de no hallarse conforme, el servidor público militar puede interponer en el plazo de ocho días el Recurso de Apelación para ante el superior que resolvió el Reclamo, quien lo resolverá en el plazo de ocho días; y de igual manera se procederá en el evento que se interponga la segunda apelación.

Se debe indicar que en el Reglamento de Disciplina no se encuentra normado el plazo de resolución de la segunda apelación sin embargo mediante memorando No. MDN-JUR-2014-1185 de 20 de agosto de 2014, la Coordinación General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, señaló que el plazo para

²¹⁵ *Ibíd*em, art. 109.

²¹⁶ El glosario de términos del RSRDM, además de lo que determina el artículo 6, define al Órgano Regular como: el procedimiento que necesariamente tiene que seguir un miembro de las Fuerzas Armadas en relación con cualquier acto de servicio militar, para llegar jerárquicamente y por escrito, hasta la Autoridad a quien compete su conocimiento o resolución. Los miembros de las Fuerzas Armadas no pueden realizar solicitudes colectivas, ni en tumulto o inobservando el órgano regular, pero al mismo tiempo los superiores no deben interferir en el trámite de solicitudes reglamentariamente formuladas, a menos que este en sus manos dictar la resolución que ponga fin al trámite.

resolver es de ocho días.²¹⁷

Para las sanciones que impone un Consejo de Disciplina, se establece que sus resoluciones pueden ser recurridas en tercera y última instancia ante el correspondiente Consejo Regulador de la Carrera Profesional; y de manera general existe la obligatoriedad de que la autoridad militar que conozca cualquier medio de impugnación, al resolverlo debe expresar su propio criterio.

Al curso normal de las impugnaciones expresadas, existen dos excepciones: la primera, cuando una sanción es impuesta por el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, únicamente se podrá presentar la apelación ante el señor Ministro de Defensa Nacional; y la segunda, que hace relación a las sanciones que impongan los Comandantes Generales de Fuerza, –Terrestre, Naval o Aéreo–, para cuyo caso se puede apelar también en única y definitiva instancia ante el señor Ministro de Defensa Nacional.²¹⁸

El Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva que rige para la Administración Pública Central –Ministerio de Defensa Nacional– prevé la posibilidad que las resoluciones administrativas dictadas por órganos subordinados, puedan ser recurridas a través del Recurso Extraordinario de Revisión.²¹⁹ Es decir que además de los recursos previstos en el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, el personal militar pueda interponer este recurso extraordinario ante el titular del Portafolio de la Defensa, para que se revise las actuaciones derivadas de un procedimiento sancionatorio.

²¹⁷ En el memorando No. MDN-JUR-2014-1185, se expresó: “Para el caso del reclamo la norma es muy clara y manifiesta que éste se lo debe interponer en el plazo de tres días y su decisión se la hará en el mismo periodo de tiempo. En lo que se refiera a la apelación lo que pretende el reglamento es la existencia del pronunciamiento de un ente superior aquel que emite o se pronuncia del recurso. Para la apelación se establece que esta se debe presentar en el plazo de ocho días por *sindéresis* jurídica (capacidad natural para juzgar rectamente) se debe resolver dentro del mismo plazo de ocho días. Actuar que debe observarse para la interposición y resolución del tercer reclamo previsto en el Reglamento de Disciplina Militar.

²¹⁸ Reglamento de Disciplina Militar, art. 114 y 115.

²¹⁹ El artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva determina las causales por las que a una resolución se puede interponer el Recurso Extraordinario de Revisión: a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas; b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate; c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y, d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme. Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva*, [2002], l. II “Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva”, Sección “De los Reclamos y Recursos Administrativos”, art. 178 ([Quito]: Presidencia de la República): 65.

Sobre el particular, en el Ministerio de Defensa Nacional se conocen, tramitan y resuelven las sanciones disciplinarias que se encuentran en firme, sin embargo es preciso mencionar que la Procuraduría General del Estado ante consultas efectuadas por el entonces Ministerio de Gobierno y Policía –hoy Ministerio del Interior–, respecto de la posibilidad de que esa Cartera de Estado, vía Recurso Extraordinario de Revisión, conozca en torno a las resoluciones emitidas por los Tribunales de Disciplina de la Policía Nacional, ha indicado:

1. Considero que no es procedente que el Ministro de Gobierno y Policía conozca mediante recurso de revisión, los actos y resoluciones administrativas emitidas por los Tribunales de Disciplina de la Policía Nacional, cuya competencia emana de la Ley de Personal de la Policía Nacional, que de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano consignado en el Art. 272 de la Constitución Política de la República, prevalece sobre el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

2. El pronunciamiento del oficio No. 025514 de 14 de junio del 2006 es coherente con este pronunciamiento al absolver la primera consulta, añadiendo que corresponde al Ministerio de Gobierno conocer por la vía del recurso de revisión, aquellos casos cuyo trámite de impugnación no esté expresamente reglado en las Leyes de Personal y Orgánica de la Policía Nacional.

[...]Como queda señalado, el Art. 179 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva pone fin a la vía administrativa en los casos ahí determinados, por ende sus resoluciones causan ejecutoria y deben acatarse sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiere lugar [...].²²⁰

Esta consulta busca evitar que los procedimientos administrativos disciplinarios se vuelvan interminables en sede administrativa, más aún cuando la normativa interna prevé medios de impugnación que permiten revisar que las resoluciones administrativas se adopten dentro de lo legal y justo; de tal manera que para el caso de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta que el RSRDM prevé para el caso de la imposición de una sanción disciplinaria, el reclamo y dos apelaciones, el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado es del todo aplicable.

Por otra parte, las resoluciones que se emitan dentro de los procedimientos disciplinarios, pueden ser recurridos en vía jurisdiccional, ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, para lo cual no es necesario que se agote la vía administrativa conforme lo prevé el artículo 48 de la Ley de Modernización del

²²⁰ Procuraduría General del Estado del Ecuador, “Absolución de consultas de Procuraduría General del Estado, parte 70” [2008], ([Quito], extracto de consultas julio 2008, publicado Registro Oficial Suplemento No. 428, 18 de septiembre de 2008): 12.

Estado.²²¹ La vía contenciosa administrativa acorde a lo establecido el Código Orgánico General de Procesos tiene por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los actos administrativos,²²² para lo cual existen las acciones de *plena jurisdicción o subjetiva* y de *anulación objetiva o por exceso de poder*, la primera puede interponerse en el término de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación del acto; y la segunda, puede interponerse en el plazo de tres años a partir del día siguiente a la fecha de expedición del acto impugnado.²²³

Finalmente, el servidor público militar tiene la opción de impugnación Constitucional, a través de la Acción de Protección que conforme lo determina la Constitución de la República, tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en ella, y procede ante la vulneración de los derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas, o cuando la vulneración provenga de un particular si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.²²⁴

La Corte Constitucional para el Período de Transición, refiriéndose a la naturaleza y ámbito material de la acción de protección, ha manifestado:

La acción de protección, prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República, es por naturaleza, un mecanismo de protección constitucional respecto de un componente específico de derecho constitucional reconocido a las personas, que haya sido vulnerado por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial o de la persona particular. Esta garantía jurisdiccional es, por ende, el objeto natural y propio de protección a los gobernados, y en su teología se relaciona con dos objetivos fundamentales: la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y la consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación; de esta manera, se reitera la eficacia y supremacía de los derechos

²²¹ Cfr. *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*, [1993], cap. IV, “De la Descentralización y Desconcentración” art. 38 ([Quito]: Congreso Nacional): 12.

²²² Cfr. Código Orgánico General de Procesos, art. 300.

²²³ La acción de *plena jurisdicción o subjetiva* ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos, esta acción procede también contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos; mientras que la *acción de anulación objetiva o por exceso de poder* tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. *Ibidem*, art. 306.

²²⁴ Cfr. Constitución de la República del Ecuador, art. 88.

constitucionales. Por tanto, se descarta que la acción de protección sea procedente en asuntos de estricta legalidad [...].²²⁵

En este sentido, queda establecido que la Acción de Protección representa la vía más idónea y eficaz a nivel de justicia constitucional, para tutelar los derechos constitucionales y su eventual reparación ante la vulneración de derechos constitucionales, que dentro de la tramitación de los procedimientos disciplinarios pudiera soportar el personal militar de las Fuerzas Armadas ecuatorianas.

