

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

**La prejudicialidad penal para la imposición de sanciones en
infracciones graves y gravísimas contempladas en el Código Orgánico
de la Función Judicial**

Ximena Elizabeth Segura Martínez

Tutor: Milton Velásquez Díaz

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Ximena Elizabeth Segura Martínez, autora de la tesis intitulada “La prejudicialidad penal para la imposición de sanciones en infracciones graves y gravísimas contempladas en el Código Orgánico de la Función Judicial”, 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 Derecho Procesal 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 los formatos virtual, electrónico, digital, 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.

31 de enero de 2020

Firma: _____

Resumen

El Consejo de la Judicatura es constitucionalmente, el órgano administrativo de vigilancia y control disciplinario de la Función Judicial. De ahí que, en el ejercicio de sus competencias, dicho organismo tiene un papel trascendental para lograr una administración de justicia imparcial, independiente, eficaz y transparente para la sociedad ecuatoriana. El Consejo de la Judicatura tiene la potestad jurídica para imponer sanciones disciplinarias ante infracciones que pongan en riesgo el buen nombre y adecuado funcionamiento que debe tener la Función Judicial. En ese sentido, el Cuerpo Legal que rige a esta Función del Estado, establece infracciones leves, graves y gravísimas y sus correspondientes sanciones, que van desde una amonestación escrita hasta la destitución. En cuanto a infracciones graves y gravísimas, vemos que, las conductas tipificadas como ilícitos disciplinarios podrían verse comprometidas con la administración de justicia, cuando el Código Orgánico de la Función Judicial tipifica, infracciones que se encuentran, además, prescritas como ilícitos penales. Lo que da lugar a la consideración de la prejudicialidad heterogénea penal en el ámbito de las sanciones administrativas, importante en razón de que en su aplicación o inaplicación podrían verse afectados principios del debido proceso como el de tipicidad, presunción de inocencia y *non bis in ídem*, que deben ser respetados en todo proceso por expreso mandato de la Constitución de la República. En este contexto, el presente trabajo inicia con la definición de la figura jurídica prejudicialidad, su desarrollo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sus características y clases; un breve análisis sobre el derecho disciplinario y sus diferencias con el derecho penal, ambos, parte del *ius puniendi* estatal; los principios del debido proceso que tendrían relación con dicha figura jurídica; para finalmente, al abordar las infracciones graves y gravísimas establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial, analizar si le es o no aplicable la prejudicialidad heterogénea penal y en qué medida dichos principios, podrían verse afectados o limitados.

Palabras clave: prejudicialidad, derecho disciplinario, debido proceso, tipicidad, *non bis in ídem*, presunción de inocencia, independencia de la Función Judicial

A mi padre, el doctor Ángel Riquelme Segura Lara, de quien recibí las primeras instrucciones teóricas y prácticas para la abogacía y quien me enseñó e inculcó a ejercer el Derecho con responsabilidad, honestidad y dedicación.

A mi amada mamita, a quien honraré por siempre, cumpliendo mi trabajo con entrega, solidaridad y amor, como ella me enseñó.

A mis sobrinos Arianna e Isaac, ojalá el jugar a ser abogados, un día sea una realidad.

Agradecimientos

A Dios, porque todo buen don y buena dádiva provienen de Él.

A mis amados padres Ángel y Bélgica; por tanto y todo. Es por ustedes que he podido lograr esto. Todo es insuficiente para honrar y agradecer tanto amor y entrega por sus hijos. A mis hermanos Fernando, Mary, Paty, Andrea y Andrés; y a mis sobrinos Arianna e Isaac, por apoyarme y comprender mis ausencias en este trayecto. Por creer en mí, por su ayuda y atenciones.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, reconocida casa de estudios universitarios.

Y, a mi tutor de tesis, doctor Milton Velásquez Díaz, por compartir sus conocimientos conmigo, y su valiosa dirección para la realización de este trabajo.

Tabla de contenidos

Abreviaturas.....	13
Introducción.....	15
Capítulo primero. La prejudicialidad.....	19
1. Definición, naturaleza jurídica y características	19
1.1 Prejudicialidad y requisitos de procedibilidad.....	21
2. Clases de prejudicialidad.....	23
2.1 Por su naturaleza y contenido.....	23
2.2 Según la rama del ordenamiento jurídico.....	26
2.3 Prejudicialidad normativa.....	27
2.4 Otras clasificaciones.....	27
3. La prejudicialidad en el sistema jurídico ecuatoriano.....	29
Capítulo segundo. El derecho disciplinario.....	35
1. El <i>ius puniendi</i> estatal: el derecho penal y el derecho administrativo disciplinario.....	35
2. Naturaleza de la potestad disciplinaria.....	44
3. Fines del derecho disciplinario.....	48
4. Elementos que configuran la infracción disciplinaria Responsabilidad.....	51
5. Principios del procedimiento administrativo disciplinario. Análisis desde la aplicación de la prejudicialidad.....	56
5.1 Principio de legalidad y tipicidad.....	56
5.2 Presunción de inocencia. Ser juzgado ante autoridad o juez competente.....	58
5.3 <i>Non bis in ídem</i>	65
Capítulo tercero. Análisis de procedencia de prejudicialidad penal para la imposición de sanciones por infracciones disciplinarias graves y gravísimas contempladas en el Código Orgánico de la Función Judicial.....	73
1. Breve resumen del procedimiento disciplinario del Consejo de la Judicatura.....	73
2. Análisis de procedencia o necesidad de prejudicialidad según la infracción.....	76

2.1 Faltas estatutarias.....	79
2.2 Faltas a la idoneidad.....	82
2.3 Conclusiones generales aplicables a las Infracciones que a la vez son delitos penales y no se establece prejudicialidad expresa.....	93
Conclusiones.....	105
Bibliografía.....	107

Abreviaturas

CIDH	: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CCE	: Corte Constitucional del Ecuador
CJ	: Consejo de la Judicatura
CC	: Código Civil
COFJ	: Código Orgánico de la Función Judicial
COIP	: Código Orgánico Integral Penal
CP	: Código Penal
CPolec	: Constitución Política del Ecuador
CRec / Constitución:	Constitución de la República del Ecuador
LOEI	: Ley Orgánica de Educación Intercultural
RGLOEI	: Reglamento General Ley Orgánica de Educación Intercultural
LOSCCA	: Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa
LOSEP	: Ley Orgánica de Servicio Público
REPDCJ / Reglamento codificado:	Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura

Introducción

La prejudicialidad es una institución jurídica de vital importancia en un estado social de derecho, pues en su aplicación se encuentran inmersos varios principios y garantías al debido proceso. De ahí que su falta de identificación o incorrecta aplicación, podrían lesionar dichas garantías y consecuentemente, la seguridad jurídica.

Esta figura que —incluso por propio sentido semántico— tiene que ver con la función jurisdiccional, en el Ecuador ha sido abordada principalmente en función de los casos en concreto que se encuentran establecidos en la legislación. Es decir, en el área penal, la decisión previa de otros órdenes jurisdiccionales —generalmente de carácter civil— para continuar o iniciar la acción. Pero muy poco se ha escrito o desarrollado sobre la prejudicialidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria o disciplinaria de la administración pública.

En este contexto, la presente investigación ha permitido evidenciar, que si bien el asunto ha sido objeto de preocupación para algunos sectores del quehacer jurídico, la Función Legislativa poco o nada ha hecho para aclarar los problemas que surgen al respecto, sin que, por ejemplo, se identifiquen en ninguna ley y de forma clara, los casos de prejudicialidad.

Pero, ¿por qué es importante la prejudicialidad para analizar el régimen disciplinario del Consejo de la Judicatura (CJ)? Precisamente porque en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) se hallan tipificadas como infracciones disciplinarias, graves y gravísimas, conductas punitivas que también se encuentran tipificadas como ilícitos penales en el Código Integral Penal (COIP). De ahí que el accionar y decisiones que adopte el Consejo de la Judicatura (en adelante, CJ) en el ejercicio de su potestad disciplinaria y, por otro lado, la administración de justicia, podrían depender la una de la otra, tomando forma la prejudicialidad.

Las definiciones que en la doctrina se encuentran sobre prejudicialidad, generalmente contemplan el ámbito jurisdiccional, sin ampliar el concepto al ámbito administrativo. En todo caso, se han extraído algunas de estas en el ámbito nacional e internacional, lo que ha permitido, concluir en una definición que nos aporta en el análisis objeto de esta investigación.

Muchos de los procedimientos disciplinarios sustanciados por el CJ y que culminaron con sanciones de suspensión o destitución, han sido cuestionados por

presunta inobservancia a las garantías básicas del debido proceso. Por tanto, la presente investigación, respecto a algunas de las infracciones graves y gravísimas tipificadas en el COFJ, que presentan algunas cuestiones relevantes, pero quizás poco claras para su determinación; permite aportar con elementos para establecer, si en el ámbito del ejercicio disciplinario de la Función Judicial, es necesaria la prejudicialidad heterogénea penal y en qué casos.

Para el efecto, luego del estudio dogmático y normativo sobre prejudicialidad, se realiza un análisis sobre el derecho penal y el derecho administrativo disciplinario, en base al cual, con sustento en la tesis que sostienen en su obra sobre teoría y práctica de derecho penal administrativo, los autores Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales, se concluye que entre ilícito penal e ilícito disciplinario existen identidad sustancial. Para luego, derivar en el estudio sobre la naturaleza, fines y elementos propios de la potestad administrativa disciplinaria y su infracción. Cuyo estudio se realiza en base a autores como Alejandro Nieto, Esiquio Sánchez, entre otros. Este análisis, conjuntamente con el de los principios del debido proceso, relacionados con la figura jurídica de prejudicialidad (tipicidad, presunción de inocencia, ser juzgado por juez competente y *non bis in ídem*), nos conduce a que, en el capítulo final, abordemos el examen de las infracciones disciplinarias de la Función Judicial, de forma individual en función del tipo al que corresponda, es decir, estatutaria, faltas a la idoneidad o funcionales. De tal manera que no se llega a la conclusión categórica de que toda infracción que se relaciona directa o indirectamente con un delito, merece prejudicialidad, sino que, se realiza un análisis en función de los bienes jurídicos protegidos y de los elementos que configuran la conducta típica antijurídica.

Capítulo primero

La prejudicialidad

1. Definición, naturaleza jurídica y características de la prejudicialidad

“En una interpretación lata se considera prejudicial toda cuestión cuya previa resolución, por constituir un antecedente lógico de la sentencia, fuera indispensable para pronunciarse sobre el fondo de un litigio”.¹

En este sentido, Devis Echandía, la define como: “aquella cuestión autónoma que constituye un necesario antecedente lógico jurídico de la resolución que debe adoptarse en la sentencia, y que es indispensable resolver previamente por otra sentencia o providencia que haga sus veces, en proceso separado, con valor de cosa juzgada”.²

En la misma línea, Emilio De Llera Suárez, dice que la prejudicialidad se produce ante la presencia de objetos judiciales complejos y que, en sentido estricto, el fenómeno de la prejudicialidad se presenta “cuando para la decisión de fondo sobre un asunto concreto, atribuido legalmente al conocimiento de un determinado órgano jurisdiccional y que constituye el objeto principal del proceso, es necesaria la previa decisión también de fondo sobre otro asunto integrado en aquel (objeto accesorio) que, aisladamente considerado, es susceptible de constituir el objeto de otro proceso distinto”.³

Con los elementos jurisdicción y competencia, Juan Añón Calvente, define a la prejudicialidad como las “cuestiones conexas con la cuestión de fondo que pueden estar atribuidas a la competencia de un tribunal del mismo o diferente orden jurisdiccional, pero pueden dar lugar a un procedimiento y resolución independiente”⁴.

En el ámbito nacional, Digna Flood Garabi en su trabajo monográfico sobre prejudicialidad penal en el ámbito de las sanciones administrativas, bajo el análisis de la prejudicialidad en el sistema judicial, dice que esta “contempla un asunto de resolución

¹ Morcillo, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo*, loc. 11.

² Davis Echandía, *Nociones generales del derecho procesal civil* (Madrid, Aguilar, 1966), 611

³ Emilio De Llera Suárez, “La prejudicialidad”, en *Manual de Organización Judicial*, Víctor Moreno Catena, [dir.], (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 203

⁴ Citado por Javier López y García de la Serrana, en “Cosa juzgada, prejudicialidad y litispendencia: cuestiones controvertidas”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 69 (2019): 7.

previa, que se desenvuelve de forma aislada y que se presenta como prerequisite en el orden y accionar jurisdiccional y [...] administrativo, siendo una resolución de acción previa para que proceda otra acción o proceso”.⁵

Para los fines de la presente investigación, considero útil mencionar la definición de prejudicialidad con la que aporta Mónica Amaquiña Masabanda en su tesis de maestría: “La prejudicialidad es un paso previo que se produce cuando antes de la resolución de una pretensión procesal o en el transcurso de la misma, debe ser resuelto otro proceso, en una instancia distinta, tanto la primera como la segunda, tiene un carácter autónomo e independiente, en razón de la competencia del juez, la misma que ha sido decretada por autoridad de la ley”.⁶

Del estudio de los tratadistas que se ha ocupado de este tema, se observa que no se han determinado características universales de la prejudicialidad. En todo caso, de las definiciones estudiadas, considero que se pueden extraer algunos elementos comunes, que, para efectos de nuestra investigación, nos ayudarán a configurar el concepto de prejudicialidad y a denotar, además, sus características y naturaleza. A continuación, una breve descripción de estos:

Cuestión sustancial autónoma. La prejudicialidad contempla una cuestión importante, no irrelevante, ni accesoria, que limita el conocimiento y resolución de una causa. Esta cuestión debe tratarse en un proceso separado, que —generalmente— es puesto en conocimiento de un órgano distinto al que debe resolver el asunto que la genera.⁷ Al respecto, por ejemplo, Juana Morcillo refiere a Gonzales Pérez, Rivero Ysem y Durand,⁸ para señalar que, cuando hablamos de prejudicialidad, es porque necesariamente, su conocimiento le corresponde a una jurisdicción diferente de aquella a la que pertenece el asunto materia del conflicto principal.

Resolución previa. En palabras de Enrique Jiménez Asenjo, la cuestión prejudicial —en cualquier campo jurídico enfatiza el autor— es la que “se sitúa antes de

⁵ Digna Flood Garabi, "En el ámbito de las sanciones administrativas es necesaria la prejudicialidad penal" (Monografía de especialización superior, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 24

⁶ Amaquiña, *La prejudicialidad en la instauración del sumario administrativo*, 17.

⁷ “La prejudicialidad se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca”. Corte Constitucional República de Colombia, “Auto de 22 de septiembre de 2009 (Prejudicialidad en proceso de constitucionalidad)”, *Expediente CRF-003, 2 de septiembre de 2009*, <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A278-09.htm>

⁸ Moreno, *Teoría y práctica de Las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo: La s posibles contradicciones entre resoluciones de distintos ámbitos jurisdiccionales*.

un juicio o proceso dado (*de pre iudicio*).⁹ En este contexto, cuando hablamos de prejudicialidad, uno de sus elementos principales, es la exigencia de una resolución que tomada dentro de un proceso (civil, penal, administrativo, etc.) debe ser previa al inicio o consecución y resolución de otro proceso sustanciado en una instancia o jurisdicción distinta, sobre el mismo objeto principal de aquel.

Resolución en firme. En base a las definiciones anteriormente consideradas, se tiene que, la prejudicialidad constituye el antecedente lógico jurídico de una resolución. Uno de los elementos que diferencian a la prejudicialidad de otras cuestiones previas es precisamente la existencia de una resolución ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, que pueda considerarse válida para la decisión de fondo en un proceso cuyo conocimiento y decisión es atribuido a la competencia de otro órgano o instancia.

1.1 Prejudicialidad y requisitos de procedibilidad

En este contexto, es pertinente —aunque sea brevemente— referirme a la distinción entre cuestiones prejudiciales, y otras, que si bien son cuestiones procesales previas, comportan diferencias que es necesario remarcar para efectos del análisis que se realizará en el presente trabajo.¹⁰ Las *cuestiones prejudiciales* se conocen en función de la naturaleza de las mismas: civiles, penales, administrativas, etc., pudiendo corresponder su conocimiento a otro órgano o instancia, y, en ocasiones al mismo que conoce el asunto principal, según su competencia. Constituyen cuestiones que afectan al contenido mismo de la resolución, es decir para poder resolver el fondo del asunto.

De tal forma, que, las cuestiones prejudiciales condicionan la decisión del asunto principal generando la suspensión del procedimiento iniciado hasta tanto exista una resolución al respecto. Las cuestiones prejudiciales son “elementos necesarios para llevar a cabo el enjuiciamiento completo del órgano competente”.¹¹

Los *requisitos de procedibilidad* en cambio, son aquellos elementos o condiciones exigidas expresamente por la ley y que determinan la admisión o procedencia de una determinada acción. Sin el cumplimiento o existencia de estos, la autoridad ante quien se la planté puede denegar o rechazar la acción propuesta. A modo

⁹ Emilio Velasco Céleri, “La prejudicialidad en la legislación civil ecuatoriana” en *Sistema de práctica procesal civil*, tomo 1 (Quito, Pudeleco, 1991), 163

¹⁰ Juana Morcillo acertadamente señala que: “aunque todo lo prejudicial antecede no todo lo que antecede es prejudicial”. Morcillo, en *Teoría y práctica de Las cuestiones prejudiciales*, loc. 13.

¹¹ *Ibíd.*, loc. 38

de ilustración podemos citar los requisitos que el art. 113 del COFJ establece para el ejercicio de la acción disciplinaria, cuyo incumplimiento, genera la inadmisión a trámite de la denuncia.

En definitiva, las cuestiones prejudiciales siempre se presentan una vez iniciada determinada acción, de tal forma que si no existe acción no puede existir o generarse una cuestión prejudicial, pues es un “problema” de naturaleza distinta “que surge en el desarrollo del proceso y que requiere un esclarecimiento por otra vía, cuyo resultado es necesario para resolver cualquier cuestión vinculada con ella”,¹² como en el caso de las infracciones disciplinarias que a la vez son delitos penales. Y, los requisitos de procedibilidad constituyen aspectos cuyo incumplimiento da lugar a la inadmisión de la acción que se proponga.¹³

Con base a lo expuesto, para efectos de la investigación planteada en este trabajo, podemos definir a la prejudicialidad, como la cuestión —resolución— jurídica anterior, necesaria para la decisión que debe adoptar una autoridad administrativa con potestad sancionadora. Es decir, la existencia de una resolución firme o sentencia ejecutoriada, como requisito previo para resolver un procedimiento administrativo disciplinario en el ámbito de competencias del ente u órgano correspondiente.¹⁴

¹² Marco Antonio Ulloa Reyna, "Los medios técnicos de defensa", *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 9, No. 8 (29 de junio de 2014): 279-92, doi:10.21503/lex.v9i8.408.

¹³ En virtud de las diferencias anotadas, no se comparte el criterio de Amaquiña Mónica, en “La prejudicialidad en la instauración del sumario administrativo”, respecto a que constituyan una cuestión de prejudicialidad, “los requisitos que debe cumplir un demandante en la tramitación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Es decir, “haber agotado los recursos de la jurisdicción interna del país de origen del reclamo, antes de iniciar la acción en la mencionada Corte”. Puesto que, “las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo” constituye uno de los requisitos que de acuerdo con el artículo 28 del Reglamento de la CIDH debe contener una petición. De ahí que la normativa de dicho organismo establezca también, que “sólo los Estados Partes y la Comisión pueden someter un caso ante la Corte IDH. Las personas no pueden acudir directamente a la Corte IDH, y deben primero presentar su petición ante la Comisión y completar los pasos previstos ante esta”.

¹⁴ Oderigo en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, citado por Amaquiña, *La prejudicialidad en la instauración del sumario administrativo*, 15, sostiene que “las cuestiones prejudiciales no son una elemental creación legislativa, sino que tienen existencia jurídica propia y que se las puede considerar verdaderas, únicamente si aquellas son resueltas por un juez extraño al que conoce la acción principal”.

2. Clases de prejudicialidad

Se ha señalado que la mayor parte de tratadistas que han abordado el tema de la prejudicialidad, lo han hecho desde el ámbito jurisdiccional, principalmente en el campo penal. Sin embargo, de las definiciones aportadas se puede colegir que esta figura jurídica puede presentarse en cualquier ámbito del derecho, incluido el administrativo. Puesto que los elementos que la constituyen no son exclusivos del sistema jurisdiccional, ni del derecho penal.

En ese contexto, existen variados criterios a la hora de establecer las clases de prejudicialidad o de cuestiones prejudiciales. A continuación, se presenta una breve descripción de estas, a fin de —en el análisis de aplicación a realizarse más adelante— ubicar en una de estas categorías, a los casos que abarca este estudio, en los que proceda la prejudicialidad.¹⁵

2.1 Cuestiones prejudiciales por su naturaleza o contenido.

Se clasifican en homogéneas y heterogéneas. Las *homogéneas* se identifican en cuestiones que pertenecen a la misma naturaleza jurídica del objeto principal, es decir, estarían reguladas en el mismo ordenamiento jurídico y pueden ser conocidas por el mismo órgano que conoce el asunto principal.¹⁶

Por su parte, las *heterogéneas* son aquellas cuestiones prejudiciales que son de naturaleza jurídica distinta a la del objeto principal y, en consecuencia, deben ser conocidas por un órgano distinto al que conoce dicho objeto, y por tanto están fijadas en diferentes cuerpos normativos. Esta categoría es considerada por la doctrina como las cuestiones prejudiciales *strictu sensu*, en razón de que se afirma, que, para definir a las mismas, necesariamente debe presentarse el hecho de un objeto que debe ser conocido por otro órgano.¹⁷

Precisamente en esta categoría, se podría ubicar el caso de que, para resolver sobre la comisión de una infracción administrativa disciplinaria, que a la vez constituye

¹⁵ Para el efecto, se toma como base clasificaciones realizadas por autores como Llera, Morcillo, Vaca, Velasco, entre otros.

¹⁶ “Su resolución previa compete al mismo juez que está conociendo el asunto”. Prieto Castro, citado por Velasco, *Sistema de práctica procesal civil*, 172.

¹⁷ Velasco Célleri sostiene que en la prejudicialidad se presentan relaciones entre jurisdicciones o entre competencias distintas, “que significan un juicio que debe ser tratado antes de otros” Velasco, *Sistema de práctica procesal civil*, 163.

un tipo penal, se requiera previamente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional penal competente. Como ejemplo ilustrativo al respecto, se puede citar el caso de violencia sexual en el entorno educativo, que actualmente está en conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dentro del cual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) emitió el Informe de Fondo 110/18, de 5 de octubre de 2018, dentro del caso 12.678. En el mismo que se evidencian los siguientes hechos:

Paola Guzmán, de 16 años de edad, era estudiante del tercer curso en el colegio Manuel Martínez Serrano y, según las denuncias presentadas por su madre, fue víctima de acoso sexual por parte del vicerrector del colegio, Bolívar Espín; producto de lo cual, habría quedado embarazada. Situaciones, que habrán provocado la muerte de la menor, luego de haber ingerido diablillos (fósforo blanco), el 13 de diciembre del 2002.

El caso fue denunciado ante la Fiscalía y la Dirección Provincial de Educación del Guayas. Dentro del proceso penal, en octubre de 2003, la fiscal del caso, emitió su dictamen acusatorio por el delito de acoso sexual y en agosto de 2004, se emitió el auto de llamamiento a juicio en contra del vicerrector. El 1 de septiembre de 2005, la Corte Superior de Justicia reformó la imputación del delito a estupro agravado, por “existir agravantes constitutivas de la infracción, ya que ésta logró el fatal desenlace de la muerte de la menor”.¹⁸

En cuanto al procedimiento administrativo disciplinario ante la Dirección Provincial de Educación del Guayas. Este se inició en diciembre de 2002. En el 2003, se emitió un informe concluyendo que la evidencia demostraba que la menor se enamoró del vicerrector y que no existía certeza de que él hubiera motivado o correspondido dicho enamoramiento. De tal forma que el denunciado no fue sancionado por ninguna infracción de connotación sexual. Sino que, el 30 de diciembre de 2004, el conocimiento del hecho, en esa instancia administrativa, concluyó con sanción por abandono injustificado del cargo del vicerrector denunciado.

Sin embargo, la CIDH ha establecido que la menor (Paola del Rosario Guzmán Albarracín) “fue víctima de violencia en su condición de mujer y niña, incluyendo violencia sexual, por parte del señor Bolívar Espín y por el médico del colegio, Raúl

¹⁸ CIDH, Informe No. 110/18, Caso 12.678 Fondo. Paola del Rosario Albarracín Guzmán y familiares, 5 de octubre de 2018.

Ortega, ambos funcionarios públicos del Estado, y que existe un nexo causal directo entre la situación que Paola vivía en el colegio y su decisión de quitarse la vida.”¹⁹

Como vemos, en el presente caso, la instancia administrativa no tomo en cuenta, en absoluto, el proceso penal ni la sentencia dictada dentro del mismo, en contra del agresor; y, si bien este fue declarado responsable por el delito de estupro, la Dirección Provincial de Educación del Guayas, por su parte, argumentó, que no existían elementos para sancionarlo por infracción administrativa alguna, relacionada con esos hechos. Es decir, no se consideró la aplicación de la figura de prejudicialidad penal. Tanto más que, el ordenamiento jurídico aplicable no establecía dicha figura jurídica.

El ordenamiento jurídico vigente en la materia, esto es, La Ley Orgánica de Educación Intercultural (en adelante LOEI) y su Reglamento General (en adelante RGLOEI) establece algunas reglas y el procedimiento para el caso de infracciones administrativas tipificadas en dicho ordenamiento jurídico, que a la vez constituyen delitos penales.

Así, el artículo 137 de la LOEI establece como prohibiciones dentro del sistema educativo: “Cometer infracciones de acoso, abuso, violencia sexual u otros delitos sexuales”.²⁰ En ese contexto en el artículo 343, numeral 3 del RGLOEI, se determina que, las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos, quienes son competentes para conocer y resolver este tipo de infracciones:

En los casos de delitos sexuales, únicamente debe realizar una investigación conducente a determinar la responsabilidad administrativa y la sanción correspondiente, y a establecer los niveles de riesgo o vulnerabilidad a fin de imponer inmediatamente las medidas de protección necesarias para la víctima. No serán obstáculo las investigaciones penales que sobre este hecho realizaren las autoridades competentes²¹

De ahí que, en el artículo 354 *Ibíd.*, dentro del capítulo de las Infracciones de connotación sexual, se establece las conductas que, para efectos de la sanción disciplinaria y sin perjuicio de lo determinado en el Código Penal y en el Código de la Niñez y Adolescencia, configurarían acoso u hostigamiento sexual en el ámbito educativo, definiendo al mismo como “toda conducta con un contenido sexual que se realizare aislada o reiteradamente, escrita o verbal, gestual o física.”

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Educación Intercultural*, Registro Oficial 417, Segundo Suplemento, 31 de marzo de 2011.

²¹ Ecuador, *Reglamento General Ley Orgánica de Educación Intercultural*, Registro Oficial 754, Suplemento, 26 de julio de 2012.

Como se puede colegir de las citadas normas legales, la LOEI hace una distinción entre infracción administrativa y delito penal en cuanto a conductas relacionadas con cualquier tipo de violencia sexual. De tal forma que establece que, ni siquiera el hecho de que exista una investigación penal sobre dichas conductas es un impedimento para que se sustancie el correspondiente sumario administrativo a fin de investigar y de ser el caso sancionar en ese ámbito (administrativo disciplinario) la comisión de la infracción en el ámbito educativo. La que, conforme el artículo 131 LOEI está definida como “aquellas acciones que se opusieren a las disposiciones establecidas en este cuerpo legal, sin perjuicio de la tipicidad establecida en la Ley”.

La comisión de este tipo de infracciones, esto es, las de connotación sexual, conforme el artículo 133, literal b) *Ibidem*, es sancionada con destitución. La misma que, conforme la citada norma, “no sustituye ni limita las acciones penales a que hubiere lugar en hechos que constituyen delitos”.

Es decir, la Ley, claramente establece que no aplica o se requiere prejudicialidad penal para poder iniciar, sustanciar y resolver un sumario administrativo disciplinario por este tipo de infracciones.

Y, lo que prevé, para dentro del procedimiento administrativo, es la adopción de medidas de protección para la víctima por parte de la Junta Distrital de Resolución de Conflictos, desde que la misma tiene conocimiento del hecho hasta que finalice el procedimiento administrativo. Entre las medidas de protección se tiene la suspensión de labores o funciones del presunto agresor, con derecho a remuneración, y, para el caso de delitos, la obligación de denunciar el hecho ante la Fiscalía, dentro de las siguientes 48 horas de conocido el mismo.

Cabe precisar, en todo caso, y a modo de conclusión que, tanto del caso, como del procedimiento disciplinario citados como ejemplo, se puede ver, cómo la falta de precisión o aplicación sobre prejudicialidad penal en el ejercicio de la potestad disciplinaria de los entes públicos, puede generar pronunciamientos contradictorios entre una y otra instancia, lo que —en mi criterio— afecta la seguridad jurídica.

2.2 Cuestiones prejudiciales según la rama del ordenamiento jurídico

Es decir, se clasifican de acuerdo a la materia que regula el objeto de que se tratan. En este grupo podemos distinguir entre cuestiones prejudiciales penales, administrativas, civiles, laborales, constitucionales, etc. En función de esta clasificación,

se puede decir, que para decidir sobre un asunto concretado a determinada materia (siguiendo el ejemplo anterior: administrativa disciplinaria), se requiere previamente, la resolución del mismo asunto, pero conocida por una jurisdicción (materia) distinta (ejemplo: penal).

2.3 Prejudicialidad normativa

De Llera Suárez en su clasificación de prejudicialidad, señala que la prejudicialidad normativa “se da cuando resulta cuestionada la norma a aplicar en la sentencia para la decisión de fondo del asunto, ya se cuestione su adecuación a la CE o a los Tratados de la Unión Europea, lo que genera una cuestión de inconstitucionalidad”.²²

En ese sentido, vemos que este tipo de prejudicialidad, se presenta ante el hecho de requerirse el pronunciamiento del máximo organismo de interpretación constitucional, cuando una autoridad judicial considere que una norma jurídica es contraria al ordenamiento que rige en un estado determinado. En nuestro ordenamiento jurídico en materia constitucional, no se prevé expresamente, la existencia de este tipo de prejudicialidad.²³

2.4 Otras clasificaciones

La doctrina ha clasificado además a las cuestiones prejudiciales, en *heterogéneas penales, heterogéneas no penales y devolutivas o excluyentes y no devolutivas o no excluyentes*. Esta clasificación en mi opinión, es una interrelación entre las clases de cuestiones antes descritas, me referiré a ellas brevemente, con el interés de que su explicación sirva para identificar elementos de la figura jurídica prejudicialidad.

²² Villagómez Cebrián y Moreno Catena, *Manual de organización judicial*, 204.

²³ Sin embargo, a modo ilustrativo, se puede mencionar el artículo 428 de la Constitución, que establece que, cuando un juez que a petición de parte o de oficio, realice una consulta sobre la constitucionalidad de una norma, deberá remitir el expediente, y suspender tramitación de la causa hasta cuando la Corte Constitucional resuelva sobre la constitucionalidad de la norma, que debe ser en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días. Esto, que conforme lo establecido en el artículo 141 y siguientes de la LOGJCC, constituye control concreto de constitucionalidad; presentado en la forma ahí prevista, evidencia la existencia de un caso de prejudicialidad normativa en el Ecuador. Entre otros aspectos, en razón de que se presentan elementos propios de la definición de prejudicialidad, como el hecho de que, para la resolución de un caso concreto conocido por determinado órgano jurisdiccional, es necesario el pronunciamiento previo de otro.

Se ha explicado que las cuestiones prejudiciales heterogéneas son aquellas cuya naturaleza jurídica difiere de la del objeto principal y son, por tanto, conocidas por otro órgano o instancia. Atendiendo —en mi opinión— este criterio y el de la rama del ordenamiento jurídico al que pertenecen (civil, penal, laboral, administrativo, social, constitucional, etc.), las cuestiones prejudiciales heterogéneas han sido clasificadas además en *heterogéneas penales* y en *heterogéneas no penales*. Por su parte, las heterogéneas, pueden ser, además:

Devolutivas o excluyentes, como la decisión de la cuestión prejudicial le corresponde a otra instancia u órgano distinto del que conoce el asunto, este debe suspender el proceso hasta cuando aquel que debe conocer la cuestión prejudicial resuelva la misma. Provocándose así una exclusión temporal de la jurisdicción o la competencia.

No devolutivas o no excluyentes, cuando el conocimiento y resolución de las cuestiones prejudiciales “se le atribuye al mismo tribunal que conoce de la cuestión principal [...] será resuelta en la sentencia que recaiga sobre el asunto principal como antecedente lógico jurídico de esa decisión que además no producirá efectos de cosa juzgada fuera del proceso”.²⁴

Para concluir este tema, considero importante mencionar las definiciones que algunos tratadistas han dado a la figura jurídica de la prejudicialidad, precisamente en base a la clasificación que de la misma se ha hecho:

Podemos distinguir las cuestiones prejudiciales como aquellas que, siendo de distinta naturaleza jurídico-material a la del asunto principal, constituyen el antecedente lógico jurídico del mismo y pueden ser objeto de juicio autónomo, requiriendo una previa e imprescindible resolución bien por parte del mismo órgano que está conociendo del proceso principal, bien, por remisión de este por parte de órgano competente *ratione materiae*²⁵

Para Durand²⁶

estaríamos ante una cuestión prejudicial cuando durante la tramitación de un proceso ante un órgano jurisdiccional este debe, para poder dar solución al mismo, dilucidar previamente una cuestión que, según el principio de separación de poderes, es de la competencia de otra jurisdicción; partiendo de tal premisa, si tal cuestión presenta una “dificultad real” entonces deberá suspenderse el proceso y las partes acudir a la jurisdicción pertinente para la solución de esta cuestión.

²⁴ Moreno Catena, *Manual de organización judicial*, 204.

²⁵ Morcillo, *Teoría y práctica de Las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo*, loc. 35.

²⁶ *Ibíd.*, 26

3. La prejudicialidad en el sistema jurídico ecuatoriano

En nuestra legislación, como lo habíamos señalado, no se encuentran claramente determinados los casos o causales de prejudicialidad. De hecho, esta figura jurídica es un tema muy poco desarrollado por nuestra Función Legislativa, más aún, la prejudicialidad penal en el ejercicio de la potestad disciplinaria de los servidores públicos.

El artículo 411 del COIP establece que la Fiscalía ejerce la acción pública, y, que podrá abstenerse de ejercerla, cuando se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas. En ese sentido, en el artículo 414 *Ibíd.*, el legislador en forma general, establece la prejudicialidad civil para el inicio de la acción penal (prejudicialidad heterogénea no penal devolutiva), señalando que: “En los casos expresamente señalados por la Ley, si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial”.²⁷

Al respecto, Jorge Blum Carcelén, recuerda a Edmundo Durán Díaz, quien, al tratar sobre las cuestiones prejudiciales en la legislación ecuatoriana, citando a varios autores, señaló que los mismos, no coinciden en la enumeración de las cuestiones prejudiciales civiles que finalmente recopiladas por Maximiliano Blum Manzo —citado por el mismo autor— se concretan en los siguientes casos de prejudicialidad civil para el ejercicio de la acción penal: falsedad de documento público,²⁸ concurso de acreedores o quiebra, remoción arbitraria de prenda, disposición arbitraria de bienes con reserva de dominio, el matrimonio en caso de rapto y, el autor agrega delitos de colusión y la defraudación tributaria.²⁹

Hemos mencionado brevemente algunos casos de prejudicialidad en materia jurisdiccional, únicamente para conocer el espectro general de la prejudicialidad en nuestro país. Sin embargo, cabe resaltar que lo que nos ocupa en el presente trabajo

²⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

²⁸ En cuanto a la falsedad de documento, en el artículo 214 del COGEP luego de definir lo que es un documento falso, en el inciso segundo se establece primero, que la falta de declaración de la falsedad de un instrumento público no impedirá el ejercicio de la acción penal, pero que, iniciado el enjuiciamiento civil para tal efecto, no se podrá promover proceso penal hasta la obtención de dicha declaración.

²⁹ Jorge M. Bloom Carcelén, *Prejudicialidad “Falsedad material en documento público”* (Quito, Ecuador: Gaceta Judicial, 2012).

investigativo, es la prejudicialidad penal para el ejercicio del derecho administrativo disciplinario de un organismo público, específicamente del CJ.

Para tal objeto, será oportuno revisar lo que los máximos órganos de justicia en el Ecuador han dicho sobre la prejudicialidad penal en el derecho administrativo, específicamente, para el ejercicio de la acción disciplinaria a los funcionarios públicos. Me remito a dos sentencias expresamente relacionadas al objeto de estudio:³⁰

Sentencia de la ex Corte Suprema de Justicia. Sala de la Contencioso Administrativo. Expediente de Casación 456. Resolución de 14 de noviembre de 2007

En el caso que dio lugar a esta sentencia, un servidor público del Hospital Rafael Rodríguez Zambrano de Manta fue destituido mediante sumario administrativo, por haber incurrido en la causal grave de destitución (tipificada a esa fecha, en el artículo 114, literal c) de la LOSCCA), esto es, por “proferir injurias graves de palabra u obra a sus jefes, compañeros de trabajo o al cónyuge o familiares de ellos hasta el segundo grado de consanguinidad³¹”. Impugnada la resolución de destitución ante el entonces Tribunal Contencioso Administrativo de Portoviejo, el 28 de septiembre de 2004 este resolvió declarar ilegal el acto administrativo impugnado, afirmando que la causal por la cual fue destituido dicho funcionario “requiere previamente de calificación y resolución de Juez penal para que sea admitida en sede administrativa”.³² Esta sentencia fue recurrida por el Director Regional de la Procuraduría General del Estado por indebida aplicación de —entre otras— del artículo 114 literal c) de la LOSCCA, quien sostuvo “que no existe prejudicialidad penal para el desarrollo del sumario administrativo”³³ Una vez subida en grado, la Sala Especializada de la entonces Corte Suprema, casó la misma considerando que:

Para la aplicación de esta disposición disciplinaria, no se prevé en la redacción de la norma precedente lo que en doctrina jurídica se conoce con el nombre de prejudicialidad penal, es decir, el juicio previo, en el que se declare la injuria. Entonces,

³⁰ El análisis parte de dichas sentencias, en razón de que, si en general la Función Legislativa no se ha ocupado de desarrollar con más claridad los casos de prejudicialidad, con menos fuentes normativas se cuenta respecto a la prejudicialidad en el ámbito administrativo disciplinario.

³¹ La LOSCCA fue derogada en la Ley Orgánica de Servicio Público, publicada en el Registro Oficial 294, Segundo Suplemento, 6 de octubre de 2010.

³² Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 456, Sentencia de 14 de noviembre de 2007, Registro Oficial No. 39, Suplemento, 2 de octubre de 2009, 18

³³ *Ibíd.*

la autoridad nominadora, para tomar una decisión de carácter sancionador con fundamento en esta causal, no tiene que acudir a la jurisdicción penal, pues, las sanciones administrativas son independientes respecto de las penas frente a unos mismos hechos. Esta particularidad está dada por la propia naturaleza de las materias y efectos perfectamente definidos que comporta, cada una con su propia sustantividad, procedimiento y tipo de sanción, por lo cual se acepta la infracción del artículo 114, letra c), de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa en relación a la aplicación dada por el Tribunal a-quo.

En el caso *sub-judice*, consta el acto administrativo con el que culmina el acto disciplinario instaurado contra el actor [...] por el cual resuelve destituirlo de conformidad con lo establecido en los artículos 62 literal e) y 114 literal c) de la LOSCCA entonces vigente, en concordancia con el artículo 58 letra e) *ibídem.*- Estas disposiciones del derecho administrativo que infringió el actor tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, y pretenden garantizar que se guarde la disciplina, el comportamiento ético y la moralidad en relación con las conductas de los funcionarios públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios públicos a su cargo.- [...] Esta conducta impropia del actor contraría a las buenas costumbres y a la ley, dice mucho de su personalidad, pues ha dado muestras de ser una persona que no guardaba dignidad en el desempeño de su puesto, afectando al orden y menoscabando el prestigio de la institución a la que pertenecía.³⁴

Vemos en este caso, que la Corte ha determinado que no se requiere de pronunciamiento previo del juez penal para la aplicación de una sanción disciplinaria relacionada con una conducta que, a su vez, está tipificada como delito. Los elementos que se evidencian en los fundamentos de esta sentencia, son los siguientes:³⁵

1. Que la prejudicialidad para ser aplicada, debe estar expresamente tipificada en una norma legal. En el caso, en el cuerpo legal que establece las infracciones disciplinarias.
2. La independencia de las sanciones administrativas respecto de las penales frente a unos mismos hechos.
3. Independencia que a decir de la Corte está dada por la naturaleza y efectos que caracterizan a cada una de ellas. Así como por el hecho de que cada una cuenta con sus propias normas, procedimiento y sanciones.
4. La finalidad de las normas disciplinarias. Respecto de las cuales hace un análisis -a mi criterio subjetivo- sobre la personalidad del funcionario destituido, señalando que su conducta es impropia e indigna, todo esto para destacar que la finalidad de dichas normas es la prevención, buena marcha, disciplina, comportamiento ético y la moralidad de la gestión pública.

³⁴ *Ibíd.*, 18-9

³⁵ Estos —elementos— serán considerados también en el análisis que se desarrollará en el presente trabajo de investigación.

Sentencia de la Corte Constitucional. Primera Sala. Resolución No. 1411-08-RA, de 14 de octubre de 2009

Dos años después de dictada la sentencia referida en el caso anterior, en la que se determinó que no es aplicable y por tanto, necesaria la prejudicialidad penal para iniciar la acción administrativa disciplinaria, la Corte Constitucional, esto es, el máximo organismo de control, interpretación y de administración de justicia constitucional, en un caso de destitución de un funcionario público por la misma causal del caso anterior, dentro de la apelación en una acción de amparo constitucional, resolvió de forma totalmente contraria a la ex Corte Suprema.

La acción constitucional fue planteada ante el Juez Primero de lo Penal de Pichincha (causa 17251-2008-1478) por un servidor de la Dirección Provincial del IESS en Tungurahua, quien el 22 de julio de 2008 fue destituido de su cargo de abogado grado P1, por cuanto, a decir de la autoridad nominadora, no justificó las acusaciones presentadas en contra del Director Provincial, como responsable de un acto de corrupción. Por tal razón, se determinó que el funcionario incurrió —entre otras— en la causal de destitución establecida en el artículo 49, literal e) de la derogada Codificación de la LOSCCA, esto es, “injuriar gravemente de palabra u obra a sus jefes o compañeros de trabajo”. La conducta de la injuria grave, igual que en el caso anterior, se encontraba, además, a la fecha de la destitución del servidor público, tipificada como delito en el artículo 490 del derogado CP. El Juez de primera instancia, en sentencia emitida el 12 de septiembre de 2008, aceptó la acción de amparo constitucional y dispuso la suspensión definitiva del acto administrativo impugnado.

Así las cosas, la Corte Constitucional, una vez que conoció de la apelación presentada por la Dirección General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, estableció desde un inicio, que se pronunciaría sobre “la injuria grave que el recurrente habría proferido al Director Provincial del IESS”³⁶ y consideró lo siguiente:

1. Que la injuria no calumniosa grave es un delito contra la honra de las personas, tipificado en el Código Penal.

³⁶ Ecuador, *Corte Constitucional*, Primera Sala, Resolución No. 1411-08-RA, 14 de octubre de 2009.

2. En tal virtud, se remitieron al principio de inocencia, tipificado en el artículo 24, numeral 7 de la —vigente a esa fecha— Constitución Política del Ecuador (1998).³⁷
3. Adicionalmente, se consideró la garantía del debido proceso, a no ser distraído del juez competente.³⁸
4. Finalmente, que el recurrente fue destituido por un delito que *constitucionalmente* —énfasis añadido— se presume no cometió, en razón de no existir una sentencia de juez penal competente que haya conocido sobre el cometimiento del delito de injuria.
5. Que el Director General del IESS actuó sin competencia por haberle atribuido responsabilidades penales al recurrente.

Con esos elementos, la Primera Sala de la Corte Constitucional, determinó que el acto recurrido violentó los derechos constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica y en consecuencia confirmó la sentencia venida en grado aceptando la acción de amparo propuesta.

En este caso, vemos que, si bien la Corte Constitucional no hizo referencia expresa al término prejudicialidad, estableció claramente, que para iniciar una acción disciplinaria administrativa cuya conducta sancionable se encuentre además tipificada como delito penal, se requiere, en razón del principio de inocencia y la garantía a no ser distraído de juez competente, una sentencia previa de juez penal que declare la comisión del delito. Lo contrario, afirma la Corte, vulnera la seguridad jurídica y el derecho al debido proceso.