3.1 Efecto de los recursos administrativos disciplinarios

En lo concerniente a los efectos de los recursos administrativos, si bien es cierto el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, de manera general determina que los actos que emiten los órganos y entidades que forman parte de la Administración Pública Central, deben cumplirse desde que se dicten –en virtud de su legitimidad y ejecutoriedad–,²²⁶ las sanciones disciplinarias aplicadas en amparo de lo que determina el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, por efectos de la interposición del reclamo y apelaciones que mencionado cuerpo normativo establece, se suspenden. Si bien es cierto no existe norma expresa en este sentido, sin embargo en la Sección VII DE LOS RECLAMOS, del Reglamento, se determina que: “Si la apelación o reclamo interpuesto fuere acogido favorablemente por no haberse encontrado mérito para sancionar, se dejará sin efecto la sanción, pero de confirmarse la resolución, el militar deberá cumplir la sanción”.²²⁷ En este caso, se aplicaría la teoría de Juan Francisco Linares, que es recogida por Agustín Gordillo, al indicar: “si antes se decía que el recurso administrativo en principio no suspende la ejecución del acto, pero que por decisión fundada la administración podía suspenderlo, ahora se propone en cambio el criterio de que el recurso interpuesto en principio suspende la ejecución del acto, pero que la administración por decisión fundada puede no obstante ejecutarlo”.²²⁸ En este sentido, resulta necesario que en el ámbito disciplinario militar, los recursos se los conceda con efecto suspensivo, por cuanto la mayoría de

²²⁵ Cfr, Corte Constitucional del Ecuador, para el Período de Transición, Sentencia No. 140-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1739-10-EP, que siguió el señor por Jaime Robles Cedeño, Director Regional de la Procuraduría General del Estado, y otro, en contra de la sentencia expedida la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Manabí.

²²⁶ Cfr. Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, art. 88.

²²⁷ Reglamento de Disciplina Militar, art. 117.

²²⁸ Cfr, Agustín Gordillo, *Presunción de legitimidad, exigibilidad y Ejecutoriedad*, V43.

sanciones prevén el arresto y la salida de la institución, de manera tal que si se sanciona a un militar con arresto simple o de rigor o con la separación del servicio, debería cumplir con la sanción y esperar que dentro de la impugnación se deje sin efecto la misma, lo que causaría graves perjuicios al servidor público militar.

Si la sanción no se la concediera con efecto suspensivo, dentro de las Fuerzas Armadas, se volvería al sistema *de cumpla y luego reclame* que se encontraba previsto en el derogado Reglamento de Disciplina Militar, expedido en 1998 y que manifestaba: “Art. 99.- Una vez cumplida la sanción, el infractor se presentará ante el superior que la impuso; y, en caso de que se creyere sancionado injustamente, presentará su reclamo al superior que le sancionó en forma inmediata o en el plazo no mayor de ocho días [...]”.²²⁹

4. Aplicación del debido proceso en los procedimientos sancionadores de las Fuerzas Armadas durante los últimos años.

En esta parte se expondrá varios procedimientos disciplinarios que se han llevado a cabo en diferentes Unidades y Repartos Militares de las Fuerzas Armadas, los mismos que agrupados de acuerdo a la garantía vulnerada, permitirán evidenciar el su grado de cumplimiento. Es necesario advertir que se obviará mencionar en la redacción, citas y bibliografía, los nombres de las personas que han sido sujetos activos y pasivos de esos procedimientos disciplinarios, haciéndose mención simplemente de las Unidades o Repartos Militares en los que se produjeron.

4.1. Garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, motivación, presunción de inocencia.

Primer caso.

Se suscita en la ciudad de Guayaquil, dentro de la Fuerza Naval, en la Unidad denominada Estación Aeronaval de Guayaquil, en la que a un señor Alférez de Fragata supuestamente por no efectuar el trámite correspondiente para salir con permiso por calamidad doméstica, ni comunicar sobre el particular a los superiores jerárquicos, causando retraso en la administración del Portal de Compras e inconvenientes en el control de la guardia, su Comandante mediante oficio dispone:

²²⁹ Cfr, Reglamento de Disciplina Militar [1998], ([Quito]: Ministerio de Defensa Nacional, Acuerdo Ministerial No. 831-A, 08 de agosto de 1998), 10.

“Cumpliendo con lo dispuesto en el Reglamento de la referencia, sírvase cumplir con 48 horas de arresto simple, por haber incurrido en la falta tipificada en el Art. 40 lit. 1), que textualmente dice "No dar cumplimiento a disposiciones, consignas o normas reglamentarias, en asuntos rutinarios de poca importancia".²³⁰

Como se puede evidenciar la sanción impuesta por el superior jerárquico es violatoria de las normas previstas en el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar para sancionar una falta leve y la garantía del debido proceso prevista en el numeral tercero de la Constitución de la República en donde se establece que sólo se puede juzgar a una persona ante autoridad competente observando del trámite propio de cada procedimiento. Además se vulnera las garantías de velar por el cumplimiento de las normas y derechos del infractor, la presunción de inocencia; y dentro del derecho a la defensa las garantías de no ser privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento, contra con el tiempo y los medios para la preparación de su defensa y la obligación de motivar las resoluciones.

Con este antecedente el administrado, interpone ante el Ministerio de Defensa Nacional, el Recurso Extraordinario de Revisión que luego del trámite pertinente, resuelve admitir la impugnación planteada manifestando:

El señor Comandante [...] disponía a la fecha de su cometimiento en su artículo 74 como proceder para sancionarla, debiendo seguirse una serie de pasos que constituyen el debido proceso consagrado en la Constitución en su artículo 76 numeral 3, por lo tanto conforme al análisis de la documentación remitida, la sanción al recurrente fue en un solo acto lo que contraviene el principio antes enunciado, ya que si el Comandante de la Aviación Naval, conoció de la falta esto debió haber sido por medio de un informe sobre el hecho, el cual se debió poner en conocimiento del recurrente, para que de ser el caso presente sus argumentos de descargo, para luego de contar con todos los elementos de juicio tomar una resolución al respecto, lo que en el presente caso y de la documentación constante en el expediente no fue cumplido, dando lugar a que conforme a la Constitución en su norma citada anteriormente, y el Reglamento de Disciplina Militar en su artículo 122 numeral 4, una nulidad del proceso sancionatorio por una transgresión de las normas constitucionales y reglamentarias, referentes principalmente al debido proceso; por todo lo anteriormente expuesto, se deja sin efecto la sanción disciplinaria del señor TNFG [...].²³¹

Segundo Caso

²³⁰ Oficio No. COAVNA-PER-014, emitido por el señor Comandante de la Estación Aeronaval de Guayaquil, para la imposición de la sanción disciplinaria.

²³¹. Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador, Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el señor Comandante de la Aviación Naval, 07 de junio de 2012.

Con similares características del caso anterior en la Dirección de Sistemas Tecnológicos del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, se impone a un señor Teniente Coronel, mediante un simple memorando, la sanción de 72 horas de arresto de rigor por haber cometido la falta disciplinaria tipificada en el artículo 35 literal t) del RSRDM que establece *Sorprender o engañar a un Superior en asuntos relacionados con el servicio, siempre que tal acción no llegue a constituir delito*. No se emite para el efecto una resolución que contenga los elementos básicos previstos en el RSRDM y que dan cuenta de su motivación, esto es, la explicación de la falta, el marco legal aplicado y una síntesis de la acción u omisión en que incurrió el infractor.

Además, se vulnera las garantías de velar por el cumplimiento de las normas y derechos del militar, la presunción de inocencia; y dentro del derecho a la defensa las garantías de no ser privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento, contra con el tiempo y los medios para la preparación de su defensa.

Teniendo estos antecedentes en Resolución del señor Ministro de Defensa Nacional estableció que:

El memorando N° 20090184-DST-1 de fecha 24 de julio de 2009, mediante el cual el señor Coronel [...], Director de Sistemas Tecnológicos y G.E., comunica la sanción de 72 horas de arresto de rigor [...] no existe la motivación que establece la Constitución de la República en su Art. 76, numero 7), letra 1), esto es que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se funda, y que se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; lo que guarda coherencia con el Art. 105 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar [...]. b) Dentro del expediente no consta documento alguno, mediante el cual se haya requerido al administrado un informe para ejercer su defensa, de los hechos y acciones que presuntamente se lo estaba inculcando, en tal virtud la autoridad militar que le sancionó no tuvo los elementos de hecho, para sobre la base de los mismos proceder a resolver si existió o no la falta y la sanción a imponerse [...] Dejar sin efecto el acto administrativo dictado por el señor CRNL. EMT. AVC. [...], mediante el cual sancionó con 72 horas de arresto de rigor, por contravenir las disposiciones constitucionales del debido proceso (falta de motivación de la resolución), obstruyendo el derecho a la defensa del administrado, lo que genera una violación por parte de la autoridad sancionadora de una garantía constitucional.²³²

4.2. Derecho a recurrir

Tercer Caso

En un procedimiento administrativo disciplinario seguido en la Dirección

²³² Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador, Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el señor Director de Sistemas Tecnológicos del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, 21 de septiembre de 2012.

Regional de los Espacios Acuáticos Insular, de la Fuerza Naval, en donde se impone a un señor Suboficial Primero una sanción disciplinaria de 05 días de arresto simple por haber quebrantado el artículo 40 literal k) del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar que determina *omitir el órgano regular*, para hablar con el señor Presidente de la República, para hacerle una petición personal.