Como se dijo inicialmente, la prejudicialidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha sido abordada ni desarrollada ampliamente. Incluso, del análisis de estas dos sentencias se puede ver que las altas Cortes de Justicia del país, tienen criterios contrarios a la hora de fijar la necesidad o no de la prejudicialidad penal para iniciar la acción administrativa disciplinaria.³⁹ Sin embargo, la Corte Constitucional en la última sentencia estudiada, toma en cuenta elementos que podrían dar lugar a considerar la existencia de *prejudicialidad heterogénea penal devolutiva* en el ámbito del derecho

³⁷ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998

³⁸ *Ibíd.*, artículo 24, num. 11.

³⁹ Velasco, *Sistema de práctica procesal civil*, 161: “En nuestro país nadie se ha pronunciado sobre este importante tema de la prejudicialidad [...] y muy esporádicamente se ha enunciado (algo) en los fallos dictados por (las altas Cortes de Justicia)”

administrativo disciplinario, en virtud de que determina, que previo a que la autoridad administrativa continúe con la sustanciación y resuelva un sumario disciplinario, iniciado por la comisión de una infracción disciplinaria que a la vez se halle tipificada como delito, es necesario contar con una sentencia que declare responsabilidad penal.

En ese sentido, como lo menciona Emilio Velasco Céleri, existen situaciones de prejudicialidad que requieren de disciplina y estudio particular por cuanto no se trata de “condiciones de procedibilidad, condición procesal, ni presupuesto procesal”, sino de “relaciones entre jurisdicciones o competencias distintas”.⁴⁰

Del estudio del presente capítulo, tenemos que, la prejudicialidad constituye una cuestión esencial del procedimiento, por la cual, el asunto materia de una acción debe ser conocido previamente por el juez competente, de tal forma que se suspende el proceso inicial, hasta que exista dicho pronunciamiento. Protegiendo de esta forma, las garantías básicas del debido proceso a que tiene derecho todo servidor público sumariado y evitando sentencias y/o resoluciones contradictorias.⁴¹

De ahí que, en mi criterio, es necesario que en nuestro ordenamiento jurídico se identifique y aclare esta figura de prejudicialidad, pues su inexistente o incorrecta aplicación, podría dar lugar a procedimientos en los que se inobserve principios y garantías básicas del debido proceso, como la seguridad jurídica, presunción de inocencia, ser juzgado por juez competente, entre otros, cuyo alcance y relación con la figura de prejudicialidad, será analizado en el siguiente capítulo. En el que previamente se hará referencia al derecho disciplinario como parte del *ius puniendi* estatal y su relación con el derecho penal.

⁴⁰ Si bien el autor en su obra *Sistema de práctica procesal civil* se refiere a la prejudicialidad civil en la legislación ecuatoriana, considero pertinente aplicar sus apreciaciones, pues las mismas son coincidentes con la realidad sobre las cuestiones prejudiciales penales.

⁴¹ Resulta interesante a mi juicio, extraer una cita que hace José Daniel Cesano, en *Cuestiones de prejudicialidad penal: aportes para el estudio de la influencia de la sentencia penal sobre la civil en los procesos de responsabilidad por daños derivados de delitos culposos*, (Córdoba: Alveroni Ediciones, 2001), 14, 5; refiriéndose al caso cfr. [Foro de Córdoba], No. 55, 199: “la prioridad de la jurisdicción penal sobre la civil es (para) evitar sentencias que con el mismo hecho podrían arribar a conclusiones contradictorias. Si esta es la interpretación teleológica que debe hacerse de la norma, en principio, nada indica que su aplicación deba ceñirse solamente a los juicios en los que se demande indemnización por daños derivados de un delito, sino que puede extenderse a todo juicio civil que se halle íntimamente vinculado al resultado de un proceso criminal, pues como se dijo, la finalidad es evitar el escándalo jurídico de las sentencias contradictorias [...]”

Capítulo segundo

El derecho disciplinario

1. El *ius puniendi* del estado: el derecho penal y el derecho administrativo disciplinario

Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, autores en cuya doctrina principalmente fundamento el estudio del presente capítulo, sostienen que los aspectos para analizar el derecho penal y el derecho administrativo sancionador son útiles para establecer la identidad o diferencias entre derecho penal y derecho disciplinario.⁴² De ahí que, a continuación, me referiré a aquellos, por cuanto me servirán de referencia para el análisis de las infracciones disciplinarias que desarrollaré en el siguiente capítulo.

Como se ha señalado, y compartiendo el criterio de Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, el derecho disciplinario es "una manifestación más del *ius puniendi* del Estado, partícipe de la naturaleza de la infracción administrativa y, en consecuencia, sometido a los mismos principios que el Derecho penal, y, en consecuencia, que el resto del Derecho administrativo sancionador".⁴³

Uno de los aspectos considerados a la hora de plantear la mentada diferenciación, es que, las garantías que rigen el derecho disciplinario se ven disminuidas frente a las establecidas en el ámbito general del *ius puniendi* del Estado. En ese sentido, M. Sampoll Pucurull, Sáenz de Santamaría e I. Grangel Víctor, señalan que una de las peculiaridades del derecho disciplinario es que puede apreciarse en este "una tendencia irresistible al debilitamiento de las más importantes reglas de garantía".⁴⁴ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales señalan que esto se debe a la idea de que el ilícito disciplinario es esencialmente diferente al criminal.⁴⁵ Sin embargo, consideran —criterio que se comparte— que en realidad existe identidad entre ambos tipos de infracción y que esta identidad se deriva de: la finalidad de los dos sectores, es decir la

⁴² "la mayor parte de las ideas que hemos empleado para sostener la identidad entre las infracciones administrativas generales y la penales son susceptibles de ser empleadas aquí". En referencia al capítulo VIII de su obra, "lo ilícito disciplinario". Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador: parte general, teoría general y práctica del derecho penal administrativo* (Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2010), 249.

⁴³ *Ibíd.*, 77.

⁴⁴ Silva de Lapuerta et al., *Manual de derecho administrativo sancionador*, 1029.

⁴⁵ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 247.

tutela de bienes jurídicos; en tanto que, solo son “admisibles infracciones disciplinarias”⁴⁶ si se constituyen como un medio orientado a la consecución de un objetivo que trascienda la propia sanción, pues éstas no pueden ser consideradas fines en sí mismas y ese objetivo no es otro, que la protección de bienes jurídicos. Refieren que las diversas cuestiones para hablar de una diferencia en la naturaleza de los ilícitos disciplinarios, se han enmarcado en los supuestos distintos intereses del delito y de la infracción, señalando que los primeros protegen intereses generales del ciudadano y los segundos, los intereses de la propia administración. Al respecto afirman que esto no es admisible en el derecho contemporáneo por cuanto “la administración no puede ser concebida como un fin en sí mismo, sino como un instrumento al servicio de las personas”,⁴⁷ puesto que, como también lo señala Blanca Lozano, aun cuando —y no siempre— protejan bienes jurídicos diferentes, coinciden en su esencia.⁴⁸

Recalcan los autores, que la potestad administrativa también tiene como fin la protección de bienes jurídicos, y si no fuese así, estaríamos frente a una arbitrariedad en la tipificación de las infracciones.⁴⁹ De tal forma que —cuyo criterio se comparte— consideran, que la diferencia entre las infracciones del derecho penal y el derecho disciplinario no se reducen a la distinta naturaleza jurídica de unos y otros ilícitos, pues, si bien, determinadas figuras delictivas mantienen una correspondencia con alguna infracción administrativa, otras no presentan esa correspondencia, como ocurre por ejemplo con el homicidio. Por tanto, afirman, “esto no es suficiente para afirmar la existencia de diferencias de índole cualitativo, del mismo modo que de la ausencia de correspondencia entre determinados delitos y faltas tampoco se puede concluir que ambos posean naturaleza diferente”.⁵⁰

Sostienen que, delitos e infracciones disciplinarias conservan una estructura idéntica, dado que ambas son siempre acciones típicas, antijurídicas y culpables y tienen como fin la protección de bienes jurídicos, y que es ahí en donde radica la diferencia, es decir, lo que es diferente es la entidad de los bienes jurídicos que protege una y otra rama. Una cosa es que los bienes jurídicos, que, en el caso de la administración, estén vinculados a la actividad ordinaria de la administración y tengan una “relevancia menos

⁴⁶ *Ibíd.* 248

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Blanca Lozano Cutanda, *Diccionario de sanciones administrativas* (Madrid: Iustel, 2010), 67.

⁴⁹ Manuel Gómez Tomillo y Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador: parte general, teoría general y práctica del derecho penal administrativo* (Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2010), 76.

⁵⁰ *Ibíd.*, 82-3, 98.

central en el sistema”, pero que también en el derecho penal se establece una graduación entre los diversos bienes jurídicos que protege, así, no tiene la misma significación la vida y la salud, la libertad sexual que la propiedad, esto tampoco es suficiente para establecer la existencia de diferencias cualitativas, “estamos ante un problema de proporcionalidad, no de identidad”.⁵¹

En ese mismo contexto, también consideran que las diferencias no pueden establecerse en función de las cualidades de los bienes jurídicos que una y otra rama protegen, “como si existieren bienes de segunda división que solo merecen la tutela del derecho administrativo sancionador y no la del penal”.⁵² Así como tampoco el hecho de que, el derecho disciplinario sanciona acciones u omisiones imprudentes, aunque no conlleven un resultado y el derecho penal solo las sanciona cuando lo hay.

En cuanto al carácter aflictivo de las sanciones o consecuencias jurídicas de sus infracciones; se tiene que, son coincidentes las dos ramas, primero por cuanto ambas tienen fines preventivos, es decir, tratan de evitar la futura comisión de nuevos ilícitos. Y, en cuanto a aflictividad, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales comparten además el criterio de autores como Rando Casermerio, de que, por ejemplo, una sanción de destitución o separación de cargo público, lleva implícitas afectaciones o privaciones de derechos, igual o incluso más graves que la privación de libertad, como por ejemplo el derecho al trabajo. Como ocurre en el caso ecuatoriano, que el servidor público destituido durante dos años no puede ejercer ningún otro cargo público y en el caso de la Función Judicial le está vetada de por vida la posibilidad de trabajar en alguna de sus dependencias. Esto consecuentemente, además genera afecciones en el estado emocional de toda persona, en su entorno familiar y social, incluso de salud.⁵³ En ese sentido, Manuel Villoria al hablar sobre régimen disciplinario señala que, “el castigo, ciertamente tiene efectos colaterales negativos e incluso puede producir agresión y

⁵¹ *Ibíd.*, 82-3, 98 y capítulo 9

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Mediante Resolución 094A-2018 de 31 de octubre de 2018, el Pleno del Consejo de la Judicatura Transitorio creó la “Mesa de trabajo, para conocer los casos de ex servidores judiciales injustamente destituidos por esta institución, enfocándose en primera instancia en la figura del error inexcusable y posteriormente, bajo cualquier otra figura arbitrariamente aplicada desde el año 2007 en adelante”. Esta Mesa, conformada por ex servidores judiciales tuvo como objetivo la investigación de resoluciones administrativas y judiciales, en casos de destitución, dentro de sumarios disciplinarios sustentados en el periodo de gestión de Gustavo Jalkh. En el Capítulo V del Informe emitido se describen algunos casos sobre las consecuencias que se produjeron en la situación emocional, familiar o de salud de las personas que fueron destituidas. Para mayor detalle ver: Beatriz Cadena Mendieta y otros, *Informe: Mesa de verdad y justicia Ex judiciales y ciudadanos perjudicados* (Ecuador: Taski, 2019), 129-148

hostilidad”.⁵⁴ De ahí que Gómez Tomillo y Sanz Rubiales ratifican que la idea de que el ilícito disciplinario es de naturaleza distinta a las demás infracciones administrativas es errada, puesto que en el ámbito del derecho disciplinario “se otorga a la administración un poder desorbitante”, expresado sobre todo en la sanción de destitución.⁵⁵

En relación al llamado *concurso de delito e infracción administrativa disciplinaria*, es decir, cuando una misma acción u omisión constituye simultáneamente una infracción administrativa y un delito. Rando Casermeiro refiere que, a excepción de delitos del derecho penal clásico, como el robo, y el homicidio, existen tipos penales que se corresponden exacta o aproximadamente, con alguna disposición administrativa y/o disciplinaria.⁵⁶ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales por su parte, lo refieren como, *la permeabilidad entre ambos ilícitos* y al respecto señalan, que la identidad de la naturaleza jurídica de las infracciones disciplinarias y los delitos, se denota en el hecho de que, un ilícito disciplinario, luego se convierte en delito o, la coincidencia que a veces existe entre ilícitos penales e infracciones administrativas. Situación que se presenta en nuestro ordenamiento jurídico en materia disciplinaria, así, la ley que regula el servicio público de todos los organismos y dependencias del Estado en al ámbito nacional y local, esto es, la LOSEP, establece como conductas graves sancionadas con destitución: recibir dádivas, regalos o dinero; injuriar gravemente de palabra u obra a sus jefes; acoso, abuso sexual, trata, discriminación; paralización de servicios públicos, entre otras.⁵⁷ Igual situación se presenta en el COFJ que es objeto de nuestro estudio, a cuyas infracciones nos referiremos en el siguiente capítulo.

Otro aspecto, especialmente utilizado para hablar sobre derecho disciplinario, es el de la *relación especial de sujeción*. Esiquio Sánchez en su estudio de dogmática practicable del derecho disciplinario,⁵⁸ lo define como el despliegue de control sobre la actividad de los servidores públicos, en razón de que desde el momento en que son posesionados para el ejercicio de una función pública, se genera entre estos y la institución a la que sirven, una relación especial de sujeción.⁵⁹ Gómez Tomillo y Sanz

⁵⁴ Manuel Villoria Mendieta y Eloísa del Pino, *Dirección y gestión de recursos humanos en las administraciones públicas* (Madrid: Tecnos, 2009), 45.

⁵⁵ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 252.

⁵⁶ Rando Casermeiro, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*, 29.

⁵⁷ LOSEP, arts. 3, 10, 24, 48.

⁵⁸ Esiquio Manuel Sánchez Herrera, *Dogmática practicable del derecho disciplinario -Preguntas y respuestas-*, Segunda Edición (Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2007), 36.

⁵⁹ “La relación especial de sujeción es una categoría dogmática que para Carlos Gómez es un elemento para sus estudios y definiciones sobre el derecho disciplinario, puesto que la misma se ha tenido en cuenta para explicar por qué un servidor público es “sujeto de derecho disciplinario” y especialmente

Rubiales por su parte señalan que, los administrados se encuentran vinculados con la administración, por una relación de sujeción especial, entendida como una “acentuada dependencia que se establece a favor de un determinado fin de la administración pública”.⁶⁰ Es decir, se trata de la relación estado - servidor público, en función de la subordinación que existe entre el funcionario y la administración.

Milton Velásquez al respecto señala, que, en base a esta teoría, se tiene que, existe un administrado simple y un calificado y este último está sujeto por su propia voluntad, a un estado de libertad restringido y a poderes más enérgicos.⁶¹ Refiere que esta teoría ha sido muy criticada sobre todo por la flexibilidad o inaplicación en algunos casos, del principio de reserva de ley.

Menciona el autor, que existen posiciones diversas frente a tal teoría, unos la apoyan en razón de que la consideran necesaria para “matizar la traslación plena de los principios penales”.⁶² Hay quienes si bien no la niegan, no justifican su existencia en base a excepciones o peculiaridades.⁶³ Y quienes la rechazan por no existir base constitucional que las sustente.⁶⁴ Señala además, que dada la extensa lista de actividades que han sido consideradas dentro de una relación especial de sujeción, es imposible delimitar entre estas y las relaciones generales y, además, que ha servido para que sin suficiente argumento se matice en el régimen disciplinario las garantías del derecho administrativo.

Argumentos que son coincidentes con lo que refieren Gómez Tomillo y Sanz Rubiales: “la distinción entre infracciones administrativas basadas en relaciones de sujeción general e infracciones disciplinarias cuyo fundamento reside en las relaciones de sujeción especial carece de base constitucional”⁶⁵ por cuanto la Constitución no hace diferencia entre delito, falta, infracción administrativa e infracción disciplinaria,

“para justificar el por qué y para qué de una disciplina dentro de los cometidos del Estado”. En su obra *Relación especial de sujeción. Estudios*, menciona una definición de dicha figura jurídica, que dice fue mencionada por primera vez por la Corte Constitucional de Colombia en 1993: “en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona”. Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Mario Roberto Molano López, *La relación especial de sujeción: estudios*, 1ª ed (Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007).

⁶⁰ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 247.

⁶¹ Milton Velásquez Díaz, *¿Control administrativo de la Jurisdicción? régimen disciplinario del juez-burócrata español y ecuatoriano* (Espíritu Santo, Ecuador: UEES, Universidad Espíritu Santo, 2018), 152.

⁶² Zabala Guadalupe en *Manual sobre responsabilidad disciplinaria*, citado por *Ibíd.*, 153.

⁶³ Belén Marina Jalvo, citado por *Ibíd.*,

⁶⁴ María Pardo Álvarez, citada por *Ibíd.*, 154.

⁶⁵ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 258.

cerrando el paso a hacer distinciones donde la ley fundamental no lo hace. Señalando, además, que tal teoría no es suficiente para justificar una disminución de derechos o garantías. De hecho, asumen que, dada la identidad sustancial de ambas ramas, se deben aplicar los mismos principios, aun cuando se trate de las llamadas relaciones de sujeción especial, “si se quiere, de carácter específico”.⁶⁶

Para concluir y a fin de no redundar en extensas explicaciones, a continuación, se presenta un resumen esquemático⁶⁷ sobre los principios comunes y aspectos diferenciadores del derecho penal y el derecho disciplinario:

Tabla 1
Diferencias entre del Derecho Penal y el Derecho Disciplinario

DERECHO PENAL	DERECHO DISCIPLINARIO
Bien jurídico protegido Protege el orden social, bienes jurídicos propios de los derechos fundamentales. ⁶⁸	Bien jurídico protegido En general, el bien jurídico que se protege es el debido funcionamiento del estado. ⁶⁹ y ⁷⁰ Busca que la conducta de los servidores públicos se ajuste para lograr los fines estatales.
Ultima ratio Se acude a este cuándo los otros mecanismos de determinado ordenamiento jurídico no son suficientes para proteger el orden social.	Primera ratio Es considerado el primer instrumento del Estado para sancionar las infracciones de los deberes funcionales de los servidores públicos, el primer mecanismo para prevenir la infracción de deberes. ⁷¹ Sin embargo, si bien la disciplina siempre ha sido usada en el trabajo, en las organizaciones modernas se tiende a usarla solo como último recurso. ⁷²
Heterotutela Funciona para garantizar el orden social en sentido general, es decir, es aplicable a todos los ciudadanos en general, particulares, servidores públicos. ⁷³	Autotutela El estado se protege y protege la función pública de las conductas cometidas únicamente por quienes ostentan una función pública. ⁷⁴

⁶⁶ *Ibíd.*, 257.

⁶⁷ Tomando como base el formato utilizado por Esiquio Manuel Sánchez Herrera, *Dogmática practicable del derecho disciplinario*, 32-37.

⁶⁸ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 46. Citan en su análisis a Ferrajoli quien sostiene que el derecho penal controla conductas lesivas de un bien jurídico o derecho fundamental.

⁶⁹ Como lo refiere Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, “puede que sea discutible el bien jurídico que se protege por medio de las infracciones disciplinarias, pero no es cuestionable que tal bien jurídico existe”. *Ibíd.*, 257.

⁷⁰ De ahí que, compartiendo el criterio de Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, se tiene que, cada infracción o conducta protege un bien jurídico específico, que en ocasiones es coincidente en esencia con delitos penales.

⁷¹ Sánchez Herrera, *Dogmática practicable del derecho disciplinario -Preguntas y respuestas-*, 32.

⁷² Villoria Mendieta y Pino, *Dirección y gestión de RRHH en las administraciones públicas*, 545.

⁷³ García de Enterría dice que es “heterotutela” cuando la potestad sancionadora de la administración rebasa los limitados fines de autoprotección asumiendo la tutela de bienes jurídicos propios del orden social general, cuya protección mediante la respuesta punitiva debería constituir una potestad exclusiva del juez penal, pues lo contrario sería un “verdadero abuso”. Citado por Pablo Rando

<p>Relación de sujeción general En derecho penal existe una relación estado – particular. Busca prevenir conductas delictivas de todas las personas en general.⁷⁵</p>	<p>Relación especial de sujeción Preferentemente —en lo que se coincide— considerada para resaltar la relación estado – servidor público, en tanto la subordinación que existe entre este y la administración.⁷⁶ Más no para justificar la aplicación atenuada de los principios propios de la potestad sancionadora.⁷⁷</p>
<p>Reserva legal absoluto Se presenta un nivel más rígido de reserva legal. En términos generales, las conductas delictivas deben estar expresamente e inequívocamente definidas en una ley. No se permite conceptos jurídicos indeterminados.⁷⁸</p>	<p>Reserva de ley relativo. Tipos en blanco No siempre las infracciones administrativas están definidas inequívocamente en la Ley, en ocasiones son cubiertas o ampliadas en otras normas, como en los reglamentos. De cierto modo, se admiten conceptos jurídicos indeterminados, cuyo desarrollo se remite a normas infra legales.⁷⁹</p>
<p>Fines de la norma penal La norma busca guiar la conducta de todos para evitar la comisión de delitos.⁸⁰</p>	<p>Fines de la norma disciplinaria Guía la conducta de los servidores públicos para que no infrinjan sus deberes. Los mismos que repercuten en los principios generales del orden constitucional y no se</p>

Casermeiro, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*, Tirant monografías 704 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010).

⁷⁴ García de Enterría en su obra “problemas jurídicos de las sanciones administrativas”, distingue entre sanciones administrativas de autoprotección y sanciones administrativas de protección del orden social general. A las primeras pertenecen cuatro sectores vinculados con la actividad de la administración: las *sanciones disciplinarias*; las de policía demanial; las rescisorias de actos administrativos favorables y, las sanciones tributarias. Citado por Rando Casermeiro, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*, 302.

⁷⁵ “En sentido estricto, tanto la potestad sancionadora de la administración como la disciplinaria son manifestaciones indiscutibles del poder punitivo del Estado”, pero con ámbito de aplicación diferente. La primera se aplica en general a cualquier persona que infrinja la norma, la segunda se aplica irrestrictamente a los servidores estatales. Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador: una aproximación dogmática* (Bogotá: Legis, 2009), 76-7.

⁷⁶ Jaime Ossa, al referirse a la afinidad entre la potestad disciplinaria con el resto de potestades sancionadoras de la administración, señala que una de las diferencias radica en el sujeto pasivo sobre el que recae la sanción, que en el caso del derecho disciplinario siempre será un funcionario público, en *Ibíd.*

⁷⁷ Al respecto se puede leer Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Mario Roberto Molano López, *La relación especial de sujeción: estudios*, 1a ed (Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007).

⁷⁸ En el Ecuador, la potestad sancionadora en derecho penal está dada en primer lugar por la Constitución, en cuyo artículo 167 se establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la función judicial. El ordenamiento jurídico estatal en materia penal, se encuentra condensado en el Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de “normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas”, COIP, artículo 1.

⁷⁹ Debido a la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, “lagunas normativas o disposiciones oscuras imperfectas e incompletas”, se tiene que, no siempre los órganos administrativos tienen como base de actuación, “conductas predeterminadas, expresa o implícitamente, por la norma”. En ocasiones, la administración debe determinar el sentido de la finalidad del acto, de tal forma que, esta tiene una participación activa “en el proceso de creación del derecho”. Sin embargo, esta facultad discrecional de la administración -por la cual “mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, completa creativamente el ordenamiento en su concreción práctica”- debe ser entendida y aplicada siempre en derecho. Miriam M. Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Segunda edición actualizada y ampliada (Buenos Aires: Rap, 2013).

⁸⁰ “La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad”. Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, 2a ed. (Barcelona: Bosch, 2001), 70.

	limitan a la esfera de interés de la organización en la que ejercen su función. ⁸¹
Factor de atribución de la infracción penal Dolo ⁸² , culpa ⁸³ y preterintención o tentativa ⁸⁴	Factor de atribución de la infracción disciplinaria Dolo ⁸⁵ y culpa leve, grave y gravísima. ⁸⁶
Desvalor de acto y de resultado Injusto conformado por el desvalor de resultado (producción de un resultado típico y antijurídico, v.g. la muerte de una persona) y desvalor de acto (infracción del deber objetivo de cuidado). ⁸⁷ Su objeto de protección son los bienes jurídicos cuando los derechos fundamentales se ven amenazados, por esa razón es relevante el resultado. ⁸⁸	Desvalor de acto Debido a la exigencia de imprudencia (dolo o alternativamente de culpa) se presenta una responsabilidad subjetiva o de desvalor (subjetivo) de la acción. ⁸⁹ No es necesario que exista daño o perjuicio material, ⁹⁰ pues la inobservancia de deberes por sí sola, constituye infracción. Tipos de mera conducta. ⁹¹

⁸¹ Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria*, 98-9. Los intereses en juego, señala la autora, son colectivos y no individuales, por cuanto los actos indebidos de los funcionarios públicos generan desconfianza de la ciudadanía hacia la administración estatal o pública.

⁸² El derecho penal solo castiga conductas finales, por lo tanto, la “antijuridicidad requerirá la realización voluntaria de las conductas que aparezcan como peligrosas...” Santiago Mir Puig, *Estado, pena y delito* (Buenos Aires: Euros Editores, 2006), 145.

⁸³ Al autor de una conducta antijurídica se le reprocha su realización cuando “podía haberse abstenido de realizarla. La posibilidad concreta de obrar de otro modo constituye, pues, el fundamento de la culpabilidad...” José Cerezo Mir, *Temas fundamentales del derecho penal*, Colección Autores de derecho penal (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001), 215.

⁸⁴ “La tentativa es siempre, por definición, delito inconsumado [...] interrumpido por factores involuntarios antes de alcanzar el grado requerido por el tipo correspondiente”. Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, 2. reimpresión de la 2. ed. (Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1989), 371-72.

⁸⁵ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales señalan que, también en materia administrativa sancionadora, las conductas dolosas merecen mayor reproche sancionatorio, en razón de que la conducta dolosa “implica un mayor grado de peligrosidad para el bien jurídico protegido que la imprudente”. Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*. Para un estudio más amplio sobre el dolo en las infracciones administrativas se puede leer a los citados autores en *Ibid.*, 401-422

⁸⁶ “Un importante sector de la doctrina estima que la infracción del deber *subjetivo* de cuidado constituye un elemento central del tipo de las infracciones culposas”. *Ibid.*, 389.

⁸⁷ *Ibid.*, 424

⁸⁸ “Mientras que en derecho penal el hecho doloso constituye el punto de partida originario de las prohibiciones jurídicas penales y el culposo, pese a su creciente significación, es un importante fenómeno, pero secundario, la relación se invierte en el Derecho administrativo sancionador”. *Ibid.*, 386-7.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ “En las infracciones administrativas, frente a lo que ocurre en Derecho penal, es admisible la existencia de infracciones imprudentes no seguidas de un resultado”. *Ibid.*, 427

⁹¹ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales clasifican a las infracciones administrativas en: *infracciones de lesión*, que son las que requieren el efectivo menoscabo del bien jurídico protegido; *de peligro concreto*; se exige un resultado: que se acredite que la acción produjo un riesgo para el bien jurídico; *de peligro abstracto*, en esta se prescinde de un resultado de peligro. En estas se encuentran tanto las de aptitud abstracta o peligro hipotético y las de peligro abstracto puro. Las primeras exigen una acción idónea para producir la lesión del bien jurídico protegido. “Lo característico es la posibilidad no la realidad del peligro para el objeto de tutela”. Las segundas, son aquellas en las que el peligro solo es dato estadístico, “un dato extrínseco al tipo, no incorporado a este”; y, las *infracciones por acumulación*. En estas, es la acumulación de acciones la que es relevante para la punición, pero de igual forma una acción aislada también es punible. Estos tipos de infracciones, a decir de los autores, son en definitiva los mismos tipos que se encuentran en derecho penal, teniendo en el ámbito administrativo, menor importancia los dos primeros tipos. *Ibid.*, 352-358. En ese sentido, Rando Casermeiro señala que es poco conveniente acudir a estructuras de riesgo para construir diferencias entre tipos penales y administrativos. Porque los tipos penales pueden utilizar las figuras de peligro tanto como los administrativos y lo hacen

<p>Tentativa y participación Existe en razón de que se tiene en cuenta el resultado de la conducta delictiva.⁹²</p>	<p>Tentativa y participación En términos generales no se sanciona la tentativa, pues no interesa el resultado de la conducta, solo la infracción del deber como tal, pues eso constituye el ilícito disciplinario.⁹³</p>
<p>Garantías procesales Maximizadas. Existe más conciencia de las garantías del debido proceso. Sus principios se aplican más estrictamente, precisamente porque se considera que el derecho penal es restrictivo de derechos.</p>	<p>Garantías procesales Generalmente minimizadas. Situación fundamentada —doctrinaria y jurisprudencialmente— en el argumento de que una y otra rama son de naturaleza distinta.⁹⁴</p>
<p>Penalización: Afecta el derecho a la libertad, el patrimonio económico y el derecho a ejercer otros derechos fundamentales. En el COIP (v.g. arts. 60.6, 60.14, 65, 367) para el caso de la comisión de delitos relacionados con el ejercicio de cargo público, también se contempla como penas no privativas de libertad, la inhabilitación para ejercerlos.</p>	<p>Sanción: Relativas a su rol como servidor público: multa, amonestación, suspensión, destitución y prohibición de ejercer cargos públicos.</p>

Fuente: Autores citados en notas al pie
Elaboración propia

Sobre las características analizadas en la Tabla que antecede, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales sostienen, que estas hablan más de la unidad de los sistemas que de la diferenciación. Por lo que, luego del análisis y estudio a varios autores, teorías y elementos, basados en una tesis unitaria, concluyen que infracción penal e infracción administrativa disciplinaria son esencial, material y sustancialmente idénticas; que tienen igual naturaleza jurídica, que ambas son manifestaciones de la potestad punitiva del estado otorgada para la tutela de bienes jurídicos. Es decir, cada conducta sea penal o administrativa, lleva implícito o inmerso un bien jurídico central, como la vida, salud, etc.,⁹⁵ “otra cosa es que con base a los principios de proporcionalidad, fragmentariedad

respecto a los mismos bienes jurídicos y a las mismas infracciones. Rando Casermeiro, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*, 45.

⁹² “Representa el mínimo de injusto material que el sujeto debe realizar en cada caso para caer bajo la concreta amenaza penal de las leyes incriminadoras”. Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, 371.

⁹³ El COFJ en el artículo 110, sí establece como elementos constitutivos de la infracción, la naturaleza de la falta y el grado de participación, sin mayores detalles.

⁹⁴ En el caso ecuatoriano, la Constitución no hace distinción de los procesos en lo que deben aplicarse las garantías básicas del debido proceso. De hecho, el artículo 76 establece que las mismas se deben asegurar tanto en el ámbito administrativo como en el judicial. Sin embargo, se han presentado casos en lo que, dichas garantías no han sido observadas. Por citar un ejemplo, el Consejo de la Judicatura ha considerado que el informe motivado que se emite dentro del procedimiento disciplinario es reservado y el mismo no se ponía en conocimiento del sumariado. Dentro de la acción de protección No. 17233-2019-04378 en sentencia de 26 de agosto de 2019, se ha declarado en primera instancia, que lo dicho, vulnera el derecho a la defensa, a la seguridad jurídica y la motivación consagradas en el artículo 76 numeral 3, 7 literal a), b), c), d), h), l), de la Constitución de la República. Dicha sentencia ha sido ratificada por la Corte Provincial en sentencia de 25 de octubre de 2019.

⁹⁵ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales en ese sentido, citan a Cerezo Mir que sostiene que “desde el núcleo del derecho penal, hasta las últimas faltas penales o administrativas discurre una línea continua de

y *ultima ratio* se determine si una conducta deba ser sancionada solo por el derecho administrativo sancionador”.⁹⁶

En conclusión, se comparte el criterio de los tratadistas Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, de que, existe identidad sustancial entre el ilícito penal y el ilícito disciplinario. Esa identidad, como bien lo refieren, “no tiene porqué llevar aparejada ni una coincidencia en la regulación material, ni en la formal o procedimental de cada una”⁹⁷. Así como también, se reconoce expresamente, que la diferencia entre una y otra rama, radica en los bienes jurídicos que cada una tutela o protege. De ahí que la potestad disciplinaria administrativa disciplinaria posee naturaleza y fines propios; y, las infracciones elementos particulares, que serán analizados a continuación.

En todo caso, por cuanto esta potestad es una manifestación del *ius puniendi* estatal, debe estar sometida a los mismos principios, sin que la característica de relación especial de sujeción sea una “justificación” para disminuir las garantías que se deben observar en todo proceso.

2. Naturaleza de la potestad disciplinaria

Esta potestad —en el campo que nos ocupa— está atribuida a la administración pública o estatal. Administración que consiste en las actividades que realiza el estado a través de los gobernantes y funcionarios públicos para prestar servicios a la ciudadanía, dirigidos a cumplir un fin o un derecho establecido en el ordenamiento jurídico. En ese contexto, como lo refiere Jaime Ossa, la administración estatal “gerencia intereses públicos”⁹⁸ en base a principios de igualdad, eficacia, eficiencia, transparencia, etc. que como en el caso ecuatoriano, están previstos en el artículo 276 de la Constitución. Es decir, la actividad pública en general “tiene un sustrato de moralidad y un fundamento de legalidad del cual no podrá apartarse”.⁹⁹ Fundamento que se consolida en deberes y obligaciones para los administrados, es decir para los ciudadanos en general, con el objeto de garantizar el cumplimiento de los fines de la administración: el bien común, el interés general de la sociedad. Al respecto, Rafael Oyarte señala, que el Estado tiene un poder que debe ejercer para cumplir su finalidad última, que es la de servir a la persona,

un ilícito material que se va atenuando, pero que nunca llega a desaparecer del todo”. Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 92.

⁹⁶ *Ibíd.*, 93.

⁹⁷ *Ibíd.*, 249- 250.

⁹⁸ Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 7-9.

⁹⁹ *Ibíd.*, 9.

al bien común. Del estudio que el autor realiza sobre derecho constitucional ecuatoriano y comparado, se infiere que el poder es un principio ordenador de carácter político, que se ejerce a través de medios jurídicos y materiales dentro de la sociedad. De tal forma que las potestades de la administración, constituyen un medio para emplear el poder, con el fin de alcanzar el bien común.¹⁰⁰

Para ese efecto, el Estado se estructura en poderes públicos a los que la Constitución y la Ley les otorga facultades de diversa índole e instrumentos jurídicos propios, para el adecuado y debido funcionamiento de la administración. Precisamente, ante la transgresión de esos deberes u obligaciones, una de las facultades con las que cuenta la administración, es la sancionadora que, parafraseando a Daniel Maljar, encuentra fundamento en la exigibilidad de las normas generales (obligatorias incluso para los propios gobernantes) orientadas a la preservación del orden y los valores en una sociedad determinada.¹⁰¹

La potestad administrativa sancionadora, como se señaló al inicio de este capítulo, es parte del concepto del *ius puniendi* estatal que en palabras de Jaime Ossa presenta dos derivaciones: sancionatorio administrativo y punitivo penal. “Ambas expresiones del poder que el Estado tiene para punir a quien quebrante la normatividad”.¹⁰² De tal forma que, la potestad administrativa sancionadora rige para reprimir conductas que contravienen el ordenamiento jurídico creado también por la administración —que entre sus facultades tiene las de ordenar, decidir, prohibir, etc.—. Esta potestad está sujeta a la Constitución en primera y principal instancia, y de esta se deriva en las disposiciones especiales que regula cada ámbito del accionar público. Pues como lo refiere García de Enterría, “toda acción administrativa se nos presenta como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido”.¹⁰³ Es decir, todo ejercicio de potestades por parte de la Administración, debe llevar implícito una atribución legal, sin la cual simplemente no podría actuar.¹⁰⁴

Precisamente, como parte o como una sub categoría de la potestad administrativa sancionadora, el estado tiene una potestad disciplinaria, que se ejerce sobre aquellos ciudadanos que se encuentran en una situación de subordinación para con

¹⁰⁰ Rafael Oyarte Martínez, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*, Edición primera (Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 50-5.

¹⁰¹ Citado por Ossa Arbeláez, en Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 56.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Bogotá (Colombia): Editorial Temis, Palestra, 2008), 43.

¹⁰⁴ *Ibid.*

la administración, derivada de una relación jurídico contractual de tipo laboral. A esta potestad, Miriam Ivanega la distingue como *potestad de supremacía especial*,¹⁰⁵ diferenciándola de la potestad de supremacía general, a la que se encuentran sujetos todos los ciudadanos, en calidad de administrados.

En la misma línea, Jaime Ossa, señala que la potestad disciplinaria es una modalidad de la potestad sancionadora de la administración y que por tanto es aplicable únicamente a los servidores públicos.¹⁰⁶

Por su parte, Suay Rincon dice que la potestad disciplinaria es el “poder que atribuye el ordenamiento jurídico a la Administración, para reprimir, mediante la imposición de sanciones, las conductas antijurídicas que realizan las personas que trabajan para ella, esto es, los funcionarios públicos, siempre que tales conductas tengan lugar en el marco de la relación de servicio que une a estos con aquella”.¹⁰⁷

Esiquio Sánchez en su estudio de dogmática practicable del derecho disciplinario,¹⁰⁸ lo define como el despliegue de control sobre la actividad de los servidores públicos, en razón de que desde el momento en que son posesionados para el ejercicio de una función pública, se genera entre estos y la institución a la que sirven, una relación especial de sujeción.

En ese contexto, como se refirió en líneas anteriores, la potestad sancionadora de la administración, constituye un medio para alcanzar el bien común, como fin del Estado. De ahí que la administración, para precautelar ese fin, establezca un conjunto de normas que considera deben ser observadas por los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones. Estas normas a decir de Manuel Villoria constituyen los “principios y valores [que] rigen una parte de la vida pública”,¹⁰⁹ configurados en deberes y derechos¹¹⁰ que los servidores públicos deben respetar, por cuanto al ejercer su oficio o

¹⁰⁵ Miriam M. Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Segunda edición actualizada y ampliada (Buenos Aires: Rap, 2013), 92.

¹⁰⁶ Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 76.

¹⁰⁷ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 246 - 7.

¹⁰⁸ Sánchez Herrera, *Dogmática practicable del derecho disciplinario -Preguntas y respuestas-*.

¹⁰⁹ Villoria Mendieta y Pino, *Dirección y gestión de RRHH en las administraciones públicas*, 521.

¹¹⁰ El autor refiere que la presencia de la ética en las normas internas es muy importante. De ahí que considera, que el derecho positivo es la expresión coactiva y sistemática de la ética y que esta deber ser respetuosa de la dignidad humana. La ética pública dice, consiste en la definición de lo que está bien y lo que está mal para una determinada sociedad. En establecer lo que podría ser “un patrón moral básico de carácter universal y generalizable, dado lo racional y lo razonable de sus fines, valores y prescripciones de conducta”, y que es compatible además con la búsqueda del bien. En *Ibíd.*, 519-521.

cargo se encuentran “en un entorno en el que sus actos afectan seriamente el bienestar de otras personas y de la sociedad”.¹¹¹

Este marco legal que rige el accionar de los funcionarios públicos ha sido denominado por la doctrina como deberes funcionariales o funcionales y es precisamente ante el incumplimiento de estos, que se activa la potestad disciplinaria de la administración. Esto es, la competencia que el ordenamiento jurídico le concede a las autoridades administrativas para sancionar las acciones u omisiones antijurídicas cometidas por los servidores públicos en el ámbito interno de un órgano estatal. Potestad que a decir de Jaime Ossa justifica su existencia en la necesidad de “preservar el orden interno en cualquier organización y la de que esta pueda llevar su cometido a los fines institucionales”.¹¹²

De lo analizado se ha podido inferir, que en el ejercicio de la potestad disciplinaria se presentan los siguientes elementos: —que serán considerados en el desarrollo del presente trabajo— *Sujetos*: activo, la administración y, pasivo, el servidor público; *Objeto*: la conducta del servidor público; *Actividad*: el procedimiento disciplinario; y, *Finalidad*: asegurar el buen funcionamiento por parte de la administración estatal.¹¹³

En base al estudio dogmático que sobre la naturaleza de la potestad disciplinaria antecede, para finalizar, considero pertinente, referirme en forma general, a la potestad disciplinaria en nuestro ordenamiento jurídico. La misma, nace de la Constitución en cuyo artículo 229 se establece, que en la ley se definirá el régimen disciplinario de los servidores públicos. Así, en primer término, es en la Ley Orgánica de Servicio Público dónde se regula el régimen disciplinario para los servidores o funcionarios de las entidades estatales. Existiendo como en el caso de la Función Judicial, un régimen especial para los servidores judiciales.¹¹⁴ En relación con la existencia de un régimen disciplinario para los servidores públicos, el artículo 233 *Ibíd.*, establece que ninguno de ellos está exento de responsabilidades por sus actos u omisiones en el ejercicio de sus funciones, determinando responsabilidades en el ámbito administrativo, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes y recursos públicos.

¹¹¹ *Ibíd.*, 521.

¹¹² Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 76.

¹¹³ Miriam Ivanega concluye que, en la potestad disciplinaria de la administración, se presentan las siguientes características: existencia de una relación de función pública; conducta violatoria de deberes y prohibiciones; un fin que se enmarca en asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración pública y, la existencia de poderes administrativos inherentes para su ejercicio. Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria*, 120.

¹¹⁴ Constitución, arts. 178-181. COFJ, art 254.

De forma que, la potestad disciplinaria de acuerdo a nuestra legislación, consiste en la capacidad de las autoridades administrativas que establezca la Constitución y la Ley, para imponer sanciones administrativas —sin perjuicio de las que haya lugar en el ámbito civil y/o penal— a los servidores públicos que, por acción u omisión, incurran en alguna de las infracciones previstas en el ordenamiento jurídico que los rige. Dicha potestad se genera precisamente en razón de las responsabilidades que nuestra Constitución determina para los servidores públicos. Responsabilidad que como lo refiere Santamaría Pastor “se ocasiona por la vulneración de las funciones propias del estatus funcional y que es exigida y sancionada por la propia Administración de la que depende el funcionario”.¹¹⁵

3. Fines del derecho disciplinario

Referíamos en el acápite anterior que la potestad disciplinaria se activa ante el incumplimiento de los deberes funcionariales de los servidores públicos. En ese contexto, parafraseando a Miguel Sánchez y Miriam Ivanega,¹¹⁶ es preciso resaltar que las normas que regulan el accionar de la función pública, traducidas en obligaciones de hacer o no hacer, son deberes que van más allá del interés de la propia administración como organización, puesto que afectan a los principios generales del orden constitucional.

Estos principios como lo señala Manuel Villoria,¹¹⁷ son construidos en base a valores éticos que encuentran su expresión normativa en los derechos humanos, pues su respeto busca una convivencia pacífica y justa.¹¹⁸ De ahí que los mentados deberes funcionales deben contener implícito, en primer lugar, el respeto a los principios de la ética pública en sentido amplio, puesto que los servidores públicos son los primeros llamados a proteger y promover los derechos fundamentales y es en la defensa de estos, de la democracia y la igualdad que se halla la línea de frontera, el marco que delimita el ejercicio honesto y el ejercicio inmoral del accionar de la función pública.

¹¹⁵ Citado en Silva de Lapuerta et al., *Manual de derecho administrativo sancionador*, 1028

¹¹⁶ Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria*, 98.

¹¹⁷ Autor en el que sustentamos la primera parte de este acápite.

¹¹⁸ Villoria Mendieta y Pino, *Dirección y gestión de RRHH en las administraciones públicas*, 520 y ss.

En base al respeto a ese marco, se instrumentan valores y reglas de conducta que deben ser observadas para “ejercer honestamente la función política o funcional”.¹¹⁹ Por tanto, la ética pública lleva inmersa la responsabilidad de los funcionarios públicos, y es que, en una sociedad democrática, los funcionarios obedecen ordenes de sus superiores, pues se entienden que estos son legítimamente elegidos o designados en virtud de la decisión del pueblo de que ellos sean sus representantes. Además, actúan en el marco de una estructura organizacional con una misión, cuya legalidad es dada por voluntad del pueblo.¹²⁰ Sin embargo, eso no garantiza todo, de ahí que sea necesario en cuanto a la ética pública o administrativa, tomar en cuenta en todo momento, los fines, es decir, qué derechos y deberes deben respetarse.¹²¹

En esa línea, refiere el autor, que el fin deber ser proteger los derechos humanos y en ese contexto, que los fines son aceptables “si respetan las bases morales y los principios de justicia”¹²². Por tanto, considera que los fines deben buscar la efectividad en la vida práctica de los ciudadanos. De ahí que establece cinco principios generales que deben ser observados por los funcionarios públicos. Principios que, a su juicio, constituyen valores democrático finalistas e instrumentales, en cuanto se busca favorecer el cumplimiento de los fines de la administración.¹²³ Es en base a estos principios que se crean —o se debería crear— las normas o valores instrumentales, de acuerdo al estamento público de que se trate. Para el caso de estudio, nos referiremos únicamente a tres de estos:¹²⁴

1. La defensa y promoción de los derechos humanos en la toma de sus decisiones.

En ese sentido, el respeto al marco constitucional. Actuar en cumplimiento del ordenamiento jurídico, “implica una obligación vinculada con la ética de fines”,¹²⁵ que exige considerar si lo que hace respeta la Constitución y demás normas legales.