En este expediente se evidencia que el procedimiento se desarrolla con una tipificación equivocada de la falta cometida, pero en cuanto al señalamiento del literal del artículo 40 del RSRDM, ya que se indica al administrado que se le sanciona por haber cometido la falta prevista en el artículo 40, literal l) cuando lo pertinente era el literal k). Esta novedad fue la causal para que en el Ministerio de Defensa Nacional, a través del Recurso Extraordinario de Revisión, se deje sin efecto la sanción impuesta, indicando: “El administrado ha sido sancionado en todo el proceso administrativo por una falta disciplinaria equivocada que consta en el Reglamento de Disciplina vigente en el artículo 40 literal l) [...]”.²³³ Debe considerarse que si bien la tipificación de la falta era errada no era causa suficiente para que se tenga como violatorio al debido proceso, por cuanto la descripción de los hechos y su sanción apuntaban a que efectivamente se trataba de una omisión de órgano regular. Por otro lado y coincidiendo con lo resuelto por la Cartera de Defensa, existiría violación del debido proceso en el sentido que la autoridad sancionadora negó el recurso planteado por el señor Suboficial, aduciéndose que se presentó de manera extemporánea en virtud de que debía presentarse en un día domingo, puesto que el Reglamento habla de plazos. En el Ministerio se expresó:

No se concedió el derecho a la defensa al recurrente, al no dar paso el reclamo presentado, por manifestar que ha presentado en forma extemporánea, sin tomar en cuenta las disposiciones establecidas en la Constitución de la República en su artículo 76, numeral literales a), b) y e) [...] en concordancia con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que enfáticamente estipula que en materia administrativa no se tomarán en cuenta los días feriados ni fines de semana.²³⁴

En este expediente se evidencia que la autoridad militar no dio cumplimiento con la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes; el derecho a la defensa al no otorgarle los medios para su defensa, violando su derecho a recurrir

²³³ Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador, Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el señor Director Regional de los Espacios Acuáticos Insular, 16 de octubre de 2013.

²³⁴ *Ibíd.*

de la sanción impuesta.

4.3. Favorabilidad

Cuarto caso

El caso se verifica con un señor oficial en el grado de Capitán, piloto de la aeronave FAE-448 en la ruta Quito - Manta, quien es sancionado por el Consejo de Disciplina llevado a cabo en la ciudad de Quito, al haber cometido la falta disciplinaria prevista en el artículo 61 literal a) del artículo 61 del RSRDM que determina:

Incurrir en acciones u omisiones atribuibles a negligencia, imprudencia o inobservancia de reglamentos, regulaciones, manuales, procedimientos operativos, publicaciones y más normas vigentes aplicables a una misión terrestre, naval o aérea, afectando el cumplimiento de la misión y causando daños o perjuicios a las personas y bienes, siempre y cuando el hecho no constituya delito.²³⁵

En la resolución, este cuerpo colegiado, decide sancionar al oficial con *20 días de suspensión de funciones*, por cuanto en una aeronave en vuelo permitió que, en el sitio destinado para el copiloto, sea ocupado por un particular.

En este caso se debe indicar que si bien es cierto y como fue expuesto en el capítulo II, para el cometimiento de una falta con características de atentatoria, el RSRDM prevé entre otras, la posibilidad de sancionar al infractor con suspensión de funciones de diez a treinta días, existe el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado efectuado en abril de 2008,²³⁶ sobre la aplicación de este tipo de sanción, en donde se determina:

Si después de la fecha de la derogatoria de los artículos 179 al 182 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas (22 de enero del 2007), que establecían y regulaban la sanción denominada "suspensión de funciones", a miembros militares, estos actos no tienen ningún efecto jurídico, y por consiguiente, ninguna implicación en la carrera profesional del militar sancionado sin fundamento legal.

Dichos actos, ilegítimamente emitidos, tienen que ser revocados o extinguidos por razones de legitimidad por la autoridad que los expidió, conforme lo dispone el Art.

²³⁵ Reglamento de Disciplina Militar, art. 61, lit. a).

²³⁶ Ecuador. Procuraduría General del Estado, "Absolución de consultas de Procuraduría General del Estado, parte 67" [2008], ([Quito], extracto de consultas abril 2008, publicado Registro Oficial No. 374, 04 de julio de 2008): 4.

De tal manera que no es procedente la imposición de este tipo de sanciones para el personal militar que es sancionado por una falta atentatoria, lo cual no es observado en varias Unidades y Repartos Militares, inclusive por parte del propio Ministerio, de donde se efectuó la consulta a la Procuraduría General del Estado, ya que en un recurso Extraordinario de Revisión que se derivaba de la imposición de una sanción de Suspensión de Funciones impuesta por el Batallón de Infantería de Marina No. 12 “ESMERALDAS”, perteneciente a la Fuerza Naval, no se admitió el recurso presentado por un señor Marinero, a pesar de que se había planteado por la causal prevista en el literal a) del artículo 178 del ERJAFE que hace relación a la existencia de un error de hecho o de derecho.²³⁸

Como se puede advertir se vulnera la garantía de que se cumplan las normas y los derechos de las partes y especialmente con la garantía de no ser sancionado con una sanción, que por el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, habría sido expulsado del catálogo de sanciones que para el cometimiento de una falta atentatoria prevé el RSRDM.

4.4. Falta de motivación

Quinto Caso

En la Brigada de Selva No. 17 “PASTAZA”, perteneciente a la Fuerza Terrestre, se siguió un Consejo de Disciplina con la finalidad de sancionar la conducta de un señor Cabo Primero, quien al encontrarse falto a la Unidad por más de tres días comete la falta disciplinaria prevista en el literal a), del artículo 45 del RSRDM, que establece: “Es falta atentatoria: a) Faltar a la unidad o reparto militar en forma injustificada por más de tres días consecutivos, en cuyo caso, a más de la sanción disciplinaria, el pago de la remuneración estará sujeta a lo que al respecto

²³⁷ El artículo 179 y 182 de la Ley de Personal establecían: Art. 179.- La suspensión de funciones es la sanción disciplinaria que puede imponerse al personal militar en servicio activo, dejándolo temporalmente sin funciones, previo el trámite establecido en el Reglamento de Disciplina Militar y por Resolución del respectivo Consejo en cada Fuerza. Art. 182.- Cumplido el tiempo de la antedicha sanción, el militar recuperará sus funciones en las Fuerzas Armadas y se le dará la correspondiente destinación orgánica. Ecuador, Procuraduría General del Estado, [Consulta efectuada a la Procuraduría General del Estado, por parte del Ministerio de Defensa Nacional] en Registro Oficial, No.374, 4 de julio de 2008.

²³⁸ Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador, Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el Consejo de Disciplina de la Unidad de Tarea 2.1 “BIMESM”, 15 de septiembre de 2015.

prevea la Constitución de la República y/o la Ley Orgánica de Servicio Público”.²³⁹

La resolución que se adopta en el caso es la separación de la Institución, por convenir al buen servicio, sin embargo a pesar de lo dura que representa esta sanción, el Consejo de Disciplina lo resolvió en una página y media, sin motivación alguna, manifestando:

TERCERO: De conformidad con el Art. 93 y 96 del Reglamento de Disciplina Militar, para emitir una resolución sancionatoria es necesario que esté comprobada conforme a derecho tanto la materialidad como la responsabilidad, es decir que haya llegado a la certeza justificando el cumplimiento de las diligencias contempladas en el Art. 93 del Reglamento de Disciplina Militar. CUARTO: La existencia material y responsabilidad de la infracción que se juzga se ha comprobado conforme a derecho, con las siguientes pruebas documentales y testimoniales: [...] Por las consideraciones expuestas, por haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la falta [...].²⁴⁰

Lo resuelto no reúne los requisitos establecidos por la Corte Constitucional del Ecuador para que se considere a una resolución como motivada, es decir es carente de lógica, razonabilidad y comprensibilidad, ni siquiera contiene los propios requisitos determinados en el RSRDM. A pesar de ello una vez impugnada ante el Ministerio de Defensa se inadmite el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por el señor Cabo Primero, indicando: “que la enunciación de que no se ha respetado el debido proceso, que sanción adolece de legalidad o que se ha contravenido las garantías constitucionales en su emisión, sin probar dichas circunstancias, no constituye suficiente elemento de juicio para que el recurso sea aceptado”.²⁴¹

Sexto caso

En otra unidad militar, específicamente en el Grupo de Defensa de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, ubicada en la ciudad de Latacunga, sucede prácticamente lo mismo, puesto que mediante memorando de 10 líneas, sin motivación alguna se impone una sanción disciplinaria de 04 días de arresto de rigor a una señora Capitán, por haber cometido una falta grave establecida en el artículo 35 del RSRDM que textualmente establece: ”Art. 35.- Son FALTAS GRAVES: d) Presentar quejas falsas o infundadas sobre la actuación o conducta de un superior [...]”.²⁴²

²³⁹ Reglamento de Disciplina Militar, art. 45, lit. a).