¹¹⁹ *Ibíd.*, 522.

¹²⁰ Constitución, artículo 1: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático [...] Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo *cuya voluntad es el fundamento de autoridad*, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución” Énfasis añadido.

¹²¹ Villoria Mendieta y Pino, *Dirección y gestión de RRHH en las administraciones públicas*, 525. De ahí que el autor habla de *ética de fines*, como aquella que acoge valores básicos depurados mediante deliberación y el test de razonabilidad, y los desarrolla en un sistema institucionalizado, 526.

¹²² *Ibíd.*, 526.

¹²³ *Ibíd.*, 534 y ss.

¹²⁴ *Ibíd.*, 526 -7.

¹²⁵ *Ibíd.*, 533.

2. Promover la igualdad de oportunidades y evitar generar situaciones de desventaja para las personas a las que se debe, la ciudadanía.
3. Considerar en todo momento el interés general. Desempeñar las funciones con diligencia y velar por los intereses generales, denota el carácter servicial de la función.

Estos principios éticos generales, dan lugar a reglas de conducta subordinadas a aquellos. Reglas que deben establecerse en normas explícitas y coherentes, de tal forma, que se cuente con conductas claras cuyo incumplimiento da lugar a sanciones.¹²⁶ A estas conductas el autor las vincula o ubica en tres aspectos de la integridad:

1. Integridad como promoción de la ética pública: Se debe respetar la Constitución y demás normas del ordenamiento jurídico. Los funcionarios deben basar su conducta en el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas.
2. Integridad como objetividad: Tiene que ver con la imparcialidad y el interés común. Relacionado con las conductas como conflictos de intereses, favoritismos, etc.
3. Integridad como eficacia: En virtud de la cual, el funcionario se abstiene de conductas contrarias al servicio público.

Dichas reglas de conducta se condensan en un régimen normativo que el autor refiere como *códigos éticos* o *códigos de conducta*. Los que, parafraseando al mismo, surgen como “instrumento de reforzamiento de la conciencia colectiva, como reflexión en voz alta para ayudar en la elección”, ya que todo servidor público, como ser humano, tiene conciencia y justificación de sus decisiones, identidad y responsabilidad; y, para lograr que sus elecciones tengan la máxima integridad moral emergen estos códigos de conducta —cuyo centro son los valores— que aplicados en el régimen disciplinario —cuyo centro son los deberes— se traducen —generalmente— en infracciones leves, graves y gravísimas e informan a los servidores o funcionarios públicos de aquello que pueden y no pueden hacer.¹²⁷ Su incumplimiento puede dar lugar a sanciones, que si bien —como se ha dejado claro— no son el fin del ejercicio disciplinario de la administración, constituyen una consecuencia jurídica de las acciones u omisiones de sus servidores, generándose así, lo que el mentado autor distingue como *valor disciplinario*¹²⁸ de los códigos de conducta.

¹²⁶ *Ibíd.*, 536.

¹²⁷ *Ibíd.*, 529.

¹²⁸ *Ibíd.*

En ese contexto, se tiene que, el objetivo del derecho disciplinario es garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado,¹²⁹ lo cual está íntimamente relacionado con las conductas de los servidores públicos, puesto que las mismas, pueden afectar o poner en peligro dichos fines; y, para evitarlo, se determina y, de ser el caso se activa, un régimen disciplinario. Régimen que previamente debe contar con la existencia —tipificación— de faltas disciplinarias encasilladas en incumplimientos de deberes, abuso o extralimitación de funciones, y la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses.¹³⁰

Ese objetivo se justifica en los principios constitucionales que rigen a la administración pública, que en el caso ecuatoriano se establecen en el artículo 227 de la Carta Magna y son: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Por tanto, vemos que “las conductas objeto de reproche del derecho disciplinario son aquellas que quebrantan sustancialmente los deberes que impone el ejercicio de la función pública, contrariando los fines esenciales del Estado social y democrático de derecho”.¹³¹ De tal forma que, el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, constituye un instrumento de apoyo para hacer efectivo ese fin.¹³²

4. Elementos que configuran la infracción disciplinaria. Responsabilidad.

Las sanciones disciplinarias parafraseando a Eduardo García de Enterría, se aplican sobre los agentes integrados en una organización pública, para mantener la disciplina interna administrativa. Sanciones que están relacionadas al régimen funcional de los sancionados.¹³³

¹²⁹ La Constitución establece que las instituciones del estado y los servidores públicos solamente podrán ejercer las competencias y facultades que establece la ley y que su deber es coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines, así como hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. artículo 226

¹³⁰ “Estas normas subjetivas de determinación actúan sobre el servidor público para prevenir que cometa la conducta, arraigando en él el sentido de la prohibición y el sentido del cumplimiento del deber para que se abstenga de infringirlo”. Sánchez Herrera, *Dogmática practicable del derecho disciplinario*, 35.

¹³¹ Sánchez Herrera, *Dogmática practicable del derecho disciplinario -Preguntas y respuestas-*, 38

¹³² *Ibíd.*, 532.

¹³³ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 12.^a ed. (Madrid: Civitas, 2011), 145.

En base a lo antedicho vemos que la falta disciplinaria se configura cuando el servidor público injustificadamente realiza un acto contrario a derecho, es decir, violenta normas de mandato, deber o prohibición establecidas en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de su cargo. Lo que en palabras de Esiquio Sánchez, constituye el ilícito sustancial que junto con la culpabilidad dolosa o culposa son los elementos que configuran la infracción disciplinaria.¹³⁴

Por su parte, Alejandro Nieto refiere que, “en el mar sin orillas del derecho administrativo sancionador”¹³⁵ se presentan las llamadas infracciones formales que consisten en una simple omisión o comisión antijurídica que no precisa ir seguida de dolo, culpa o resultado lesivo. Esto es, generan una responsabilidad basada en la mera inobservancia, es decir, *responsabilidad objetiva*. “El incumplimiento de un mandato o prohibición ya es, por sí mismo, una infracción administrativa”,¹³⁶ y, si de ese incumplimiento se genera una lesión, implica una responsabilidad adicional. Sin embargo, reconoce que en derecho administrativo sancionador son aplicables todas las variantes de la culpabilidad. En función de lo cual, sugiere que: 1. El dolo y la culpa son exigibles si así lo establece la norma administrativa sancionadora; 2. La culpa, negligencia e imprudencia son la regla; y, 3. La simple inobservancia opera en los casos en que la norma tipifica conductas de prevención de peligro abstracto.¹³⁷

A su juicio, la responsabilidad por mero incumplimiento, no excluye la presencia o necesidad de que exista culpabilidad, por cuanto esa inobservancia o incumplimiento a un deber formal es consecuencia de una acción u omisión humana que puede ser culpable o no. Por tanto, dice que la inobservancia puede ser dolosa, o culposa por negligencia o imprudencia o incluso consecuencia de una acción no culpable, y que esa inobservancia constituye antijuricidad.

En esa misma línea, Milton Velásquez recalca que al igual que en derecho penal, el dolo y la culpa son necesarios para la configuración de la infracción y por tanto de la responsabilidad en materia administrativa, pero en esta lo principal es la culpa o negligencia, mientras que, en el derecho penal, es el dolo.¹³⁸

¹³⁴ Sánchez Herrera, *Dogmática practicable del derecho disciplinario*, 49-50

¹³⁵ Alejandro (Nieto, *Derecho administrativo sancionador* (Madrid: Tecnos, 2018), 126 y ss.

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ Milton Velásquez Díaz, *¿Control administrativo de la Jurisdicción? régimen disciplinario del juez-burócrata español y ecuatoriano* (Espíritu Santo, Ecuador: UEES, Universidad Espíritu Santo, 2018), 194

En ese contexto y retomando el estudio que sobre derecho disciplinario hace Esiquio Sánchez, tenemos que, el *ilícito sustancial* determina por acción u omisión la conducta típica con la cual se ha infringido un deber funcional y, de presentarse un comportamiento o conducta contrario a esos deberes, efectivamente se configura el ilícito disciplinario. Pero, en derecho disciplinario no basta determinar el mero incumplimiento del deber como tal, sino que, es necesario constatar si el ilícito o la infracción al deber es sustancial, es decir “si ha pasado a ser más que formal y no necesariamente material [...] Es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta”.¹³⁹ Existe ilícito sustancial en derecho disciplinario cuando el incumplimiento del deber formal se opone o perjudica los fines del Estado representados en la institución con la que el funcionario mantiene una relación de subordinación contractual laboral.^{140 y 141}

Por otro lado, la *culpabilidad* en derecho disciplinario se determina en dos escenarios, primero se reprocha el hecho de incurrir en un comportamiento totalmente diferente al que se le exige, puede y con el que debe actuar el funcionario público; y, en segundo lugar, el conocimiento que tiene sobre los mandatos y prohibiciones que está obligado a observar, es decir el conocimiento del ordenamiento jurídico que le rige al momento de cometer la falta.

Por su parte, Alejandro Nieto dice, que para llegar a determinar la comisión de una infracción y sancionarla, el primer paso es verificar la antijuridicidad para luego “examinar los presupuestos personales de culpabilidad”.¹⁴²

Ahora bien, la culpabilidad puede ser dolosa o culposa. Es *dolosa* cuando el acto o la omisión contienen el elemento anímico, es decir existe el ánimo de lograr un fin u objetivo con determinada conducta. Esiquio Sánchez dice que se encuentra en las expresiones *el que, con el fin, con el propósito, a sabiendas, de mala fe, para*, es decir verbos rectores finalísticos.^{143 y 144} Refiere que los elementos que configuran el dolo en

¹³⁹ *Ibíd.*, 48

¹⁴⁰ “El servidor público tiene unos especiales deberes para con el Estado, que devienen del ejercicio de la función pública, ellas implican que lo relevante sea la conducta valorada e interferencia con la función social”. *Ibíd.*

¹⁴¹ En Silva de Lapuerta et al., *Manual de derecho administrativo sancionador*, autores refieren, que en el derecho disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario, sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar, lo cual está reservado a la jurisdicción penal, de ahí que no se rechace de plano la coexistencia de ambos tipos de corrección.

¹⁴² Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 210.

¹⁴³ Sánchez Herrera, *Dogmática practicable del derecho disciplinario -Preguntas y respuestas-*, 55, 6

materia disciplinaria son: voluntad, conocimiento de los hechos, conciencia de la antijuridicidad y representación del resultado. En ese mismo contexto, Alejandro Nieto nos recuerda que el dolo contiene dos elementos, el intelectual, que se refiere al conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y de su significación antijurídica; y, el volitivo, que consiste en querer realizar el ilícito.¹⁴⁵ Sin embargo, para Esiquio Sánchez, los fundamentales y suficientes para atribuirle dolo a una conducta antijurídica disciplinaria, son el conocimiento del acto que se realiza y el conocimiento de la prohibición respecto de aquel, resultando accidentales los elementos voluntad y representación del resultado.

En cuanto al tipo *culposo*, tenemos que, en nuestro Código Civil se define a la culpa grave como aquella que “consiste no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”;¹⁴⁶ y, a la culpa leve “en la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”.¹⁴⁷ En este contexto y dado que en nuestra legislación no se halla mayor detalle sobre la culpa en el ámbito del derecho disciplinario, con base a lo prescrito por el Código Civil y a la clasificación de infracciones leves, graves y gravísimas que se hace en el ordenamiento jurídico disciplinario judicial, tomaremos los elementos que Esiquio Sánchez considera, para referirnos a esta. Así, señala que, una conducta culposa se presenta al incurrir en una falta disciplinaria por “ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento”.¹⁴⁸

La ignorancia supina se evidencia cuando existe violación al deber objetivo de cuidado de los deberes inherentes a la función, es decir, cuando el servidor público no cumple a cabalidad aquello que es esencia de su función.

La desatención elemental se produce cuando el servidor no realiza, en cuanto a los deberes que le corresponden en el ejercicio de su función, aquello que es obvio o imprescindible de hacer y es común que incluso otra persona lo hiciera.

En cuanto a la violación elemental de normas obligatorias, se tiene que los deberes del funcionario se encuentran expresamente determinados o tipificados y por

¹⁴⁴ Como ejemplo podemos citar la infracción disciplinaria del artículo 109, numeral 10 del COFJ: “Acosar sexualmente a sus inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio, u ofrecer favores de este tipo a sus superiores a cambio de obtener un trato preferencial”

¹⁴⁵ Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 211.

¹⁴⁶ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, artículo 29.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ Sánchez Herrera, *Dogmática practicable del derecho disciplinario -Preguntas y respuestas-*,

tanto el consecuente deber de cuidado de los mismos, en tanto que existe culpa, cuando el funcionario incumple las normas que imponen dichos deberes.

En consecuencia, se tiene que, “existe un parámetro normativizado que impone el estándar de actuación normal por parte de los servidores públicos”¹⁴⁹ y cuando el funcionario viola esos deberes normales o inherentes a su función o cargo, se produce o genera una actuación enmarcada en culpa leve, grave o gravísima —según se encuentre tipificado en la ley que le rige— a la que le corresponderá una determinada sanción según el tipo de culpa. Sanción que se genera por el *principio de responsabilidad por el hecho* que es parte del principio de culpabilidad en sentido amplio e implica que ningún daño puede considerarse relevante sino como efecto de una acción.¹⁵⁰ Así, en el régimen disciplinario que rige para los funcionarios judiciales las sanciones,¹⁵¹ como lo establece el artículo 105 del COFJ son: amonestación escrita y sanción pecuniaria que no exceda del 10% de su remuneración mensual para el caso de infracciones leves; suspensión del cargo sin remuneración por máximo 30 días en el evento de que se cometa infracciones graves; y, destitución al servidor judicial que incurra en infracciones gravísimas.¹⁵²

De tal forma que, como lo refiere Milton Velásquez, en cuanto al derecho disciplinario judicial —materia de este estudio— nos encontramos con una responsabilidad esencialmente subjetiva, que en términos de Gómez Tomillo y Sanz Rubiales se conoce como *principio de imputación subjetiva* o, más correctamente como *principio de responsabilidad subjetiva o de desvalor de la acción*, esto es, la necesidad de que en los ilícitos administrativos “concurra dolo o culpa, es decir, imprudencia”¹⁵³ para que puedan ser sancionadas. Por tanto, a pesar de que en algunos casos se evidencia en materia administrativa, supuestos o tipos de responsabilidad objetiva, parafraseando a los citados autores podemos decir, que casi de forma unánime, hoy se rechaza la posibilidad de responsabilidad objetiva, es decir, la ausencia de dolo y culpa en los ilícitos administrativos en general y por tanto de los disciplinarios. En razón de que nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva, proceden causales de exclusión y atenuación de la responsabilidad.¹⁵⁴ En el COFJ, el artículo 110 establece que de encontrarse circunstancias atenuantes o agravantes incidirán en la calificación de

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 57

¹⁵⁰ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 320.

¹⁵¹ La sanción constituye una limitación o afectación a los derechos del servidor público como consecuencia de haber infringido sus deberes funcionariales.

¹⁵² COFJ, arts. 107 a 109.

¹⁵³ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 378 y ss.

¹⁵⁴ Velásquez Díaz, *¿Control administrativo de la Jurisdicción?*, 193-5.

la infracción susceptible de suspensión o destitución, sin embargo, en ninguna parte se establece expresas causales de este tipo. Excepto la causal eximente de responsabilidad por actuación en legítima defensa, que prevé el artículo 111 Ibíd.

5. Principios del procedimiento administrativo disciplinario. Análisis desde la aplicación de la prejudicialidad.

Por cuanto el derecho disciplinario es una rama del *ius puniendi estatal*, y en su procedimiento se determinan derechos y obligaciones, se debe asegurar el derecho al debido proceso. Así lo dispone nuestra Carta Magna, estableciendo las garantías que deben asegurarse en todo proceso¹⁵⁵. En atención a este precepto constitucional, en cuanto al régimen disciplinario de los servidores de la Función Judicial, el COFJ establece: “En los sumarios disciplinarios se observarán las garantías del derecho de defensa y las demás del debido proceso consagradas en la Constitución”¹⁵⁶. En concordancia, el artículo 3 del Reglamento Codificado establece que en los sumarios disciplinarios que se tramiten en el Consejo de la Judicatura debe respetarse las garantías constitucionales del sumariado, contenidas en los arts. 75, 76 y 82 de la Carta Magna.

Para los objetivos del presente trabajo de investigación, analizaremos únicamente los principios que considero pueden relacionarse con la aplicación de la prejudicialidad.

5.1 Legalidad y Tipicidad. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

Estos principios que están reconocidos en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución, tienen relación con la facultad del legislador para establecer mediante ley aquellas conductas que por acción u omisión puedan ser consideradas como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza. Consecuentemente las sanciones previstas para cada una de esas infracciones, también deben estar tipificadas en dichas leyes. Es así que el principio o postulado de legalidad faculta al órgano legislativo “el poder y el

¹⁵⁵ Constitución, artículo 76.

¹⁵⁶ COFJ, artículo 116 inc. 2º

deber de regular el régimen sancionador del Estado”¹⁵⁷. En cuanto que el principio de tipicidad exige que ese régimen esté claramente determinado en conductas prohibidas —infracciones— y castigos —sanciones—¹⁵⁸. Por tanto, de no existir un marco normativo que regule el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, es imposible establecer su responsabilidad en la comisión de determinada infracción y menos aún, imponerle algún tipo de sanción.

Pedro González y José Rodríguez,¹⁵⁹ refieren que en materia sancionadora el principio de reserva de ley es más estricto que en otras ramas, dada la necesidad de que se defina en forma clara las infracciones y las sanciones, de ahí que nuestro ordenamiento jurídico, en materia sancionadora procura evitar la colaboración reglamentaria para tipificar conductas punibles. En cuanto al régimen disciplinario del CJ vemos que las infracciones y sanciones están establecidas en el COFJ, cumpliéndose así con el principio de reserva de ley.

Como vemos, el principio de reserva de ley establecido como derecho fundamental en nuestra Constitución abarca la tipificación de las infracciones y las sanciones, pero no incluye las normas procedimentales para imponerlas. Si bien se dispone que solo se puede juzgar a una persona con observancia del trámite propio de cada procedimiento, no se impone la obligación de que este se encuentre regulado en una ley. Tal es así, que en cuanto al régimen de la función judicial se establece en el COFJ que será el CJ como órgano disciplinario, quien emita la normativa reglamentaria interna para regular el régimen de sanciones.¹⁶⁰

En este contexto, cabe preguntarnos: ¿para que la prejudicialidad sea aplicable y, por tanto, considerada como requisito previo para el inicio de un sumario disciplinario, es necesario que se encuentre expresamente establecida en la ley? (recordemos que, en una de las sentencias analizadas en el primer capítulo, se señaló que no era aplicable la figura de la prejudicialidad penal para imponer una sanción de destitución, por cuanto este caso de prejudicialidad no se encontraba establecido en la ley). Para responder esta cuestión, analizaremos los siguientes aspectos:

¹⁵⁷ Carlos F. Balbín, *Curso de derecho administrativo. T. 1*, 1. ed., 1. reimp, Producto universitario (Buenos Aires: La Ley, 2008), 87.

¹⁵⁸ García de Enterría y Tomás Fernández, definen a la tipicidad como “la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa”. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 12.ª ed. (Madrid: Civitas, 2011), 184

¹⁵⁹ Marta Silva de Lapuerta et al., *Manual de derecho administrativo sancionador*, 2013, 109

¹⁶⁰ COFJ, artículo 116.

Para que una norma cumpla con los preceptos constitucionales de legalidad y tipicidad, la Constitución exige que se determine claramente en una norma con rango de ley, la infracción y la sanción. Es decir, con el solo texto legal, el órgano disciplinario debería poder identificar la acción u omisión que se exige y la consecuencia de incurrir en su incumplimiento. Puesto que, una norma disciplinaria, constitucionalmente dictada, debe contener: obligaciones claras sobre lo que se debe hacer o no hacer; clases y límites de las sanciones; y, el reconocimiento del órgano o autoridad que debe aplicar el régimen sancionatorio. En este sentido, se comparte el criterio de Carlos Balbín de que “el precepto legal es constitucional, es decir cumple con los presupuestos mínimos esenciales, si puede ser aplicado por sí mismo”.¹⁶¹

En ese contexto, en primer término, se podría decir que existe confusión sobre la aplicación por sí mismo, de sanciones disciplinarias por infracciones que a la vez se encuentran tipificadas como delitos en el ámbito penal; y, en ese sentido se podría concluir que, para que las normas del régimen disciplinario administrativo cumplan cabalmente con el principio de legalidad y tipicidad, deberían ser claras en cuanto a los límites de las sanciones disciplinarias en esos casos. Sin embargo, lo que se puede considerar un error de práctica legislativa, no significa que, la falta de tipicidad de prejudicialidad penal en el ámbito administrativo determine su inexistencia o inaplicabilidad.

5.2 Presunción de inocencia. Ser juzgado ante autoridad o juez competente

Otro de los principios del debido proceso que deben observarse en todo procedimiento administrativo, es el de inocencia. Se encuentra establecido en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución: “Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”. También lo reconoce el Pacto de San José de Costa Rica en cuyo artículo 8 establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. En cuanto al régimen disciplinario de los servidores de la función judicial, el COFJ dispone: “A la

¹⁶¹ Carlos F. Balbín, *Curso de derecho administrativo. T. 1: ...*, 1. ed., 1. reimp, Producto universitario (Buenos Aires: La Ley, 2008), 814

servidora o al servidor de la Función Judicial se le presumirá inocente mientras no se declare, por resolución firme, su responsabilidad disciplinaria”.^{162,163}

Por tanto, los servidores públicos judiciales, acusados por la comisión de una infracción disciplinaria se consideran inocentes, mientras no se pruebe su culpabilidad —responsabilidad— y sea declarada la misma en resolución firme. Para cuyo efecto, dentro del trámite del procedimiento disciplinario se deben arbitrar todas las actividades necesarias, tendientes a establecer si se configuran o no los elementos constitutivos de alguna de las infracciones tipificadas en el COFJ. En ese contexto, el Reglamento codificado establece que, para probar los hechos materia del proceso disciplinario se admitirán todos los medios de prueba establecidos en las leyes aplicables a la materia, a excepción de la inspección y la confesión.¹⁶⁴

No hay duda, por tanto, de que la presunción de inocencia rige en el ordenamiento jurídico disciplinario y debe ser respetada para la imposición de una sanción, la misma que debe estar basada en hechos incriminatorios debida y legalmente probados, correspondiéndole la carga de esta prueba a quien acusa, y no al sumariado probar su inocencia.