²⁴⁰ Consejo de Disciplina del Ecuador, Resolución emitida por el Consejo de Disciplina instaurado en la Brigada de Selva No. 17 “PAZTAZA, 18 de septiembre de 2012.

²⁴¹ Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador, Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el Consejo de Disciplina instaurado en la Brigada de Selva No. 17 “PAZTAZA, 26 de noviembre de 2014.

²⁴² Reglamento de Disciplina Militar, art. 35, lit. d).

De igual manera en la Cartera de Defensa, con una resolución igual a la del caso anterior, para negar el Recurso Extraordinario de Revisión determina: “que la enunciación de que no se ha respetado el debido proceso, que sanción adolece de legalidad o que se ha contravenido las garantías constitucionales en su emisión, sin probar dichas circunstancias, no constituye suficiente elemento de juicio para que el recurso sea aceptado”.²⁴³

Séptimo caso

Un procedimiento disciplinario seguido en la Escuela de Selva y Contrainsurgencia, ubicado en la ciudad de Puerto Francisco de Orellana –El Coca–, en el cual se sanciona por parte del Segundo Comandante la unidad, a un señor Subteniente por haber cometido la falta grave de prevista en el literal k) del artículo 35 del RSRDM que determina “Efectuar publicaciones o declaraciones en los medios de comunicación social relacionadas con los actos del servicio militar sin la correspondiente autorización, siempre que éstas no afecten a la misión e imagen institucional”.²⁴⁴ Sin embargo al agotar el recurso de apelación, la autoridad que lo conoce es decir el Comandante la Escuela de Selva y Contrainsurgencia, resuelve que:

No existe la debida proporcionalidad entre la infracción y la sanción para el personal involucrado en estos procedimientos disciplinarios, además no existe los suficientes elementos de juicio para continuar con el procedimiento como falta grave en contra del Subt. de C.B [...] sino más bien existe la presunción de una falta con las características de leve cometida por mencionado oficial y en concordancia con el principio indubio pro administrado que determina que se aplicara lo más beneficioso para el administrado; consecuentemente devuélvase el expediente al señor Mayo. de Inf. [...], a fin de que remita al señor Jefe Curso señor Tnte. De Inf [...] a fin de que se inicie un procedimiento por falta leve [...].²⁴⁵

En base a esta resolución se procede a sancionar al señor subteniente con una falta leve prevista en el literal l) del artículo 40 del RSRDM que determina: “l) No dar cumplimiento a disposiciones, consignas o normas reglamentarias, en asuntos rutinarios, de poca importancia”;²⁴⁶

En este caso se puede observar que la autoridad que conoció la apelación sin

²⁴³ Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador, Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el señor Comandante del Grupo de Defensa, 09 de septiembre de 2014.

²⁴⁴ Reglamento de Disciplina Militar, art. 35, lit. k).

²⁴⁵ Comandancia de la Escuela de Selva y Contrainsurgencia de la Fuerza Terrestre del Ecuador., Resolución emitida por Comandante de la Escuela de Selva y Contrainsurgencia de la Fuerza Terrestre “PAZTAZA, 28 de abril de 2015.

²⁴⁶ Reglamento de Disciplina Militar, art. 40, lit. l).

el debido sustento decide modificar la falta grave por una leve, que evidentemente no perjudica al administrado, pero vulnera lo previsto en el artículo 117 del RSRDM que determina que *si la apelación fuere acogido favorablemente por no haberse encontrado mérito para sancionar, se dejará sin efecto la sanción*. Es decir si existían razones suficientes para considerar que los hechos se subsumían en una falta leve, se debió en primera instancia dejar sin efecto la sanción por la falta grave, cosa que no ocurrió, recordando que la autoridad militar para establecer y sancionar los hechos como una falta grave, debió realizar el trámite previsto en el artículo 78 del RSRDM, y que establece sustancialmente que: “[...] el segundo Comandante del Reparto o unidad al que pertenezca el presunto infractor, para que éste, luego del estudio y análisis de los hechos y de receptar el informe por escrito del o los imputados y de las personas que puedan aportar para esclarecer el mismo”.²⁴⁷ Se debe tener en consideración que también existe la obligación constitucional para todo servidor público, incluido el personal de las Fuerzas Armadas de dar estricto cumplimiento de lo previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, es decir observar el cumplimiento de lo previsto en la propia Carta Fundamenta, la ley y en este caso lo que regula el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, por lo que la resolución carece de motivación suficiente.

Octavo caso

En el Comando Logístico No. 25 “REINO DE QUITO”, perteneciente a la Fuerza Terrestre, se sigue un Consejo de Disciplina con la finalidad de sancionar la falta cometida por un señor Soldado y que se encuentra prevista en el literal a) del artículo 45 del RSRDM que establece: “a) Faltar a la unidad o reparto militar en forma injustificada por más de tres días consecutivos, en cuyo caso, a más de la sanción disciplinaria, el pago de la remuneración estará sujeta a lo que al respecto prevea la Constitución de la República y/o la Ley Orgánica de Servicio Público”.²⁴⁸ Luego del trámite pertinente el Consejo decide imponer la sanción disciplinaria de Separación del Servicio, ante lo cual el administrado decide interponer de manera directa el recurso de apelación, manifestando “[...] Interpongo el Recurso de apelación, agotando de manera voluntaria el Recurso de Reconsideración emitido por el mismo Consejo de Disciplina”.²⁴⁹

²⁴⁷ Reglamento de Disciplina Militar, art. 78.

²⁴⁸ Reglamento de Disciplina Militar, art. 45, lit. a).

²⁴⁹ Escrito presentado por la defensa del señor Soldado, con fecha 04 de marzo del 2015 a las 16h35.

Ante este pedido el Consejo de Disciplina mediante providencia de 06 de marzo de 2016 a las 10h00, manifiesta que: “en primera instancia debió haberse presentado el reclamo respectivo ante el mismo Consejo que le sancionó, por lo que al no haberse agotado dicho reclamo no es procedente continuar con el recurso de apelación, y, por agotado que ha sido el plazo para el reclamo, la resolución emitida dentro del Consejo de Disciplina se considera en firme”.²⁵⁰ Sin embargo de ello el Consejo de Tropa de la Fuerza Terrestre,²⁵¹ resuelve dar curso al recurso de apelación, a pesar de haber sido planteado sin agotar el reclamo como lo prevé el RSRDM.

En este caso el Consejo de Tropa argumenta en la resolución que:

El Procesado goza del derecho a recurrir la Resolución dictada por la autoridad competente donde se encuentren inmersos derechos y obligaciones como Garantía Constitucional expresa y autónoma, [...] el derecho al recurso esta exclusivamente reservado para el Administrado contra quien se ha dictado una Resolución desfavorable atribuyéndole una conducta Disciplinaria en calidad de Autor.[...] en el caso que nos ocupa ante lo Resuelto por el Consejo de Disciplina; el marco jurídico, que ampara el aspecto disciplinario militar, ejercita de esta forma la tutela y observancia a las Garantías Constitucionales de la República del Ecuador, custodiando la obligación de proceder en pleno ejercicio del Derecho a la Defensa en las etapas que se ventila en el proceso Administrativo Disciplinario de lo cual no puede ser privado.²⁵²

Resulta evidente que el Consejo Regulador de la Carrera del Personal de Tropa comete una equivocación al considerar que el administrado sin haber agotado el Reclamo, pueda interponer directamente a la Apelación, puesto que como ya se ha indicado el reclamo se lo interpone dentro del plazo de tres días, luego de lo cual el RSRDM prevé la posibilidad de que sobre esa resolución el afectado apele en el plazo de ocho días, de tal suerte que si no se presentó el reclamo, y se presenta en el quinto día la apelación, esta resultaría improcedente.

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

Noveno caso

²⁵⁰ Providencia emitida por el Consejo de Disciplina del Comando Logístico No. 25 “REINO DE QUITO”, el 06 de marzo de 2015, a las 10h00.

²⁵¹ En la Ley Orgánica de la Defensa Nacional se determina que el Consejo del Personal de Tropa de Fuerza, es el órgano encargado de conocer y resolver sobre la situación militar y profesional del personal de tropa de las Fuerzas Armadas. *Ley Orgánica de la Defensa Nacional*, art. 47.

²⁵² Resolución adoptada por el Consejo de Tropa de la Fuerza Terrestre del Ecuador y que fue notificada al señor Soldado, con memorando 2015-209-E-1-KO-CPT-FT.

Se trata de la sanción impuesta en el Batallón de Infantería Motorizada No. 1 “CONSTITUCIÓN, en la ciudad de Arenillas, en donde se instala un Consejo de Disciplina para sancionar la falta prevista en el literal c) del artículo 42, que textualmente expresa: “Abandonar el servicio de guardia o de semana”,²⁵³ cometida por un señor Subteniente, un Cabo Primero, dos Cabos Segundos y un Soldado. Luego del trámite seguido por aquel cuerpo colegiado, se impone a todos los involucrados, la sanción de 6 días de Arresto de Rigor.

Para la conformación del Consejo de Disciplina se designa a un Oficial de Justicia como presidente y asesor; tres señores Capitanes y un Subteniente como vocales; y, en calidad de secretario a un Subteniente. La Conformación de este órgano por parte del Comandante de Unidad, es el motivo de la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión, por parte de la defensa del señor Subteniente, el mismo que luego de ser tramitado al interior del Ministerio de Defensa Nacional, se resuelve admitirlo, declarando la nulidad del procedimiento disciplinario a partir de la designación de los miembros que integran el Consejo de Disciplina. Dentro de los principales argumentos recogidos por esa Cartera de Estado constan:

[...] El Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar establece en su artículo 81, la forma como ha de conformarse un Consejo de Disciplina, que para el presente caso debe estar compuesto de la siguiente manera: *b) Para Oficiales Superiores y Subalternos, corresponderá al Jefe o Comandante de la unidad, reparto u organismo al que pertenezca el presunto infractor su designación, con los siguientes miembros: Cuatro Oficiales de mayor grado o antigüedad que el presunto infractor; y, Un Oficial de justicia de mayor grado o antigüedad que el presunto infractor, de existir en el orgánico, caso contrario actuará el Oficial de Justicia de mayor jerarquía dentro de la Fuerza (...).* **c)** La norma manifiesta que deben ser cuatro oficiales de mayor grado o antigüedad que el presunto infractor; **y** un oficial de justicia de mayor grado o antigüedad que el presunto infractor (...). Debe notarse que la norma establece la conjunción “y”, la misma que conforme lo establece el DRAE sirve para *unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo. Si se coordinan más de dos vocablos o miembros del período, solo se expresa, generalmente, antes del último (...)*” Por otra parte en la técnica legislativa se dice que: *“Un modo útil de indicar si los incisos son acumulativos o no es colocar la conjunción “y” o te conjunción “o” a continuación del punto y coma del penúltimo inciso. En el primer caso, con “y”, los incisos serán acumulativos; en el segundo, con “o”, alternativos (...)*”. Lo que permite colegir que el texto reglamentario determina que se trata de incisos acumulativos, que son dos componentes distintos, que deben comparecer de manera autónoma para la conformación del Consejo de Disciplina. **d)** La norma contenida en el artículo 81, literal b) es clara y se trata de miembros diferentes, con funciones distintas. El asesor jurídico se entiende que es designado con la única finalidad de verificar que se dé cumplimiento al debido proceso, es decir que se dé cumplimiento estricto a las normas reglamentarias, de ahí que no se puede concentrar las funciones de presidente del Consejo de Disciplina, con las del asesor. El

²⁵³ *Ibíd.* art. 42, lit. c).

presidente del Consejo es quien dirige la audiencia, no quien asesora. Por otra parte el propio reglamento establece en el artículo 92 que: (...) el Presidente dirigiéndose a todos los concurrentes emitirá su juramento de proceder fiel, imparcial y legalmente. *Luego dirigiéndose a los vocales, asesor jurídico y al secretario les tomará el correspondiente juramento.* De lo que se colige que el presidente es una persona distinta al asesor jurídico. No el mismo [...].²⁵⁴

Este caso si bien es cierto revestía de mucha trascendencia para la disciplina militar, puesto que se pretendía sancionar a personal militar que no habían cumplido con su deber al abandonar el servicio de guardia o de semana, el Ministerio de Defensa Nacional ha pretendido dejar sentado las funciones que cada miembro debe cumplir al interior de un Consejo de Disciplina, lo que permite salvaguardar el debido proceso, en la garantía del numeral tercero del artículo 76 de la Constitución de la República que determina: “[...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.²⁵⁵

Décimo caso

El presente caso se suscita en la Escuela Superior Naval, ubicada en la ciudad de Guayaquil, en donde se instaura un Consejo de Disciplina en contra de una señorita Guardiamarina, quien es sancionada con la separación de la Institución, al habersele encontrado responsable en lo previsto en el numeral 9 del artículo 51 del Manual del Guardiamarina, que señala la prohibición de mantener relaciones sentimentales entre guardiamarinas, tripulantes, empleados civiles u oficiales de sexo opuesto, dentro y fuera de la Escuela. La sanción se impone en razón que un señor Teniente de Navío, registró el armario de la señorita Guardiamarina, encontrando cartas de amor.²⁵⁶

Una vez agotadas las vías de impugnación la señorita Guardiamarina interpone un Amparo Constitucional, el mismo que en primera instancia es negado, sin embargo en apelación, el entonces Tribunal Constitucional concede la acción de Amparo a favor de la accionante, considerando entre otras cosas que:

El señor Tnnv [...] quien no se encontraba de guardia, ingresó hasta el área donde funcionan los dormitorios de las cadetes de la Escuela, para pasar revista,

²⁵⁴ Ecuador. Ministerio de Defensa Nacional, Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el Consejo de Disciplina del Batallón de Infantería Motorizado No. 1 “CONSTITUCIÓN”, 09 de abril de 2015.

²⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador, Art. 76, num 3.

²⁵⁶ Para este caso se debe mencionar que, al interior de las Escuelas de Formación, cuentan con su propio reglamento disciplinario, sin embargo, por su trascendencia se expone en el presente trabajo.

procediendo a revisar el closet de la accionante, violando palmariamente y notoriamente la correspondencia privada de la misma, revisando todos sus documentos y pertenencias, hurgando frenéticamente hasta hallar en el interior de una bolsa de plástico, [...] varias cartas y mensajes enviados por el guardiamarina de 4to. Curso [...] Todos los integrantes de la Escuela Superior Naval, tenían conocimiento de las acusaciones que pesaban sobre la recurrente, [...] de esta manera, se violó el número 1 del Art. 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el siglo XXI, se deben abandonar esas visiones unilaterales y sesgadas de la realidad. [...] Constitucionalmente las pruebas a realizarse sobre personas serán factibles, siempre que no afecten su dignidad, y en caso de practicarse se protegerá su honor, su reputación, la vida privada, la imagen y confidencialidad del examinado [...] bajo ningún concepto los Magistrados Constitucionales se oponen al criterio de que éstas, como otras instituciones gozan de autonomía, y están plenamente facultadas para adoptar decisiones de carácter administrativo, pero siempre que los procedimientos previos para llegar a tales decisiones no se opongan a las garantías constitucionales [...] Las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales resultan plenamente ineficaces, lo cual guarda plena armonía con un estado social de derecho. Así, el tema de la prueba ilícita se halla inmerso dentro del debido proceso, siendo susceptible por consiguiente de la aplicación de la cláusula de exclusión, previsión constitucional que consiste en excluir del arsenal probatorio o en desconocerle valor probatorio a aquellos medios de prueba que al ser obtenidos, recolectados o practicados no se ajusten al debido proceso.²⁵⁷

4.6. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento y ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones

Décimo primer caso

Tiene su origen en el Hospital Naval de Guayaquil, en donde se sigue un Consejo de Disciplina a un señor Marinero quien presuntamente había cometido una falta atentatoria de Abuso de Facultades, al haber agredido a una persona de la tercera edad en la Villa Hogar Esperanza No. 2 “GUAYAS”, regentado por la Fuerza Naval. Estos hechos fueron captados a través de un celular. Durante la tramitación de la audiencia de juzgamiento, se solicitó a los miembros del Consejo de Disciplina la realización una pericia de la grabación como prueba a favor del infractor, situación que no se da paso y se sanciona al militar con la separación del servicio.

El señor Marinero interpone una acción de protección, la misma que en primera instancia es negada, sin embargo, la Corte Provincial de Justicia de Guayaquil, a través de la Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito, revoca la sentencia y dispone su reincorporación a las Fuerzas Armadas, dentro de las consideraciones que hace la corte consta:

²⁵⁷ Ecuador, Tribunal Constitucional, Sentencia No. 134, dictada dentro del caso No. 0134-07-RA, por apelación interpuesta ante resolución del Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil, en Registro Oficial, Suplemento No. 199, 26 de octubre de 2007.