En el contexto de la presunción de inocencia, es preciso referirnos a la garantía que se encuentra establecida en el inciso final del numeral 3 y en literal k) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, por cuanto tiene relación con dicho principio y ha sido considerada en las sentencias que estudiamos en el capítulo sobre la prejudicialidad. Nos referimos a la garantía de que “Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento” y, “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente”.

En cuanto a la primera garantía se tiene que, la autoridad competente para “juzgar” o sancionar a un servidor público, es el ente administrativo con el que mantiene la denominada relación de sujeción especial y el trámite propio es el establecido en la ley que lo regula. En el caso de la Función Judicial, tal como lo establece la Constitución y el COFJ la autoridad competente que funge como organismo de control y disciplina de sus servidores, es el Consejo de la Judicatura; y, el

¹⁶² COFJ, artículo 116 inc. 3º.

¹⁶³ David Mellado Ramírez y Mariano Herranz consideran que lo acertado en este aspecto es hablar de la no existencia de responsabilidad administrativa, y no de presunción de inocencia, puesto que no se sanciona al culpable, sino al responsable. En Silva de Lapuerta et al., *Manual de derecho administrativo sancionador*, 461.

¹⁶⁴ COFJ, artículo 36.

procedimiento disciplinario para imponer sanciones es el establecido en el Reglamento codificado. Atendiendo al texto constitucional, podríamos decir que, en sede administrativa, el CJ tiene plena competencia y potestad para ejercer -y regular- el régimen disciplinario de sus servidores y de ser el caso, imponer sanciones por la comisión de infracciones al ordenamiento jurídico que les rige.

En lo que respecta al ámbito de los ilícitos penales, nuestro ordenamiento jurídico determina lo siguiente:

El artículo 17 del COIP establece:

Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.

Adicionalmente, el artículo 398 *Ibíd.*, determina:

La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado. Únicamente las y los juzgadores, determinados en la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y en este Código, ejercen jurisdicción en materia penal para el juzgamiento de las infracciones penales cometidas en el territorio nacional y en territorio extranjero en los casos que establecen los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado.

Estas disposiciones, a mi criterio, por un lado, ratifican la distinción que nuestra Constitución hace respecto a los tipos de responsabilidad, estableciendo que aquellas conductas establecidas en el COIP en efecto se consideran infracciones penales (delitos y contravenciones) y en este sentido, son válidos para imponer las sanciones correspondientes, únicamente los procedimientos previstos en dicho Cuerpo Legal. Y, adicionalmente, permiten establecer, que son exclusivamente los jueces determinados por la ley, quienes tienen competencia para declarar la existencia de un delito y juzgarlo de ser el caso. En ese sentido, el artículo 220 del COFJ prevé que el Consejo de la Judicatura determinará el número de jueces para que integren los Tribunales de Garantías Penales, quienes “serán competentes para conocer y resolver los procesos penales que se les asigne”. El artículo 221 numeral 1 establece en ese sentido, que dichos Tribunales son competentes para sustanciar la etapa de juicio y sentenciar en los procesos de ejercicio público de la acción. En cuanto a delitos de acción privada, de acuerdo a lo que establece el artículo 647 y siguientes del COIP, es el juez de garantías penales el competente para dictar las sentencias correspondientes.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra claramente establecido que únicamente los jueces y tribunales penales tienen competencia para conocer y resolver sobre la comisión de ilícitos de esta naturaleza. Es decir, solo éstos pueden declarar la responsabilidad penal sobre la conducta de una persona.

En lo que tiene que ver con la garantía de ser sancionado ante una autoridad imparcial e independiente en el ámbito administrativo disciplinario de la Función Judicial, podemos señalar en términos generales, que la Constitución y la Ley, otorga esa potestad, al Consejo de la Judicatura, estableciendo que es el ente administrativo que funge como órgano de vigilancia y disciplina, concediéndole la facultad de establecer los procedimientos y reglas para ejercer dicha potestad. De ahí que dicho Órgano administrativo sostiene que tiene plena capacidad para imponer sanciones a los servidores judiciales y para el efecto principalmente cuenta con el COFJ y el Reglamento, al que nos referiremos en el siguiente capítulo. Sin embargo, las características de imparcialidad e independencia, se cuestionan al considerar, primero la posibilidad que el ordenamiento jurídico le otorga para que mediante reglamentos el mismo CJ establezca el procedimiento disciplinario, lo que, como señala Milton Velásquez ha generado constantes variaciones a dicho procedimiento “lo que sin duda va en desmedro de la seguridad jurídica de los controlados”;¹⁶⁵ y, por otro lado, el hecho de que sea un órgano administrativo el que fiscalice contenidos jurisdiccionales, lo que como refiere el citado autor, es criticado, primero por la idoneidad de los evaluadores, puesto que lo óptimo sería que conozcan ciencias jurídicas y tengan experiencia en cargos jurisdiccionales, lo que no se exige para el régimen disciplinario de la Función Judicial.¹⁶⁶

Retomando con el tema objeto de estudio, si bien la competencia, tanto de la potestad administrativa disciplinaria como de la jurisdicción penal, se encuentra en general, claramente delimitada; surge la interrogante: ¿se vulnera la presunción de inocencia y la garantía de ser juzgado por juez competente, cuando el órgano administrativo disciplinario impone una sanción por la comisión de una infracción que a la vez está tipificada como delito en el COIP, sin contar con una sentencia condenatoria ejecutoriada (prejudicialidad penal) que declare la responsabilidad penal del sumariado?. Para tratar de responder este cuestionamiento, a continuación, veremos que ha dicho la Corte Constitucional al respecto:

¹⁶⁵ Velásquez Díaz, *¿Control administrativo de la Jurisdicción?*, 382-3

¹⁶⁶ *Ibíd.*, 384

En el caso No. 0935-10-EP¹⁶⁷, la Corte Constitucional tuvo en conocimiento una acción extraordinaria de protección presentada por el Ministerio de Salud Pública en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en la cual se aceptó la acción de protección propuesta por una funcionaria pública que había sido destituida por incurrir en la causal establecida en el artículo 49 literal e) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Homologación y Unificación de las Remuneraciones que decía: “Son causales de destitución: [...] e) Injuriar gravemente de palabra u obra a sus jefes o compañeros de trabajo;”.

La funcionaria pública destituida presentó una acción de protección ante el Juzgado Segundo de lo Civil de Machala, alegando que, previo a ser sancionada administrativamente por la autoridad nominadora del Ministerio de Salud Pública, por la supuesta infracción de injuria grave, “debía existir la sentencia ejecutoriada de la autoridad competente que declare tanto la existencia de las injurias graves y su autoría de tales injurias”; que al destituirla sin contar con dicha sentencia, se vulneró su derecho constitucional a la presunción de inocencia y la garantía de que sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento, consignados en los numerales 2 y 3 del artículo 76 de la Constitución, respectivamente; y que, la autoridad nominadora se abrogó las funciones de los jueces y tribunales penales al declarar la existencia de injurias y su responsabilidad sobre las mismas, ya que, al ser la injuria grave un delito contra la honra de las personas, tipificado en el artículo 490 del Código Penal, es el juez penal el único competente para juzgar y sancionar dicho ilícito.

Al respecto, el juez de primer nivel consideró, que la autoridad nominadora aplicó la normativa vigente —en ese entonces— que regulaba el régimen disciplinario de los funcionarios públicos; que las disposiciones contenidas en la LOSCCA establecían los fundamentos en los que la autoridad administrativa se sustentó para el inicio del sumario administrativo y que, la causal por la que fue destituida la funcionaria se encontraba expresamente establecida en dicha ley; y, que, quien adoptó la resolución dentro del sumario administrativo es quien en efecto debió adoptarla como lógica consecuencia del mismo. Rechazando la acción de protección propuesta, al no existir vulneración del principio de presunción de inocencia.

¹⁶⁷ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 030-16-SEP-CC, 3 de febrero de 2016.

Por su parte la Corte Provincial de Justicia de El Oro, una vez que conoció la apelación interpuesta por la accionante, revocó la sentencia venida en grado y aceptó la acción de protección propuesta, al considerar que, la injuria grave era un delito tipificado en el entonces Código Penal, artículo 490; que como parte de las garantías del debido proceso establecidas en la Constitución, existen: la presunción de inocencia, solo se podrá juzgar a una persona ante juez o autoridad competente con observancia del trámite propio de cada procedimiento y, ser juzgado por juez independiente, imparcial y competente. En base a lo cual, concluyó, que la destitución por parte del Ministerio de Salud era el resultado de la supuesta comisión de un delito que admite la presunción de inocencia de la funcionaria, mientras no exista sentencia condenatoria por parte del juez penal, quien es la única autoridad competente para conocer dicho delito y que, por tanto, la autoridad administrativa actuó en forma ilegítima por cuanto carecía de competencia para establecer la responsabilidad penal imputada a la sumariada. Determinado que se han vulnerado los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica.

La entidad administrativa en su acción extraordinaria de protección, en lo principal alegó que:

dicha sentencia es violatoria de derechos constitucionales, toda vez que se vulnera la facultad disciplinaria y sancionadora con la que cuentan las instituciones públicas para conocer las actuaciones en las que incurran sus funcionarios, sin que aquello sea impedimento para iniciar las causas penales a las que haya lugar por los mismos hechos. Además, indica que la falta de inicio de una acción penal en tal sentido, tampoco constituye impedimento legal para la prosecución de la acción administrativa; de no ser así, se establecería una especie de prejudicialidad penal en materia administrativa, contradiciendo todo principio de responsabilidad disciplinaria en el ejercicio de las funciones públicas.

Al respecto, la Corte Constitucional analizó, que por cuanto la LOSCCA, por expresa disposición constitucional, regulaba el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, la autoridad nominadora del Ministerio Público tenía plena competencia para iniciar el sumario administrativo y tomar la resolución pertinente, por cuanto la conducta “injuriar gravemente de palabra u obra a sus jefes o compañeros de trabajo” era una causal administrativa de destitución expresamente reconocida en dicha Ley. Concluyendo que:

La Sala en ningún momento consideró lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 229 de la Constitución de la República ni analizó su pertinencia al caso, enfocando su análisis, como se lo citó antes, en las normas constitucionales referentes a la presunción

de inocencia y el derecho a ser juzgado por un juez competente, por entender que lo sancionado mediante sumario administrativo se refería al delito de injuria calumniosa grave y asimiló dicho delito con la causal de sanción administrativa por injuriar gravemente de palabra u obra a compañeros de trabajo; siendo esta última la que efectivamente se constituía como causal de destitución de un funcionario público, en aplicación del régimen disciplinario y por parte de la autoridad administrativa competente, siguiendo el procedimiento previsto en la ley de la materia, por propia disposición constitucional.

Es decir, la Sala mediante sentencia confunde su análisis y hace una impertinente aplicación del principio constitucional de la presunción de inocencia, pues confunde una causal disciplinaria administrativa con un tipo penal. Ambas cuestiones pertenecen a esferas de competencia, materias, procedimientos, carga probatoria, consecuencias y fines distintos en razón de la naturaleza de cada una. En otras palabras, si bien tanto la falta administrativa como el tipo penal podrían verificarse en un mismo hecho; el juzgar y sancionar a un servidor o servidora en sede administrativa no constituye per se un trato que no pueda tolerarse para una persona cuya inocencia se presume en materia penal.

Cabe puntualizar entonces que la facultad sancionadora del Estado tiene varias aristas, entre las que se encuentran la sanción penal y la sanción administrativa, las mismas que poseen diferencias cualitativas.¹⁶⁸

De lo anterior, esta Corte observa que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto la Sala en la sentencia impugnada erró en la aplicación e interpretación de los principios constitucionales pertinentes al caso en particular, lo cual deriva en que su actividad jurisdiccional no se encuentre sometida a las correspondientes disposiciones constitucionales, y como consecuencia de ello, no se asegure el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República.

De lo transcrito se desprende, que el máximo organismo de interpretación constitucional del Ecuador ha determinado que el principio de presunción de inocencia no se ve vulnerado cuando sin contar con una sentencia penal ejecutoriada, se impone una sanción disciplinaria por una infracción administrativa que la vez está tipificada como delito penal. Señalando que, la causal disciplinaria administrativa y el tipo penal son cuestiones que pertenecen a esferas de competencia, materias, procedimientos, carga probatoria, consecuencias y fines distintos, es decir, cada una tiene su propia naturaleza.

Enfatiza que, una falta administrativa y un tipo penal se pueden verificar en un mismo hecho y que su sanción en sede administrativa “no constituye per se un trato que no pueda tolerarse para una persona cuya inocencia se presume en materia penal.”¹⁶⁹

¹⁶⁸ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales en su obra sobre teoría general y práctica del derecho penal administrativo aportan con varios elementos en base a los cuales afirman, que se debe poner en duda la tesis de varios autores de que “es posible descubrir diferencias de orden cualitativo entre injusto penal y administrativo fundadas en la técnica de tipificación”. Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 350.

Sin embargo, de las sentencias analizadas en el primer capítulo, se evidencia que la Corte Constitucional en esta última, cambia de criterio —en mi opinión involuciona— pues en la sentencia emitida aproximadamente 7 años antes, el 14 de octubre de 2009 (caso 1141-08-RA) —incluso en la sentencia de 21 de enero de 2009 dentro del caso 1115-2008-RA que en aquella se cita— determinó que hay vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a ser juzgado por juez competente, por cuanto una autoridad administrativa resolvió la destitución de un servidor público, por haber incurrido en injuria grave, sin que exista previamente sentencia condenatoria del juez penal.

Así las cosas, vemos que la aplicación de este principio se relaciona con la figura de la prejudicialidad, pues se tiene que esta, sienta la obligación de contar con una resolución previa para resolver o continuar con determinado procedimiento. En el caso que es objeto de estudio, prejudicialidad penal en el ámbito administrativo.

Precisamente, el COFJ tipifica infracciones que a la vez constituyen delitos penales, sin que, al respecto, se determine que, para resolver sobre la comisión de estas, sea necesario contar con una sentencia previa en el ámbito penal. De ahí que considero —y se evidencia de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, así como de las sentencias dictadas en otras instancias jurisdiccionales— que existen vacíos legales que han impedido establecer reglas y/o procedimientos claros sobre estos casos.

Puesto que, como se ha podido ver, no existe un criterio unánime respecto a si se debe aplicar o no la prejudicialidad penal en el ámbito disciplinario, y si no hacerlo, vulnera o no los principios constitucionales del debido proceso en las garantías de la presunción de inocencia y ser sancionado por juez competente.¹⁷⁰

5.3 *Non bis in indem*

Es una garantía del derecho a la defensa y por tanto, del debido proceso por la que se establece que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo hecho.¹⁷¹ Tiene

¹⁶⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 030-16-SEP-CC, 3 de febrero de 2016.

¹⁷⁰ En trabajos finales para obtención del grado de Especialista Superior y Master en Derecho Procesal de la Universidad Andina Simón Bolívar, sus autoras, analizando los mismos casos de las sentencias aquí estudiadas, concluyen que, “la administración no puede sancionar administrativamente al servidor público imputándole un delito, tipificado como tal dentro de la legislación ecuatoriana, mismo que debe ser juzgado por el órgano competente. Ver Amaquiña, *La prejudicialidad en la instauración del sumario administrativo*; y, Flood, *En el ámbito de las sanciones administrativas es necesaria la prejudicialidad penal*.

¹⁷¹ Constitución. art 76, num,7 lit. l).

relación con la figura jurídica de la *cosa juzgada*, y en ese sentido, la Corte Constitucional ha dicho que:

se diferencian entre sí por cuanto el principio de non bis in ídem atiende al hecho de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho y materia (conforme lo determina nuestra Constitución) y la cosa juzgada por su parte, resulta en un atributo, en una calidad que el ordenamiento jurídico destina a la sentencia, cuando esta cumple con los requisitos para que quede firme: sea inimpugnable (cosa juzgada formal) y sea inmutable (cosa juzgada material)¹⁷²

Atendiendo al texto constitucional, la Corte Constitucional sobre el *non bis in ídem* ha recalcado en varias sentencias, que:

para que el *non bis in ídem* sea invocado como una garantía del debido proceso, precisa (únicamente) que exista una resolución proveniente de una causa iniciada ex ante, a un proceso en el cual confluyan cuatro presupuestos que deriven en la prohibición de doble juzgamiento contenida en el principio en cuestión, a saber: eadem personae, identidad de sujeto, eadem res, identidad de hecho, eadem causa petendi, identidad de motivo de persecución, y finalmente, al tenor de nuestra Norma Suprema, identidad de materia.¹⁷³

Es decir, para su aplicación se exige identidad de hecho, sujeto, fundamento y materia. De ahí que en cuanto a la responsabilidad de los servidores públicos la misma Constitución establece que en el ejercicio de sus funciones además de ser responsables administrativamente, lo son civil y penalmente. Por tanto, están sometidos a una doble potestad sancionadora, la general aplicable a cualquier ciudadano o individuo, y la especial derivada de su relación de sujeción con el Estado. En palabras de Sampol Pucurrull “cuando un funcionario comete una infracción puede estar infringiendo una norma de derecho penal en la que se protege un bien jurídico, y al mismo tiempo, puede estar violando una norma de derecho administrativo”.¹⁷⁴

Tal como se encuentra determinado el *non bis in ídem* en nuestra Carta Magna, el principio no se ve vulnerado si a un funcionario público se le impone en razón de la comisión de una infracción disciplinaria, una sanción administrativa y una penal, o una administrativa y una civil, o los tres tipos de sanciones, por cuanto se considera, que corresponden a distinta materia, por tanto, no concurren los cuatro elementos o presupuestos anteriormente señalados.

¹⁷² Ecuador, *Corte Constitucional*, Caso 2161-11-EP, Sentencia N° 221-14-SEP-CC, 26 de noviembre de 2014.

¹⁷³ Ecuador, *Corte Constitucional*, para el periodo de transición, Caso N.° 1066-10-EP, Sentencia N.°065-12-SEP-CC. Caso N.° 1180-11-EP, Sentencia N.° 012-14-SEP-CC

¹⁷⁴ Silva de Lapuerta et al., *Manual de derecho administrativo sancionador*, 1116

En ese contexto, se tiene que, dicho principio presenta una doble dimensión: *la material*, relacionada con la prohibición de doble sanción por un mismo hecho; y, procesal, en cuanto a la prohibición de iniciar un nuevo procedimiento por un hecho que ya ha sido resuelto. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

El principio *non bis in ídem*, inobservado por los demandados, cuenta con una doble dimensión: en su vertiente material garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la *infracción de un mismo bien jurídico* (énfasis añadido); mientras que en su vertiente procesal, garantiza el derecho a no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho. En efecto, la dimensión material de este principio impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; mientras que en su dimensión procesal se había establecido que tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, es decir, todo esto tiene su fundamento en la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico. Tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica¹⁷⁵

Tal como lo dispone el artículo 76 de la Constitución, las garantías del debido proceso se aplican a todos los procesos en los que se determinen derechos y obligaciones, por tanto, no cabe duda de que el principio *non bis in ídem* es parte de los principios que rigen los procedimientos administrativos disciplinarios. Así como tampoco quedan dudas sobre la posibilidad de que lo resuelto dentro de un procedimiento disciplinario, pueda ser tratado y de ser el caso sancionado en jurisdicción penal, sin que esto constituya violación al referido principio. Pues así lo determina la Constitución vigente desde el 2008, al establecer con claridad que uno de los elementos que se deben considerar en el principio de *non bis in ídem* es la identidad de materia.

En palabras de Carlos Gómez, “no operará el *non bis in ídem* cuando una misma conducta pueda ser valorada ante diferentes órdenes jurídicos sancionadores, siempre y cuando el fundamento, la finalidad y el tipo de sanciones sean diferentes”¹⁷⁶

Ahora bien, contextualizado el principio *non bis in ídem*, en relación con el tema materia del presente trabajo investigativo, es preciso preguntarnos: ¿El *non bis in ídem*

¹⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia 1149-07-RA, Registro Oficial 607, Suplemento, 8 de junio de 2009, 25

¹⁷⁶ Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Dogmática del derecho disciplinario*, 3a ed., actualizada de acuerdo de con la Ley 734 de 202 y la jurisprudencia de la Corte constitucional en la materia (Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004), 331

tal como ha sido configurado en nuestro ordenamiento jurídico, constituye un limitante para que se aplique la prejudicialidad penal en derecho disciplinario?

Considero que no, puesto que, en primer término, se trata de un principio cuyo alcance se encuentra claramente determinado en la Constitución y que además ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia, lo que permite su adecuada y efectiva aplicación. En cuanto a la prejudicialidad, tenemos que su objetivo es garantizar que se hagan efectivos todos los principios del debido proceso que un estado social de derechos y justicia como el nuestro debe observarse en todo proceso. De ahí que conjuntamente considerados en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, el principio *non bis in ídem* y la prejudicialidad —adecuada y correctamente aplicadas— podrían fortalecer el sistema procesal en cuanto a la estricta aplicación de las garantías básicas del debido proceso que deben observarse en todo procedimiento.

Por tanto, vemos que el principio *non bis in ídem* y la prejudicialidad no se contraponen, en tanto la aplicación de esta no constituiría de ninguna manera un fundamento para alegar que un servidor público no pueda ser sancionado administrativa y penalmente por un mismo hecho o infracción. Y así lo ha declarado la Corte Constitucional, al recalcar que, conforme lo establece el artículo 76, numeral 7, literal i) de la Constitución, “la existencia de varios procesos simultáneos, no supone por sí solo una vulneración al principio de *non bis in ídem*” y que, “el principio de *non bis in ídem* atiende al hecho de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho y materia”(PAG 7); en razón de que, el procedimiento administrativo tiene características y sanciones propias que corresponden a una materia distinta a la del proceso penal. De tal forma que, en el caso de que una conducta genere un procedimiento de naturaleza administrativa y un proceso de naturaleza penal —simultánea o consecutivamente— es imposible que se configure o presente vulneración al principio *non bis in ídem*, en razón de que el mismo, en nuestro ordenamiento jurídico, está configurado sobre la base de los cuatro elementos o identidades antes referidos, dentro de las cuales, se encuentra la identidad en la materia.

En ese contexto, por cuanto el principio *non bis in ídem* y la prejudicialidad no se contraponen, considero que, para lograr su efectiva aplicación dentro del derecho administrativo sancionador, es necesario contar con normas adjetivas que establezcan procedimientos claros ante la eventualidad de que en un mismo hecho concurra la existencia de una infracción disciplinaria y un ilícito penal. Un ejemplo de esto encontramos en la legislación española, en la que, si bien constitucional y

jurisprudencialmente reconocen la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo disciplinario; y, que el *non bis in idem* no aplica cuando la conducta puede ser valorada en el ámbito administrativo y el ámbito penal;¹⁷⁷ se considera como un caso de prejudicialidad el hecho de que una falta disciplinaria a la vez sea constitutiva de delito penal y en ese sentido, se establece en la Ley que, cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y, que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración. En el siguiente capítulo se analizará con más detenimiento esta posibilidad dentro del régimen disciplinario del Consejo de la Judicatura.

En todo caso, puedo concluir, que se coincide en que debe tomarse en cuenta la diversidad de bienes e intereses jurídicos protegidos por el derecho penal y por el derecho disciplinario —diferencia que no siempre se presenta—. También en el hecho de que, si la comisión de una infracción deviene en responsabilidad penal y administrativa, la una no excluye a la otra, es decir no aplica el principio *non bis in idem*, puesto que estamos frente a responsabilidades de distinta naturaleza o materia. Sin embargo, en pro de garantizar el derecho al debido proceso en todas sus garantías, es importante el análisis en cada caso, de si se requiere o no del pronunciamiento del juez penal para iniciar o continuar un procedimiento disciplinario. Para lo cual, creo pertinente considerar lo que en el COIP se establece sobre el *non bis in idem*.

En el artículo 5, numeral 9, dentro de los principios que rigen el debido proceso penal se dispone: “Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. [...] La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio”. Es mi opinión, que esta disposición, si bien ratifica la posibilidad de que una persona pueda ser sancionada penal y administrativamente por la misma causa, al señalar que podrán ser sanciones *derivadas* —la RAE define derivado como una cosa que se deriva de otra; derivar, que tiene origen en otra— de hechos que son objeto de juzgamiento y sanción penal, permitiría establecer la necesidad de que, previamente a imponer una sanción

¹⁷⁷ En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 1999, citada por Silva de Lapuerta et al., *Manual de derecho administrativo sancionador*, 1117, se dijo que: "Existiendo un delito común y una infracción disciplinaria por hechos cometidos por una persona en relación de sujeción especial, cuando se acredita un efectivo perjuicio al interés jurídico protegido distinto al de la norma penal, impuesta la sanción penal y la sanción disciplinaria no se considera infringido el principio *non bis in idem*".

administrativa, se requiere de una sentencia que determine sanción penal por la comisión de un hecho delictivo.

En este contexto, para concluir este acápite, cabe señalar que el artículo 20 del Reglamento Codificado establece que: “la acción disciplinaria es un procedimiento administrativo independiente de cualquier acción jurisdiccional que pudiera desprenderse de los mismos actos”. Vemos que aquí el CJ contrario a lo que dispone el COIP, establece que, de los hechos que serían objeto de un procedimiento disciplinario se pueden desprender otras acciones jurisdiccionales. En todo caso, y dado que el COIP es jerárquicamente una norma superior a dicho Reglamento, nos ratificamos en lo antes mencionado.

En el presente capítulo, se ha visto que las sanciones administrativas disciplinarias, así como las penales, son una manifestación del poder punitivo del Estado, que presentan aspectos sobre los cuales se puede considerar su igualdad sustancial. Infracciones administrativas e infracciones penales, constituyen como efecto de una conducta ilícita, el quebranto, privación o alteración de los derechos de las personas. En ese sentido, se tiene que, el ejercicio del poder punitivo del Estado se aplica generalmente, por la vía administrativa —que involucra varias disciplinas como el derecho contravencional, de juzgamiento político, administrativo tributario, disciplinario de la función pública, etc.— y la vía judicial penal. Sin embargo, ambas presentan objetivos diferentes. La potestad punitiva penal, cumple una función preventiva, protege el orden social colectivo, y tiene como fin la corrección o resocialización del delincuente. En cambio, la potestad administrativa sancionatoria, busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales. Y, en ese contexto, el derecho administrativo disciplinario, constituye un medio necesario para alcanzar los fines esenciales y objetivos sociales de la Administración, mismos que se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico que delimita el ejercicio de sus funciones.

En aplicación de las garantías básicas del debido proceso y de la seguridad jurídica, es necesario que las normas punitivas, penales o administrativas, se encuentren previamente establecidas en la ley, así como las correspondientes sanciones y el procedimiento aplicable. Cumpliendo así con el principio de legalidad y tipicidad.

Principios como la presunción de inocencia y ser juzgado por juez competente se aplican tanto a procesos penales como a procedimientos administrativos, y en ese sentido, se ha podido evidenciar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano en el caso de

infracciones administrativas que a la vez constituyen delitos penales, no establece reglas claras sobre la aplicación de estos, y otros principios como el *non bis in ídem*, cuya posible vulneración, como se analizó, no es posible que se presente, en razón del cuarto elemento que configura el principio en nuestra legislación, es decir, identidad en la materia.

En base a estos conceptos, principios y conclusiones, a continuación, se examinará cada una de las infracciones graves y gravísimas del COFJ que están relacionadas con algún tipo penal. A fin de establecer, en función de los bienes jurídicos protegidos y de los elementos que configuran la conducta, en qué casos se requeriría la aplicación de prejudicialidad penal en el procedimiento administrativo disciplinario de la Función Judicial.

Capítulo tercero

Análisis de procedencia de prejudicialidad penal para la imposición de sanciones por infracciones disciplinarias graves y gravísimas contempladas en el Código Orgánico de la Función Judicial

1. Breve resumen del procedimiento disciplinario del Consejo de la Judicatura.

El procedimiento para el ejercicio de la potestad disciplinaria de la función judicial se encuentra descrito en la *Codificación del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura*.¹⁷⁸ El mismo, fue expedido por el Pleno de dicho organismo, en base a las disposiciones establecidas en la Constitución de la República, en las que se lo faculta como el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.¹⁷⁹ En concordancia con el Código Orgánico de la Función Judicial que establece que el procedimiento para los sumarios disciplinarios estará previsto en el reglamento que se expedirá para el efecto,¹⁸⁰ disponiendo que sea el Pleno del Consejo de la Judicatura quien expida la normativa de control y régimen disciplinario.¹⁸¹

Así, en el artículo 5 del referido Reglamento se define a la potestad disciplinaria como “la potestad autónoma, de conocer y sancionar toda acción u omisión que se encuentre determinada como infracción disciplinaria en el ordenamiento jurídico vigente”. Esta potestad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de dicho Reglamento y artículo 102 del COFJ, es aplicable a todos los servidores judiciales, sea que pertenezcan a las carreras judicial, fiscal, de la defensoría pública, incluida la división administrativa.

Los principios que de acuerdo al Reglamento ut supra deben observarse en el procedimiento disciplinario son: legalidad, economía procesal, concentración, dispositivo, oficiosidad, celeridad, oportunidad, seguridad jurídica, transparencia, informalidad, buena fe y proporcionalidad, respetando las garantías del o la denunciante

¹⁷⁸ Ecuador, *Codificación del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura*, Resolución No. 29-2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura, Registro Oficial 455, Suplemento, 10 de marzo de 2015.

¹⁷⁹ Constitución, arts. 178 y 181, num. 1 y 5.

¹⁸⁰ COFJ, artículo 116.

¹⁸¹ *Ibíd.*, artículo 264, num. 10

y del sumariado o sumariada, esto es, las garantías básicas del debido proceso establecidas en los artículo 75, 76 y 82 de la Constitución.¹⁸²

El objeto del sumario disciplinario es establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad administrativa del funcionario judicial que haya incurrido en la misma, determinar —cuando es permisible— el perjuicio a la administración e imponer las sanciones correspondientes o ratificar la inocencia del sumariado, de ser el caso.¹⁸³

La acción disciplinaria se puede ejercer de tres formas: de oficio, por denuncia, y queja; cuando exista *información confiable* que permita *presumir la comisión de una infracción disciplinaria*. Así lo establece el artículo 22 del Reglamento codificado, diferenciando la acción de parte, entre denuncia y queja. Denuncia es aquella presentada por cualquier persona natural o jurídica, grupo de personas, pueblos o nacionalidades que tengan interés sobre determinado juicio o servicio solicitado. Constituye queja, cuando es presentada por las autoridades estatales descritas en el artículo 113 del COFJ, entre las que se encuentran, Presidentes de las Funciones del Estado, del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Procurador General, Contralor, vocales del mismo Consejo de la Judicatura, jueces y conjueces de la Corte Nacional, jueces de Corte Provinciales, entre otros.

Una vez que hemos mencionado a breves rasgos los aspectos generales del procedimiento del sumario disciplinario del CJ, a continuación, presentamos el trámite que involucra:

En general, a los Directores Provinciales les corresponde sustanciar los sumarios disciplinarios que se inicien de oficio o de parte, en contra de los funcionarios judiciales de su circunscripción territorial¹⁸⁴. Con excepción de aquellos casos en que los denunciados sean jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia, el Director General, los directores regionales o provinciales y los directores de las comisiones o unidades, en cuyo caso será el Pleno del Consejo quien sustancie los sumarios e imponga las sanciones que corresponda.¹⁸⁵

El Reglamento codificado establece primeramente una etapa de actuaciones previas. Así en el artículo 22 se establece que, de no contarse con elementos suficientes para iniciar un sumario disciplinario, se abrirá un *expediente para investigación* dentro del cual se realizará las indagaciones necesarias sobre los hechos. Esta investigación

¹⁸² Reglamento codificado, artículo 3.

¹⁸³ *Ibíd.*, artículo 20.

¹⁸⁴ Reglamento codificado, artículo 11.

¹⁸⁵ COFJ, artículo 114.

debe realizarse en 15 días, luego de lo cual se deberá emitir un Informe motivado recomendando el inicio del sumario o en su defecto, el archivo definitivo de la investigación previa.

Luego, el artículo 30 del Reglamento codificado, establece una etapa de admisibilidad, en la que, el Coordinador Provincial de control disciplinario debe verificar, dentro del análisis de forma, tres aspectos: que la denuncia o queja haya sido presentada dentro de los plazos previstos en el COFJ; el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 113 del COFJ y 22 del Reglamento codificado; y, que no verse —en general— sobre aspectos netamente jurisdiccionales. En caso de incumplirse con los referidos requisitos, se debe inadmitir la denuncia o queja.

Superado este examen, la denuncia o queja debe pasar el análisis de fondo, que consiste en verificar que los fundamentos de la misma no versen sobre aspectos netamente jurisdiccionales, es decir, de los expresamente prohibidos de la competencia del CJ. Superado este examen, se dispone el inicio del sumario disciplinario, caso contrario, su inadmisibilidad.¹⁸⁶

El sumario disciplinario, sea de oficio, denuncia o queja inicia con el auto de apertura del mismo que debe contener los elementos descritos en el artículo 33 del Reglamento. Una vez notificado el servidor sumariado con dicho auto, tiene 5 días término —contado desde la fecha en que fue notificado— para contestarlo y anunciar y solicitar la práctica de las pruebas que considere¹⁸⁷, así como también deberá señalar domicilio para notificaciones.

Luego, con la contestación o sin ella, se abre el término de prueba por 5 días.¹⁸⁸ Luego de lo cual, la autoridad sustanciadora deberá emitir la resolución o informe motivado (cuando no es competente para imponer la sanción de suspensión o de destitución)¹⁸⁹ dentro del término de 15 días.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Reglamento codificado, artículo 32.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, artículo 35.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, artículo 37.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, arts. 40 y 41.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, artículo 39.

2. Análisis de procedencia o necesidad de prejudicialidad heterogénea penal según la infracción

Una vez que hemos estudiado y definido el concepto de prejudicialidad, su objetivo y naturaleza, así como los principios del procedimiento administrativo que tendrían relación con esta figura jurídica, nos corresponde analizar su procedencia o aplicación en las infracciones graves y gravísimas establecidas en los artículos 108 y 109 de COFJ, que tienen relación con algún tipo penal.

Para el efecto, se ha considerado útil, tomar como referencia la clasificación en categorías de ilícitos disciplinarios judiciales, referida por Milton Velásquez en su estudio comparativo sobre el régimen disciplinario judicial en España y Ecuador. Esta clasificación entre *faltas estatutarias*, *faltas a la idoneidad* y *faltas funcionales*, responde a criterios de clasificación relacionados con el tipo de infracción establecido en la norma disciplinaria y se enmarcan en el servicio burocrático; el perfil esperado del servicio y del servidor; y, en el ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicho. Resalta el referido autor, que dependiendo de los hechos en cada caso concreto, los tipos disciplinarios pueden considerarse en faltas de naturaleza mixta.¹⁹¹

En cuanto a las faltas estatutarias, se tiene que, son las infracciones que están relacionadas con las actividades funcionales y el principio de jerarquía. Estas pueden ser tipificadas en el régimen disciplinario de cualquier administración pública. Por tanto, no difieren entre el régimen disciplinario general y los específicos existentes, v.g. las infracciones de la LOSEP y las del COFJ.

Las faltas a la idoneidad son aquellas ligadas al servicio que presta el funcionario público, pero se enfocan en el perfil que se exige a cada uno precisamente según el servicio que presta, en nuestro ámbito de estudio, a los servidores judiciales. Y, finalmente, las faltas funcionales, están ligadas a las actividades que un funcionario público debe realizar de acuerdo a su cargo. En el caso de la Función Judicial, las funciones jurisdiccionales y actividades procesales.

El análisis se realizará en forma individual por cada una de las infracciones, los elementos que la configuran, y bienes jurídicos protegidos.¹⁹² De tal forma que, al final,

¹⁹¹ Velásquez Díaz, *¿Control administrativo de la Jurisdicción?*, 227, 250, 1 y ss.

¹⁹² En ese sentido, me permito señalar —con algunos matices— lo que Gómez Tomillo y Sanz Rubiales en su análisis sobre el ilícito disciplinario y su naturaleza, refieren, y es que, si se concluyera que existe identidad en el bien jurídico tutelado por el derecho disciplinario y el derecho penal, es decir, si hay coincidencia en la descripción de las conductas en uno y otro cuerpo normativo, no se debería aplicar conjuntamente ambas normas —procedimientos— sancionadoras sobre un mismo sujeto. “Lo contrario, teniendo en cuenta el carácter punitivo de pena y sanción disciplinaria, determinará una sobreacción

en base a las cuestiones estudiadas en los dos capítulos que anteceden, se pueda concluir en qué casos aplicaría la prejudicialidad y en qué casos no. Las infracciones a ser analizadas se resumen en el siguiente cuadro:

Tabla 2
Infracciones graves y gravísimas del COFJ clasificadas por tipos y su relación con tipos penales

Hecho o conducta	Tipificación en el COFJ	Tipo	Sanción disciplinaria	Infracción penal COIP	Bien jurídico protegido	Penas
Agredir de palabra o por escrito, siempre que los términos empleados constituyan injuria grave, según el Código Penal, o de obra a sus superiores o inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio	Artículo 108.1	Estatutaria	Suspensión	La injuria fue expresamente derogada por el COIP	La honra	
Propiciar, organizar o ser activista en paralizaciones del servicio de justicia	Artículo 108.3	Estatutaria	Suspensión	Artículo 346 Paralización de un servicio público	Estructura del estado constitucional	Privativa de libertad de 1 a 3 años
Haber recibido condena en firme como autor o cómplice de un delito doloso reprimido con pena de privación de la libertad	Artículo 109.8	Idoneidad	Destitución			

que sería atentatoria contra el principio de proporcionalidad y lesivo del de legalidad”. Por tanto, en lo que tiene que ver con el derecho penal y el derecho disciplinario, se debe realizar un cuidadoso análisis caso por caso, “debiéndose descartar que la existencia de una relación de sujeción especial” o, “que el ilícito disciplinario se configura para proteger el prestigio de la Administración” automáticamente presupongan que no aplica la prejudicialidad en el ámbito del derecho disciplinario de la Función Judicial. De tal forma que “el problema se traslada a determinar cuál es el bien jurídico tutelado por una y otra norma”. Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 340.

Proporcionar información falsa o utilizar documentos falsos para la selección concurso de oposición y méritos e inscripción de su nombramiento	Artículo 109.9	Idoneidad	Destitución	Artículo 328 Falsificación y uso de documento falso	Fe pública	Privativa de libertad de 3 a 7 años
Acosar sexualmente a sus inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio, u ofrecer favores de este tipo a sus superiores a cambio de obtener un trato preferencial	Artículo 109.10	Idoneidad	Destitución	Artículo 166 Acoso sexual	Integridad sexual y reproductiva	Privativa de libertad de 1 a 5 años
Solicitar o recibir prestamos en dinero u otros bienes, favores o servicios, que por sus características pongan en tela de juicio la imparcialidad del servidor de la Función Judicial en el servicio que le corresponde prestar	Artículo 109.11	Idoneidad	Destitución	Artículo 280 Cohecho	Eficiencia de la administración	Privativa de libertad de 1 a 7 años
Manipular o atentar gravemente contra el sistema informático de la Función Judicial	Artículo 109.12	Idoneidad	Destitución	Artículo 232 Ataque a la integridad de sistemas informáticos	Seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación	Privativa de libertad de 5 a 7 años

Fuente: COFJ, COIP, Milton Velásquez
Elaboración propia

2.1 Faltas estatutarias

El principio de jerarquía está presente en este tipo de infracciones. Son prácticamente iguales o las mismas que se establecen en el régimen disciplinario general de los servidores públicos. Estas y las de idoneidad, pueden ser cometidas por cualquier servidor de la función judicial, defensorial, fiscal, judicial e incluso administrativo.

Dentro de estas, evidenciamos dos infracciones en las que el COFJ —en mi criterio— hace una remisión expresa al ámbito penal:

2.1.1. Artículo 108.1 Agredir de palabra o por escrito, siempre que los términos empleados constituyan injuria grave, según el Código Penal, o de obra a sus superiores o inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio

La injuria grave dejó de ser una conducta tipificada en el ordenamiento penal desde las reformas dadas en el 2009. Si bien como lo menciona Milton Velásquez, dada su derogatoria, la aplicación de la citada infracción “se encuentra envuelta en una sombra gris que ni el legislador ni la jurisprudencia han disipado”;¹⁹³ será analizada, aunque sea brevemente, en razón de los propósitos de este trabajo.

En este caso se tiene que, la infracción disciplinaria se materializa o configura *siempre que los términos empleados constituyan injuria grave según el Código Penal*, por tanto, se hace evidente que, para resolver un sumario disciplinario por esta causal de suspensión, se requiere pronunciamiento previo jurisdiccional, pues solo el juez penal es competente para establecer si en determinada conducta se evidencia los elementos que constituyen un delito en la forma prevista en la norma penal. En consecuencia, el CJ no tendría competencia para imponer una sanción de suspensión al servidor judicial a quien se le haya iniciado un sumario por la referida causal, si previamente no cuenta con una sentencia ejecutoriada en la que la autoridad penal determine que los términos empleados constituyen injuria grave. Por tanto, en razón de la mentada derogatoria, esta infracción actualmente sería inaplicable. Sin embargo, en base a las consideraciones expuestas, se tiene un primer caso de prejudicialidad.

¹⁹³ Velásquez Díaz, *¿Control administrativo de la Jurisdicción?*, 324.

2.1.2 Artículo 108.3. Propiciar, organizar o ser activista en paralizaciones del servicio de justicia

El artículo 346 del COIP tipifica como delito la “paralización de un servicio público”, sancionándolo con pena privativa de libertad de 1 a 3 años. Configura el delito hacia quien impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública.

En cuanto a esta infracción, para establecer si estamos o no ante un caso de prejudicialidad, es necesario analizar los elementos que constituyen tanto la infracción disciplinaria, como el delito. La norma disciplinaria se refiere a acciones como propiciar, organizar o ser activista. Acciones que, como lo establece la norma, generan entonces un resultado, esto es, la paralización del servicio de justicia. Por su parte, el COIP sanciona el mismo resultado (paralizar la normal prestación de un servicio público), generado de acciones como impedir, entorpecer o paralizar —propriadamente dicha— así como la resistencia violenta a su restablecimiento o, la toma a la fuerza de un edificio público. En cuanto al sujeto pasivo, en el caso del CJ naturalmente que solo podrían verse inmersos en un sumario por esta infracción, los servidores judiciales, puesto que la potestad disciplinaria solo puede activarse sobre dichos funcionarios. En el caso del delito de paralización tipificado en el COIP, puede verse involucrado en esta conducta antijurídica, cualquier persona sea o no servidora pública, de ahí que la competencia de las autoridades en el ámbito penal es sobre la ciudadanía en general.

Ahora bien, en cuanto al bien jurídico que se protege, vemos que, tanto en materia disciplinaria, como en el ámbito penal, el bien jurídico protegido es la eficiencia y adecuado funcionamiento de la administración pública, de hecho, en el COIP está tipificado dentro de los delitos contra la estructura del estado constitucional.

Para la conclusión del análisis de esta infracción, es preciso resaltar, que en general, la norma disciplinaria sanciona el mero incumplimiento de un deber; lo que en palabras de Edgardo Donna constituye un *delito imprudente*, cuyo objeto de prohibición “es la falta de cuidado debido en la acción”.¹⁹⁴ Es decir, un injusto culpable, “ya que como se ha visto el Estado de Derecho protege bienes jurídicos”.¹⁹⁵ En ese sentido, el

¹⁹⁴ Edgardo Alberto Donna y Natalia Barbero, *Derecho penal: parte general*, 1a ed. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006), 256-57.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, 257.

referido autor recuerda, que en el desvalor de la acción (propio de la infracción disciplinaria) “existe una acción desvaliosa que consiste en la acción desarrollada violando el deber de cuidado y la previsibilidad objetiva”,¹⁹⁶ de tal forma que el desvalor de resultado constituye un elemento de segundo orden para la configuración de la infracción. En cambio, en derecho penal lo que configura el delito no es solo la acción imprudente, sino el resultado que esta produce, y que es en definitiva lo que se le imputa al autor. “Lo que se valora de manera negativa por el orden jurídico no es solamente la acción realizada, sino que también se toma en consideración lo que el autor ha ocasionado mediante dicha acción de modo previsible”.¹⁹⁷

En ese sentido, en cuanto a la infracción disciplinaria *propiciar, organizar o ser activista en paralizaciones del servicio de justicia*, considero que estamos frente a un caso más de prejudicialidad. Puesto que, como vimos, la infracción se configura como tal, al existir como producto de la acción de propiciar, organizar o ser activista; la paralización del servicio de justicia, es decir, un resultado, que es el mismo ilícito tipificado como delito penal. De ahí que, en base al análisis dogmático que antecede, considero que tanto la infracción disciplinaria como el delito penal, se presenta el mismo factor de atribución, es decir, el dolo. Pues si un servidor judicial propicia, organiza o es activista en una paralización del servicio de justicia, es evidente que lo hace de modo previsible con la intención de causar —propiamente— ese objetivo, es decir la paralización. Por tanto, la autoridad competente para determinar si una persona es responsable o no del delito de paralización de servicio público, es el tribunal penal.