Para el efecto es de hacer conocer lo que expresan imperativamente los Art. 93 y 95 del reglamento de Disciplina Militar que dicen: ‘El presidente mandará a practicar todas las pruebas tanto de oficio o a petición del infractor. Si el Consejo de Disciplina considera que no tiene suficientes elementos de juicio para pronunciar su resolución, o que deben practicarse nuevas pruebas o diligencias, la Presidencia ordenará la suspensión del mismo, señalando nueva fecha de reunión la que no podrá exceder de cinco días plazo’. Con lo que queda claro que para llegar a una sanción, la prueba importantísima era el peritaje del video [...] Los integrantes del Consejo Disciplinario de la Marina, tenía el deber de inmediatamente realizar el peritaje o experticia del video materia de la Litis [...] Más allá de lesionar la seguridad jurídica de las partes, acarrea una grave vulneración a los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva en consideración a que su actuación devendría en arbitrariedad.²⁵⁸

En este caso, una vez dispuesto la reincorporación, el señor Director General de Recursos Humanos de la Fuerza Naval interpone la Acción Extraordinaria de Protección,²⁵⁹ sin embargo la Corte Constitucional, resuelve negando la acción, al manifestar que no existe vulneración de derechos constitucionales. Como se puede observar existió vulneración de la garantía que tiene el militar para que se respeten y se cumplan las normas y sus derechos; la presunción de inocencia; el derecho a la defensa en las garantías de contar con el tiempo y los medios para su defensa, presentar pruebas y contradecir aquellas que se presenten en su contra, y evidentemente la falta de motivación en lo que resuelve el Consejo.

²⁵⁸ Corte Provincial de Justicia del Guayas, Sentencia dictada dentro de la Acción de Protección No. 2013-0086, que siguió, en contra de la sanción impuesta por el Consejo de Disciplina instaurado en el Hospital Naval de Guayaquil.

²⁵⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 141-15-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0958-13-EP, que siguió el señor Carlos Albuja Obregón, en su calidad de Director General de Recursos Humanos de la Armada, en contra de la sentencia expedida por la Tercera Sala de lo Penal, Colutorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, disponible en <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/041-15-SEP-CC.pdf>>, (fecha de consulta: 11 de septiembre del 2016).

Conclusiones

1. El debido proceso constituye un conjunto de derechos y garantías que tienen las personas, dentro de un proceso jurisdiccional o procedimiento administrativo que les permite en cualquier etapa – iniciación, prosecución, resolución y ejecución–, salvaguardar sus intereses legítimos, preservándose de esta manera el Estado constitucional de derechos y justicia, que rige al Ecuador.
2. Los derechos y garantías del debido proceso deben observarse de manera irrestricta, con la finalidad de salvaguardar los derechos determinados en la Constitución de la República, Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y aquellos incorporados a través del bloque de constitucionalidad, tomando en consideración que todos ellos gozan de igual jerarquía y son de aplicación inmediata. Sin embargo, en los procedimientos que se tramitan en las Fuerzas Armadas, dada su especificidad, se deben aplicar aquellas garantías que permitan salvaguardar de mejor manera los derechos del personal militar que se encuentre inmerso en un procedimiento disciplinario y que también permitan el ejercicio pleno de la potestad disciplinaria que tienen las autoridades militares. Es decir, básicamente se debe garantizar el cumplimiento de las normas y derechos del presunto infractor, la presunción de inocencia, el derecho de probar y contradecir, la favorabilidad al momento de aplicación de las normas sancionadoras, el derecho a la defensa en cada etapa o grado del procedimiento, contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, y la motivación de las resoluciones.
3. El Derecho Disciplinario al igual que el Derecho Penal, forman parte del Derecho Sancionador, sin embargo, la infracción que se estudia dentro del Derecho Disciplinario es el quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales por parte del funcionario público; mientras que en el Derecho Penal, se analiza el quebrantamiento de una norma que atenta contra un bien jurídico protegido. El Derecho Disciplinario busca garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético y la eficiencia de los servidores públicos.

4. A través de la relación especial de sujeción, la persona que presta sus servicios en la Administración Pública bajo cualquier modalidad, se obliga además del cumplimiento de sus funciones, a orientar su actuación a los principios que forman parte del ejercicio del poder público, so pena que éste le imponga sanciones. La Fuerza Pública, sobrelleva una relación especial de sujeción con el Estado, más intensa que los demás funcionarios públicos, lo que evidentemente puede involucrar una mayor restricción de sus derechos o libertades, pero que de modo alguno implica su supresión. Los miembros de las Fuerzas Armadas tienen una relación especial de sujeción intensa para con el Estado, por cuanto los intereses que protegen tienen que ver con la supervivencia misma del Estado, la defensa de la soberanía e integridad territorial.

5. La Fuerzas Armadas ecuatorianas, con sustento a lo previsto en los artículos 160 y 188 de la Carta Fundamental, y por remisión reglamentaria que realiza la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, para normar su régimen disciplinario cuenta con el Reglamento Sustitutivo de Disciplina Militar, –emitido mediante Acuerdo Ministerial–, el mismo que regula la potestad disciplinaria, las faltas, el procedimiento, impugnación y registro de las sanciones. El RSRDM, prevé sanciones para el cometimiento de faltas leves, graves y atentatorias, a las cuales les corresponde un procedimiento distinto. Sin embargo, el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar contraría lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 76 la Constitución de la República del Ecuador, que impone que las infracciones disciplinarias y sus correspondientes sanciones se encuentren previstas con antelación a la acción u omisión, en una ley, constituyéndose de esta manera en la principal vulneración de garantías constitucionales del debido proceso; que con la existencia de faltas disciplinarias que contienen conceptos jurídicos indeterminados o tipos en blanco, que permiten a la autoridad militar de una manera subjetiva imponer sanciones arbitrarias, constituyen una vulneración al principio de legalidad.

6. En los procedimientos disciplinarios que se instauran al interior de las Fuerzas Armadas, a partir de los casos expuestos en este trabajo, se puede evidenciar que existe una equivocada interpretación y aplicación de los preceptos determinados

en la normativa disciplinaria interna; así como, de aquellas garantías previstas en la Constitución de la República del Ecuador, que son aplicables para este tipo de procedimientos, como el deber de garantizar el cumplimiento de las normas y derechos del militar involucrado en un procedimiento disciplinario, la presunción de inocencia, el derecho de probar y contradecir las pruebas presentadas por la autoridad sancionadora, la favorabilidad al momento de aplicación de las normas sancionadoras, el derecho a la defensa en cada etapa o grado del procedimiento, contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa; y, la obligación de motivar las resoluciones que se adopten.

Bibliografía

Normativa nacional

- Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.
- Código Orgánico de la Función Judicial [2009]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.
- Código Orgánico General de Procesos [2015]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.
- Ley Orgánica de Educación Intercultural [2011]. [Quito]: Asamblea Nacional, s.f.
- Ley Orgánica de la Defensa Nacional [2007]. [Quito]: Congreso Nacional, s.f.
- Ley de Personal de las Fuerzas Armadas [1991]. [Quito]: Congreso Nacional, s.f.
- Ley de Seguridad Pública y del Estado [2009]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.
- Ley Orgánica de Servicio Público [2010]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, [1993]. [Quito]: Congreso Nacional, Plenario de las Comisiones Legislativas, s.f.
- Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, [2011]. [Quito]: Presidencia de la República): 25.
- Reglamento para los Consejos de Oficiales Superiores y Subalternos de Fuerza [1991]. [Quito]: Ministerio de Defensa Nacional, Acuerdo Ministerial, 09 de mayo de 1991.
- Reglamento de Disciplina Militar [1998]. [Quito]: Ministerio de Defensa Nacional, 08 de agosto de 1998.
- Reglamento de Disciplina Militar [2008]. [Quito]: Ministerio de Defensa Nacional, 15 de diciembre de 2008.
- Presidencia de la República del Ecuador, “Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la Administración Pública” [2002], art. 10 ([Quito]: Decreto Ejecutivo No. 3179, publicado Registro Oficial No. 686, 18 de octubre de 2002): 1.
- Presidencia de la República del Ecuador. “Estatuto del Régimen Jurídico de la

Función Ejecutiva, [2002]. Art. 178 ([Quito]: Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado Registro Oficial No. 536, 18 de marzo de 2002): 65.

Normativa internacional

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 06 de agosto de 1984.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, 24 de enero de 1969.

Sentencias nacionales

Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Sentencia No. 025-09-SEP-CC, dictada dentro de los casos acumulados No. 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP, que siguieron Mario Joselito Estrada, Benito Ramiro Gómez Ruiz y Manuel Oswaldo Tanicuchi Yandún, en contra de la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la ex Corte Suprema de Justicia.

Corte Constitucional del Ecuador, para el Período de Transición, Sentencia No. 015-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0135-09-EP, que siguió la Subsecretaria General Jurídica del Ministerio de Finanzas, en contra de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo del Guayas.

Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia No. 027-09-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0011-08-EP, que siguió el Alcalde Metropolitano de Quito, en contra de la sentencia expedida por los Jueces de la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo.

Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Sentencia No. 140-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1739-10-EP, que siguió el señor por Jaime Robles Cedeño, Director Regional de la Procuraduría General del Estado, y otro, en contra de la sentencia expedida la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Manabí.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 006-14-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1026-12-EP, que siguió el doctor Marco Carrillo Carrillo, en contra de la sentencia expedida por los Jueces de la Sala Especializada de lo Penal

de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 028-16-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1729-11-EP, que siguió el señor Marcos Alberto Muentes Intriago, en contra de la sentencia expedida por Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 041-14-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0777-11-EP, que siguió el señor Washington Serrano Gómez, en contra de la sentencia expedida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 076-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1242-10-EP, que siguió la señora María del Carmen Pazmiño Gavilánez Directora del Instituto de Patrimonio Cultural, en contra de la sentencia expedida por la Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 108-15-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0672-10-EP, que siguió el señor William Reyes Cuadros, en contra de la sentencia expedida por la Sala de lo laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayas.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 224-12-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1863-10-EP, que siguió el señor Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio de la procuraduría General del Estado, en contra de la sentencia expedida la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 228-16-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 1460-15-EP, que siguió el señor Johnny Eduardo Pérez Zamora, en contra de la sentencia expedida por la Sala Especializada de la Familia Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 300-15-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 2165-13-EP, que siguió el abogado Julio César Molina, en contra de la sentencia expedida por Jueza Sexta Adjunta de Tránsito de Pichincha.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 141-15-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0958-13-EP, que siguió el señor Carlos Albuja Obregón, en su calidad de Director General de Recursos Humanos de la Armada, en contra de la sentencia expedida por la Tercera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de

la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Disponible en Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Resolución No. 0916-2013-SP, dictada dentro de la causa No. 1234-2012, dictado por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, dentro del Recurso de Casación interpuesto por el señor Jorge Llumiquinga, en contra de la sentencia emitida por la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sentencia emitido por la Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia dentro del Recurso de Casación No. 0244-2007, planteado por Dávila Zurita Gina Elizabeth.

Corte Provincial de Justicia del Guayas, Sentencia dictada dentro de la Acción de Protección No. 2013-0086, que siguió, en contra de la sanción impuesta por el Consejo de Disciplina instaurado en el Hospital Naval de Guayaquil.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro del Recurso de Casación No. 0313-2006, planteado por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, CAE, respecto de la sentencia expedida el 14 de marzo de 2006 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sentencia emitido por la Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia dentro del Recurso de Casación No. 00884-2010, planteado por Coque Chiriboga Hilda Beatriz.

Ex Tribunal Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 134, dictada dentro del caso No. 0134-07-RA, por apelación interpuesta ante resolución del Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil. En Registro Oficial, Suplemento No. 199, 26 de octubre de 2007.

Sentencias internacionales

Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sentencia del 16 de septiembre de 2003, rad. 19971473.01. Seguido por el Ministerio Público en contra de Temístocles Ortega Narváez.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-181/02, dictada dentro de la Demanda de Inconstitucionalidad planteada por Carlos Iza serrano, contra los artículos 9, 20,25, 27,29, 30 y 40 numeral 8 de la Ley 200 que establece el Código Disciplinario Único.

- Colombia. Corte Constitucional, sentencia No. C-769/98, dictada dentro de la Demanda de Inconstitucionalidad planteada por Carlos Fernando Muñoz Castrillón, contra el artículo 25, numeral 8 de la Ley 200 que establece el Código Disciplinario Único.
- Corte Constitucional de Colombia., Sentencia No. C-899/11, dictada dentro de la Demanda de Inconstitucionalidad planteada por David Roa Salguero, contra el artículo 19, inciso 2 de la Ley 1123 que establece el Código disciplinario del Abogado.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-442/92, dictada dentro del Proceso de Tutela No. 1070, planteada por Johnny José Daccarett Giha, en contra de la Superintendencia de Cambios.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-181/02, dictada dentro del expediente No. D-3676 de demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 9, 20, 25, 27, 29, 30, 44 de la ley 200 de 1995, planteada por Carlos Isaza Serrano.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. SU-901/05, dictada dentro del expediente No. T-905903 de Acción de Tutela, de José Gabriel Silva Riviere contra la Procuraduría General de la Nación, por un fallo disciplinario.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-030/12, dictada dentro de la demanda de inconstitucionalidad, planteada por Silvio San Martín Quiñones Ramos, contra el artículo 34 numerales 2 y 6 (parciales), y artículo 48 numeral 45 (parcial) de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-538/16, dictada dentro de la Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, planteada por Ramón Suárez Robayo.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-818-05, dictada dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, planteada por Ernesto Matallana Camacho.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, [sentencia de 2 de febrero de 2001, caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá].
- Segunda Sala de Corte de Justicia de la Nación Mexicana, Sentencia No. 89/2007, dictada dentro del Amparo de Revisión en un proceso de remoción de

miembros de instituciones policiales, Cinco votos, Juez Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Tomo XXV, semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época.

Documentos institucionales

Corte Nacional de Justicia, *Ratio decidendi, Obiter dicta*, 1ª ed. Quito: Editorial de la Corte Nacional de Justicia, 2014.

Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador. Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el señor Comandante de la Aviación Naval. 07 de junio de 2012.

Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador. Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el señor Director de Sistemas Tecnológicos del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. 21 de septiembre de 2012.

Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador. Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el señor Director Regional de los Espacios Acuáticos Insular. 16 de octubre de 2013.

Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador. Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el Consejo de Disciplina instaurado en la Brigada de Selva No. 17 “PAZTAZA”, 26 de noviembre de 2014.

Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador. Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el Consejo de Disciplina de la Unidad de Tarea 2.1 “BIMESM”, 15 de septiembre de 2015.

Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador. Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el señor Comandante del Grupo de Defensa, 09 de septiembre de 2014.

Ministerio de Defensa Nacional del Ecuador. Resolución emitida dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, planteado en contra de la sanción impuesta por el Consejo de Disciplina del Batallón de Infantería Motorizado No. 1 “CONSTITUCIÓN”, 09 de abril de 2015.

Procuraduría General del Estado del Ecuador, Consulta efectuada a la Procuraduría General del Estado, por parte del Ministerio de Defensa Nacional. En Registro Oficial, No.374, 4 de julio de 2008.

Procuraduría General del Estado del Ecuador. Consulta efectuada a la Procuraduría General del Estado, por parte del Ministerio de Defensa Nacional. En Registro Oficial No. 374, 04 de julio de 2008.

Procuraduría General del Estado del Ecuador. “Absolución de consultas de Procuraduría General del Estado, parte 70” [2008]. ([Quito], extracto de consultas julio 2008, publicado Registro Oficial Suplemento No. 428, 18 de septiembre de 2008): 12.

Autores

Alonso Timón, Antonio J. “Algunas reflexiones breves acerca de la potestad sancionadora de la administración en tres ámbitos “sensibles”: urbanismo, tributario y seguridad vial”, *Revista Anuario jurídico y económico escurialense*, Madrid: No. 43, 2010.

Agudelo, Martín. “El debido proceso”, *Opinión Jurídica: Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, Medellín: Vol. 4, No. 7 2005.

Ávila Santamaría, Ramiro. “Los principios de aplicación de los derechos”. En Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Baca Oneto, Víctor Sebastián. “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora?” Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. Buenos Aires: ponencia IV Congreso Internacional de Derecho administrativo del 15, 16 y 17 de septiembre de 2010

Bacre, Aldo. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires. 1992. En Benigno Cabrera Acosta, “Teoría General del Proceso y de la Prueba”, *Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez*, 6ª ed. 1996.

Benavides Ordóñez, Jorge. “Los derechos humanos como expresión del iusnaturalismo racionalista”. En Jorge Benavides Ordóñez, edit., *Los derechos humanos como norma y decisión. Una lectura desde la filosofía política*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

- Cano Campos, Tomás. “La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico”. *Revista de Documentación Administrativa*, No. 284-285, 2009.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. t. II.1ª ed. Lima: Palestra Editores. 2010.
- Castillo Blanco, Federico e Ildefonso Huertas, Rosa María. “La renovación de la dogmática del Derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social”. *Revista de Administración Pública*, No. 158. Madrid: CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Clavijo Ramírez, Soraya. “El deber como referente para determinar el agotamiento de la falta disciplinaria. Línea jurisprudencial”. En José Patrocinio Castañeda, edit., *Lecciones de Derecho Disciplinario*, Tomo I. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2006.
- Cordero, Eduardo. “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 1er semestre. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal*. En Franklin Ruilova Arce, “Inobservancia del Debido Proceso en los procedimientos coactivo, remate de prenda y venta con reserva de dominio”, Guayaquil: ediciones Edilex S.A., 2004.
- De Asís, Rafael. *El juez y la motivación en el derecho*. Madrid: Editorial DYKINSON, 2015.
- De la Rúa, Fernando, *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1991.
- Del Rosario Rodríguez, Marcos. “El Bloque de Constitucionalidad”. *Revista de Derecho*, Vol. 14. Madrid: 2013.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. t. I. 5ª. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*, 3ª. ed. Bogotá: Editorial Universidad, 2002.
- Dromi, Roberto. *Acto administrativo*, 4a. ed. Madrid: Ciudad Argentina Hispania Libros, 2008.

- Enríquez, José María y José Luis Muñoz de Baena. *Educación plena en Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2014.
- Fernández Cruz, José Ángel. "Conciencia jurídica del pueblo y reserva de ley (Sentencia del Tribunal Constitucional)" en: *Revista de derecho Valdivia*, Segundo semestre, Santiago: No. 2, 2009.
- Falcón, Enrique. *Tratado de la prueba, Civil, Comercial, Laboral, Penal, Administrativa*, t.1, 1ª. ed. Buenos aires: Editorial Astrea, 2003.
- Fix Zamudio, Héctor *Ejercicio de las Garantías Constitucionales sobre la eficacia del proceso*. Madrid. 1985. En María Cristina Chiabra, "El debido Proceso legal y la Tutela Jurisdiccional Efectiva: más similitudes que diferencias" *Revista de Temas Constitucionales*, No 14, 2010.
- Forero, Rory. "Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: Análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo". *Diálogos de saberes*. No. 25. Segundo semestre, 2006.
- Flores Jiménez, Fernando. "El procedimiento administrativo sancionatorio". En Marco Morales Tobar, edit. *Descentralización, Administración Pública y Constitución*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2005.
- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de derecho Administrativo*, t. I. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2001.
- Gil García, Luz Marina, Gloria García Coronado y Raúl Hernando Esteban García, "Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto", en: *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*. vol. XII, No. 23. 2009.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. "El derecho disciplinario como disciplina jurídica autónoma", en: *Revista de Derecho Penal y criminología*. No. 95, vol. 33, 2012.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. "La ilicitud sustancial". En José Patrocinio Castañeda, edit. *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Tomo I. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2006.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. 3ª. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- González, Gómez y otros. *Estudios de derecho penal*. t. I. 1ª ed. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. 2010.
- Gordillo, Agustín. "El procedimiento administrativo", Parte General I. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1963.

- Agustín Gordillo, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y Ejecutoriedad”, Capítulo V. Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1963.
- Gosálbez Pequeño, Humberto. *El procedimiento administrativo sancionador: teoría y práctica*. Madrid: Dykinson, 2012.
- Gozaini, Osvaldo. “El debido proceso constitucional. Reglas para el Control de los Poderes desde la Magistratura Constitucional”. *Revista Cuestiones Constitucionales*, No. 7. 2012.
- Granda Aguilar, Víctor. *Operación explosión. La muerte de Guadalupe Larriva*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2008.
- Guastini, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell Miguel, ed. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.
- Hakansson, Carlos. “El impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las constituciones iberoamericanas”, disponible en: <<http://dadun.unav.edu/handle/10171/17352>>.
- Herrera Carbuccia, Manuel Ramón. “La sentencia”. *Revista Gaceta Laboral*. No. 1, vol. 14. 2008.
- Iñiguez Ríos, Paúl. “El derecho de no incriminación”. *Revista Ensayos Penales*, No.2. Marzo 2013.
- Jellinek, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM., 2004.
- Kaplan, Marcos. *Los grandes principios de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.
- Linares, Juan Francisco. *Razonabilidad de las Leyes: El debido proceso como Garantía Innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires. 1970. En María Cristina Chiabra, “El debido Proceso legal y la Tutela Jurisdiccional Efectiva: más similitudes que diferencias” *Revista de Temas Constitucionales*, No 14, 2010: 130.
- Lora, Huergo. “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo”. *Revista de Administración Pública*, No. 145. Madrid: CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Mantilla y otros, Julissa. *El Estado contra los derechos: pena de muerte, violencia de*

- género y autoamnistía en la jurisprudencia supranacional*. Lima: Palestra ediciones, 2007.
- Manzano, Ángela. *La prueba en el procedimiento administrativo*. 1ª ed. Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 2013.
- Márquez, José Wilson. “La problemática del jurado de conciencia en el contexto de la justicia criminal en el Estado Soberano de Bolívar: 1860-1880”. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4190842>>.
- Martínez Dalmau, Rubén. “Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional”. En Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2008.
- Mattiez, Albert. *La Revolución Francesa*. Barcelona 1935. En Carlos Sánchez Viamonte, “Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa: La Asamblea Nacional y los Derechos del Hombre”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2015.
- Montaña Pinto, Juan. “Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales”. En Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, edit. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Pabón Ana y otros. “el debido proceso como derecho fundamental de los estudiantes universitarios en los procesos sancionatorios adelantados por las universidades: un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942123>>.
- Pinto, Juan Montaña. “La Constitución como fuente directa del Derecho”. En Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del derecho Constitucional, 2012.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Morera Cruz, José. “Dos casos sobre procedimiento y sanciones en el derecho tributario colombiano sanción por el envío de información errada y sobre el principio de no retroactividad”. Disponible en:

<<http://portal.uasb.edu.ec:2066/lib/uasbsp/reader.action?docID=10336987&pg=7>>.

- Mosquera, Héctor. “El debido proceso como Institución”. *Revista Ensayos Penales*, No.10. Septiembre 2014.
- Niebles, Osorio Edgardo. *Análisis al debido proceso*. 1ª. ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2001.
- Nogueira, Humberto. “Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la convención americana de derechos humanos”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 2, vol. 2. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. 2004.
- Ossa Arbeláez, Jaime. *Derecho administrativo Sancionador. Una Aproximación Dogmática*. 2ª. ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 2009.
- Oyarte, Rafael. *Debido Proceso*. 2ª.ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Pagano, Francesco. *El debido proceso*. Bogotá. 2005. En Gustavo Cuello Iriarte, “El Debido Proceso”, *revista Vniveritas* 2005.
- Polo Cabezas, María Fernanda. “Reparación integral en la justicia constitucional” En Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, edit. *Apuntes de Derecho Procesal constitucional*. Quito: Corte Constitucional para el Período en Transición, 2012.
- Quintana López, Tomás. La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos”. *Revista Documentación Administrativa*. No. 282-283 Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2009.
- Ramírez Torrado, María Lourdes. “La reserva de ley en materia sancionadora administrativa colombiana”. *Revista Jurídicas*. No. 1, Vol.06, Manizales: No. 1, 2009
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª, ed., 2 vol. Madrid: Espasa, 2001.
- Rebollo Puig, Manuel y otros. *Panorama del derecho administrativo sancionador en España*. Bogotá: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2009.
- Rey, Sergio. “La Constitucionalización del procedimiento administrativo en Colombia y su incidencia en el control de la administración”. Ponencia, II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, “Control de la Administración Pública”, México, 30 de abril de 2005.

- Rodríguez, “Javier. Deporte y derecho administrativo sancionador”. Disponible en <<http://portal.uasb.edu.ec:2066/lib/uasbsp/reader.action?docID=11046301>>.
- Román Cordero, Cristian “Castigo en el Derecho Administrativo”. Disponible en <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/16009/16524>>.
- Ruilova Arce, Franklin. *Inobservancia del Debido Proceso en los procedimientos coactivo, remate de prenda y venta con reserva de dominio*. 1ª. ed. Guayaquil: ediciones Edilex S.A., 2004.
- Sánchez Viamonte, Carlos. *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa, Emancipación Norteamericana y Revolución Francesa*. México, D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.
- Santamaría Pastor, Juan. *Fundamentos de derecho administrativo*. Madrid, 1988. En María Lourdes Ramírez, “Consideraciones a la figura de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español”, *Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana*, I semestre, 2009.
- Santofimio, Jaime Orlando. “Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez”. México: Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- Satrústegui, Miguel. “La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval”. Disponible en <<http://www.seminariomartinezmarina.com/ojs/index.php/historiaconstitucional/article/view/232/205>>.
- Silva Portero, Carolina. “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?” En Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Tomillo, Manuel. “La distinción entre la infracción administrativa y el delito”. En Manuel Gómez Tomillo y Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2ª.ed. Pamplona: Aranzadi, SA, 2010.
- Tribín Echeverría, Fernando. “Crítica de la doctrina de la ‘degradación’ de la presunción de inocencia en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia”, *Revista Umbral Científico*, No. 16. Bogotá: Universidad Manuela Beltrán Colombia, 2010.
- Velásquez, María. “La carta magna de Inglaterra” disponible en:

<[http://portal.uasb.edu.ec:8888/docview/1436156724?accountid=8308\(1996\)](http://portal.uasb.edu.ec:8888/docview/1436156724?accountid=8308(1996))>
>.

Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1999.

Wilhelmi, Marco Aparicio. “Derechos: Enunciación y principios de aplicación”. En Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Yépez Andrade, Manuel. *El debido proceso en la nueva constitución de la República del Ecuador*. 2ª ed. Quito: Editorial Ecuador F.B.T. Cía. Ltda., 2011.