La comisión de esta infracción grave es susceptible de sanción de suspensión, cuya acción disciplinaria prescribe en 60 días. No obstante, en el numeral 3, artículo 160 del COFJ se establece que, las infracciones que estén vinculadas con delitos prescribirán en 5 años. En virtud del análisis realizado, se tiene que, la referida infracción, constituye a la vez un delito penal. Por tanto, por su gravedad debería estar sancionada —precisamente— como infracción gravísima con sanción de destitución o, de ser el caso debería aplicarse el plazo de prescripción de 5 años. Tanto más que, como lo sostengo, estamos ante un caso de prejudicialidad penal y por tanto requiere pronunciamiento previo en esa instancia.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ *Ibíd.*

2.2 Faltas a la idoneidad

Si bien se encuentran ligadas al servicio, se enfocan más en el perfil que se exige al funcionario. Es decir, requisitos de ingreso e incompatibilidades. En este tipo de faltas podemos ubicar, según lo establece el COFJ, a las tipificadas en el artículo 109 como causales de destitución:

2.2.1 Artículo 109.8. Haber recibido condena en firme como autor o cómplice de un delito doloso reprimido con pena de privación de la libertad.

Esta infracción, en forma general, establece que la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada que declare la responsabilidad de un servidor judicial en la comisión de un delito sancionado con privación de la libertad, constituye una causal para su destitución. En ese sentido, el COIP en su artículo 58, clasifica a las penas entre privativas y no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad. De ahí que, son varias las conductas que pueden dar lugar a una sanción con pena privativa de libertad.

En cuanto al CJ, tenemos que este, a través de las instancias correspondientes, según el servidor judicial del que se trate, podrá iniciar el sumario disciplinario en su contra, ante la existencia de la mentada sentencia ejecutoriada. Es decir, la infracción se materializa ante tal circunstancia, no antes, y es esta precisamente, la que activa la potestad disciplinaria del CJ. Por tanto, constituye un requisito de procedibilidad, más no un caso de prejudicialidad, puesto que, en este caso, el CJ no inicia la acción disciplinaria en base a una conducta que deba ser resuelta antes por otra instancia u órgano, sino que previamente es conocida por esta. Es decir —como se explicó en cuanto a la diferencia entre cuestiones prejudiciales y otras cuestiones previas en el primer capítulo— la existencia de una sentencia condenatoria por la comisión de un hecho doloso, constituye una condición exigida expresamente por el COFJ y que determina la procedencia de un sumario disciplinario en la Función Judicial.

Consecuentemente, si el Consejo de la Judicatura tiene conocimiento de que un funcionario está siendo investigado o procesado en vía penal, no puede instaurar ninguna acción disciplinaria en cuanto no exista sentencia en firme. Sin embargo, es preciso señalar que, el artículo 153 del COFJ prevé la suspensión de la jurisdicción, por haberse dictado auto de llamamiento a juicio penal, por delito sancionado con pena de

privación de la libertad, hasta que se dicte sentencia ratificatoria de inocencia, en cuyo caso recuperará la jurisdicción, o sentencia condenatoria, en cuyo caso definitivamente la habrá perdido.

De tal manera que, en los casos en que sea un juez quien se halle inmerso en una investigación penal, se prevé la posibilidad de suspenderlo —así se entiende si la norma habla de suspensión de la jurisdicción— hasta que en sede penal se emita la correspondiente sentencia, que de ser condenatoria dará lugar a la destitución y si es absolutoria, a recuperar la jurisdicción, es decir el cargo.

Ahora bien, la suspensión de la jurisdicción únicamente aplica para funcionarios que realizan funciones jurisdiccionales, de ahí que existiría un vacío legal en cuanto a si el auto de llamamiento a juicio se dicte en contra de otro tipo de funcionario judicial. Por tanto, sería pertinente ampliar el ámbito de aplicación de la referida suspensión, hacia todo servidor judicial en contra de quien se dicte auto de llamamiento a juicio.

2.2.2 Artículo 109.9 Proporcionar información falsa o utilizar documentos falsos para la selección concurso de oposición y méritos e inscripción de su nombramiento

El artículo 328 del COIP como un delito contra la fe pública, sanciona con pena privativa de libertad de 3 a 7 años, por un lado, a quien, falsifique, destruya o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales, establecidos por la Ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica; y, además, con las mismas penas, 3 a 5 años cuando se trate de documentos privados y 5 a 7 cuando se trate de documentos públicos, a quien use dichos documentos falsos.

Es decir, vemos que, en cuanto a la infracción disciplinaria, esta se constituye como tal, si el servidor judicial utiliza documentos falsos dentro de aquellos establecidos o solicitados como requisitos ya sea para su postulación al cargo o para la inscripción de su nombramiento. Dicho uso, como se señaló, se encuentra tipificado como hecho doloso en el COIP, dando lugar a una pena privativa de libertad. Del texto, tanto de la norma administrativa disciplinaria, como de la penal, vemos que se presentan los mismos elementos constitutivos. Por un lado, el acto: uso de documentación falsa; en segundo lugar, el objetivo: para el ingreso a la Función Judicial específicamente en el caso del COFJ, que en lo que respecta al COIP, se enmarca en el hecho de que los

documentos falsificados sean de aquellos *establecidos por la Ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica*.

No cabe duda de que se trata del mismo bien jurídico,¹⁹⁸ es cierto, en términos generales, que esta y todas las infracciones disciplinarias tiene como fin, precautelar los objetivos y fines de la administración pública de justicia, pero, además de ese fin u objeto general, en cada una —más cuando se trata de infracciones que a la vez son delitos penales— se evidencia bienes jurídicos, por así decirlo, específicos. En el presente caso, en ambas circunstancias, ante la comisión de la conducta antijurídica, se evidencia afectación a la fe pública, puesto que, de acuerdo a los elementos constitutivos del delito establecidos el COIP, es el uso de estos documentos, determinados por la Ley para constatar actos que tienen relevancia jurídica —como los que se usa o se requieren para participar en un concurso de méritos y oposición o para posesionarse de un cargo— lo que configura la conducta antijurídica.

De tal forma que una vez más, vemos que es necesario que exista una sentencia condenatoria de tribunal penal que establezca que determinado documento es falso. De ahí que, si el CJ inicia un sumario disciplinario por esta causal o infracción, no puede resolverla, sin que previamente cuente con dicha sentencia ejecutoriada, puesto que este Órgano administrativo si bien tiene competencia para imponer sanciones en ese ámbito, a los servidores judiciales, no la tiene para establecer si un documento es falso. En este punto, cabe señalar, que en el ámbito civil también se puede declarar la falsedad de un documento público. Al respecto, el artículo 214 del COGEP, en primera instancia prevé, que la falta de declaración —civil— de la falsedad de un documento no impide el ejercicio de la acción penal. Pero, también dispone, que, habiéndose iniciado la acción ante la jurisdicción civil para la obtención de tal declaración de falsedad, no se podrá promover proceso penal hasta la obtención de dicha declaración.

Por tanto, se evidencia, un caso más de prejudicialidad heterogénea, que conforme lo que nuestro ordenamiento jurídico establece sobre la falsedad de documento, puede ser civil o penal. Por lo que, para que el CJ pueda sancionar a un funcionario judicial por esta causal de destitución, necesita el pronunciamiento de la

¹⁹⁸ “La fe pública como bien jurídico tutelado en el ámbito de los delitos de falsedad documental, se viene definiendo como la confianza pública, general, en determinados (*sic*) apariencias, bien por hallarse garantizadas directamente por el Estado, bien en virtud de un consenso generalizado. Lo expuesto es, si cabe, más claro, si se tiene en cuenta la coincidencia de sanciones impuestas en vía penal y administrativa disciplinaria”. Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*.

jurisdicción penal o civil, según sea el caso, sobre la comisión y responsabilidad del delito.

2.2.3 Artículo 109.10 Acosar sexualmente a sus inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio, u ofrecer favores de este tipo a sus superiores a cambio de obtener un trato preferencial

El artículo 166 del COIP sanciona como delito contra la integridad sexual y reproductiva, al acoso sexual, entendido como el hecho por el cual una persona, prevaliéndose de situación de autoridad laboral, docente, religiosa o similar, sea tutora o tutor, curadora o curador, ministros de culto, profesional de la educación o de la salud, personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima, solicite algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, con la amenaza de causar a la víctima o a un tercero, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.

En cuanto a la infracción disciplinaria del COFJ, vemos que se presenta ante dos escenarios. Uno, el acoso sexual de un servidor judicial, a inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio; y, Dos, el ofrecimiento de favores de este tipo -sexual se entiende- a sus superiores, a fin de obtener un trato preferencial. No queda del todo claro, si el contexto finalístico de la infracción (obtener un trato preferencial) se aplica en los dos supuestos. Más aún cuando en dos sumarios disciplinarios instaurados por esta infracción, no se toma en cuenta esta circunstancia al momento de determinar la responsabilidad de los sumariados.¹⁹⁹

En todo caso, como vemos, por un lado, la infracción en sí se constituye, al presentarse el llamado “acoso sexual”, pues como se puede colegir de la lectura de esta causal de destitución, no se establece ninguna particularidad que denote los elementos o circunstancias que permitan asumir que en nuestro ordenamiento jurídico exista acoso sexual en el ámbito penal y acoso sexual en el ámbito administrativo.²⁰⁰ Por otro lado,

¹⁹⁹ Expediente Disciplinarios: MOT-0951-SNCD-2015-PM y OF-1327-SNCD-2015-LV).

²⁰⁰ Sin embargo, dentro del Expediente Disciplinario MOT-0951-SNCD-2015-PM, en el que, el servidor sumariado, que ostentaba el cargo de Juez, fue declarado responsable de acosar sexualmente a una de sus subalternas, señalándose en la Resolución, que el mismo “habría abusado de su condición de poder y jerarquía de juez para [...] realizar actos tendientes a la denigración sexual de la denunciante, siendo evidente la transgresión a su integridad moral”. Dentro del acápite 6. Análisis de fondo de dicha Resolución, se considera los argumentos de la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura, que

en el segundo supuesto, lo que determina la comisión de la conducta, es el hecho de ofrecer favores de tipo sexual a inferiores jerárquicos, a fin de alcanzar un trato preferencial de su parte.

En cuanto a la norma penal, los elementos que se identifican como configuradores del delito de “acoso sexual”, son los siguientes: el sujeto pasivo que mantiene una relación de autoridad —de cualquier índole— con la víctima; la conducta, que consiste en solicitar un acto de naturaleza sexual para sí mismo o para un tercero; y, la circunstancia de que, se solicite dicho acto, amenazando a la víctima con causarle un mal a esta o a un tercero, un mal relacionado precisamente con la relación antedicha.

Como se señaló, el COFJ no señala las circunstancias o elementos con los cuales en ese ámbito se podría determinar la existencia de “acoso sexual”, pues en términos generales, se establece que la infracción es eso, el acoso sexual propiamente dicho. De ahí que se considera que el CJ no tiene competencia para establecer si una conducta se enmarca o no en lo que, en los términos del COIP constituye acoso sexual, puesto que, en nuestro ordenamiento jurídico, esta, es una conducta típica, antijurídica y culpable tipificada claramente en el ordenamiento jurídico penal. Por tanto, sólo el juez penal tiene competencia para conocer sobre su posible comisión y de ser el caso, determinar la responsabilidad sobre la misma y las sanciones que según el caso corresponda. Pues no se trata de una conducta con elementos o circunstancias, que, establecidas en la ley, permitan determinar, de acuerdo a estas, cuando se enmarca en el ámbito administrativo y cuando en el penal.²⁰¹

Es cierto, que la potestad disciplinaria constituye un medio por el cual, a través de la corrección o disciplina se busca proteger y alcanzar los fines de la administración, en este caso, de la Función Judicial. Sin embargo, esto no constituye argumento suficiente para que un órgano administrativo, en este caso, el CJ, asuma competencias

sustanció el sumario. En lo cuales, dicha funcionaria señala cómo a su criterio, *se puede establecer el acoso sexual administrativamente*. Incluso se hace referencia a que “el acoso sexual como delito o infracción disciplinaria gravísima” es difícil de comprobar. Es decir, en este caso, vemos que el CJ por el simple hecho de que la figura de acoso sexual se encuentra tipificada en el COFJ asume que es una conducta que puede establecerse en dos ámbitos distintos, el administrativo y el penal, a pesar de que en dicha norma no se establecen en forma alguna los elementos que permitirían diferenciar cuándo el acoso sexual es punible administrativamente y cuándo en vía penal.

²⁰¹ En un análisis similar, que se realiza sobre la doble punición, se establece el criterio —que se comparte en cuanto a la necesidad de prejudicialidad— de que, para que sea admisible constitucionalmente, es necesario que la norma en base a la cual se impone la sanción administrativa disciplinaria, justifique, que los mismos hechos contemplados también en la norma penal, protegen un bien jurídico diferente al que esta intenta proteger. Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador.*, 273

que el ordenamiento jurídico le atribuye exclusivamente a otros órganos, en este caso, a la jurisdiccional penal.

En cuanto a ofrecer favores de tipo sexual a cambio de obtener un trato preferencial, se tiene que, es una conducta que difiere del acoso sexual como tal, puesto que, como se ha visto, de la norma penal, este se constituye ante la acción de solicitar actos de naturaleza sexual, no, la de ofrecer; y, con la amenaza de ocasionar un mal en el ámbito de las relaciones entre el sujeto pasivo y la víctima, que difiere con la infracción del COFJ, pues esta habla de obtener un trato preferencial. Por tanto, en este caso, considero que en un mismo numeral existen dos tipos diferentes de infracción o conductas antijurídicas.

De forma que, de acuerdo al análisis que precede, en el primer caso, estaríamos ante un caso más de prejudicialidad, en virtud de que, únicamente el juez penal tiene competencia para determinar la existencia de acoso sexual; y, en el segundo caso, por no constituir acoso sexual *propriamente dicho*, no se requeriría pronunciamiento previo de la jurisdicción penal, bastaría con que el CJ constate la existencia de los elementos que la constituyen, esto es, el ofrecimiento de favores de tipo sexual con el fin de tener un trato preferencial.

Por tanto, en este, como en los otros casos de prejudicialidad, si el CJ mediante denuncia, queja y más aún de oficio, conoce un caso sobre presunto acoso sexual, debería ordenar su suspensión hasta cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada que declare la responsabilidad del servidor judicial sumariado en la comisión de dicha conducta.²⁰²

2.2.4 Artículo 109.11 Solicitar o recibir prestamos en dinero u otros bienes, favores o servicios, que por sus características pongan en tela de juicio la imparcialidad del servidor de la Función Judicial en el servicio que le corresponde prestar

²⁰² Con fines ilustrativos, cabe mencionar un segundo caso (Expediente Disciplinario OF-1327-SNCD-2015-LV) en cuya Resolución, no se evidencia análisis doctrinario, ni normativo sobre la conducta de acoso sexual, ni de cómo “el acervo probatorio” configura la comisión de la infracción. De tal forma que, haciendo una descripción de las pruebas evacuadas, el CJ determina que el sumariado, que ostentaba el cargo de Juez Provincial y que en el momento de la presunta infracción se encontraba encargado de la Dirección Provincial del CJ, “habría acosado sexualmente a la usuaria del servicio de justicia [...] al haberle realizado propuestas de índole sexual a cambio de ayudarle en la revisión de (un) juicio”. Al respecto, de la lectura de la Resolución se confirma que, en efecto, el CJ no cuenta con normativa clara y expresa que le permita establecer los elementos que en el ámbito administrativo le facultan determinar la existencia de acoso sexual. Por tanto, se justifica el criterio de que en este caso estamos ante una cuestión de prejudicialidad, en razón de que solo el tribunal penal tiene competencia para comprobar y establecer si se configura o no la conducta antijurídica de acoso sexual.

En cuanto a la citada infracción, en el COIP encontramos dos acciones o hechos dolosos relacionados con esta. Se trata precisamente de delitos contra la eficiencia de la administración pública, por un lado, el cohecho y por otro, la concusión.

El artículo 280 *Ibíd*em, sanciona con pena privativa de libertad de 1 a 7 años, al servidor público que reciba o acepte, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones. Y, el artículo 281 sanciona con pena privativa de libertad de 3 a 7 años, a los servidores públicos que, abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas. Si la conducta se realiza mediante violencias o amenazas, la pena será de cinco a siete años.

La infracción establecida en el COFJ a diferencia de las tipificadas en el COIP, es en cierto modo indeterminada, pues si bien se refiere al hecho de solicitar o recibir prestamos en dinero u otros bienes, favores o servicios, no establece cuales son las “características” que pondrían en tela de juicio la imparcialidad del servidor judicial. En todo caso, en cuanto a la conducta, vemos que la norma administrativa se refiere a dos posibilidades, la de solicitar y la de recibir; el cohecho por su parte, sanciona la recepción o la aceptación; y, la concusión, el ordenar o exigir.

En cuanto al objeto, la norma administrativa se refiere a préstamos en dinero, bienes, favores o servicios; el cohecho habla en general de beneficio económico indebido o de otra clase; y, la concusión se refiere a derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas. En cuanto a lo sujetos, la infracción administrativa se encuadra en el servidor judicial, no especifica si el objeto es para su beneficio o de terceros, pues como se señaló, la conducta sancionable es el hecho de solicitar o recibir bienes, dinero, favores, teniendo que, el elemento condicionante *poner en tela de juicio la imparcialidad del servicio que debe prestar el funcionario* es inexacto e indeterminado. Por su parte, en la figura del cohecho, tenemos que el sujeto que se beneficia puede ser el mismo servidor público o un tercero; y, en el caso de la concusión, el que comete el delito puede ser el mismo funcionario o éste a través de un tercero. En el cohecho se evidencia la condición de que el beneficio indebido se reciba o acepte para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones; y, en el caso de la concusión, el delito se evidencia ante la sola

exigencia u orden de que se le entregue cualquiera de las “cosas” no debidas, antes descritas, con la circunstancia agravante de que actúe con violencia o amenazas.

Como podemos ver, la infracción disciplinaria del artículo 109.11 del COFJ contiene en general circunstancias o elementos propios de la figura delictiva del cohecho y de la concusión. Así, principalmente en cuanto al cohecho, tenemos que, el hecho de recibir o aceptar un beneficio económico o de cualquier otra clase (que se enmarca en lo que norma administrativa refiere a bienes, servicios o favores) lleva como fin —antijurídico— hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cualquier cuestión relacionada con las funciones que realiza el servidor. De ahí que, si bien la norma penal no tiene como elemento específico la afectación o la protección de la imparcialidad del servicio público, sanciona o protege precisamente la eficiencia de la administración pública, de tal forma que, a diferencia de la norma administrativa disciplinaria, si establece claramente las circunstancias en las que identifica la afectación a la administración pública.

Por tanto, los elementos que tanto las normas penales como la administrativa disciplinaria exigen en la conducta antijurídica son: en cuanto al sujeto activo, la acción que debe ser cometida por un funcionario público, en el caso específico, judicial. En cuanto al elemento objetivo se exige la concurrencia, por un lado, de la solicitud o la recepción de alguno de los bienes descritos por las normas; y, el elemento subjetivo del ilícito que se presenta en el caso del cohecho, en la expresión *para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones*; y, en el caso de la concusión y de la infracción del COFJ no se establece expresamente un objetivo. Sin embargo, en el caso del COFJ se habla de poner en *tela de juicio la imparcialidad del servicio*, que en la práctica solo podría evidenciarse en las acciones u omisiones que, por fuera de la ley, el servidor judicial llegara a realizar voluntaria y conscientemente en el ejercicio de sus funciones, precisamente a cambio de recibir, solicitar o exigir, dinero, favores, préstamos, bienes servicios, etc.

En ese contexto, para los fines del presente estudio, me he permitido tomar en cuenta los elementos del delito de cohecho considerados en la jurisprudencia española, los mismos que guardan amplia relación con lo que he mencionado en este punto. En la sentencia revisada se señala, que el cohecho se constituye por varias conductas alternativas, “no necesariamente excluyentes unas de otras, y que generan indistintamente la responsabilidad penal. Estas conductas consisten en "solicitar o

recibir dádiva o presente"²⁰³, o "aceptar ofrecimiento o promesa". En la sentencia se afirma, que el cohecho es un delito de mera actividad, "*que se consuma por el mero hecho de solicitar, recibir o aceptar la dádiva, como se deduce expresamente del texto legal*" por lo que no se requiere para considerar que se ha cometido o consumado el delito, "ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, que caso de realizarse se sancionaría separadamente en concurso con el delito de cohecho".

Según la descripción legal, para que quede completado el tipo objetivo no es necesario la realización por la autoridad o el funcionario público del delito contrapartida de la dádiva; pero (*sic, seguramente, pero*) éste debe llevar a cabo la acción típica con la finalidad de realizar, en el ejercicio de su cargo, una acción u omisión constitutiva de delito. Como en el resto de los delitos mutilados de dos actos -el delito de cohecho pasivo ha sido calificado por el Tribunal Supremo como "delito de resultado cortado" (STS 58/2005 de 6 de mayo)- el legislador pretende reforzar la protección del bien jurídico, considerando consumado formalmente el delito antes de la producción de la lesión.

En tal virtud, por cuanto del análisis realizado se desprende, que la infracción disciplinaria, tal como se encuentra establecida en el COFJ, se configura al igual que en el COIP, por el simple hecho de incurrir en alguna de las acciones establecidas en cada norma, sin que sea necesario que se genere la finalidad ilícita por la que las mismas se cometen. Y en ese sentido se observa que, tanto en la infracción disciplinaria como en los ilícitos penales el factor de atribución es el dolo; tanto más que protegen el mismo bien jurídico, puedo concluir, que se trata de una cuestión prejudicial. Por lo que, previo a la resolución en el sumario disciplinario que corresponda instaurar, se requiere la sentencia condenatoria de autoridad penal que declare la existencia de responsabilidad en la comisión de cohecho o concusión, según sea el caso.

2.2.5 Artículo 109.12 Manipular o atentar gravemente contra el sistema informático de la Función Judicial

Esta conducta, también está tipificada en el COIP, como ataque a la integridad de sistemas informáticos, en cuyo artículo 232, en forma general, se sanciona con pena privativa de libertad de 3 a 5 años, a la persona que destruya, dañe, borre, deteriore,

²⁰³ Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, "Sentencia de 7 de agosto de 2008 (Procedimiento abreviado N° 2/2008)", Caso cohecho, 7 de agosto de 2008, 21 y ss.

altere, suspenda, trabe, cause mal funcionamiento, comportamiento no deseado o suprima datos informáticos, mensajes de correo electrónico, de sistemas de tratamiento de información, telemático o de telecomunicaciones a todo o partes de sus componentes lógicos que lo rigen. Y, en forma específica, establece, que, si la infracción se comete sobre bienes informáticos destinados a la prestación de un servicio público o vinculado con la seguridad ciudadana, la pena será de cinco a siete años de privación de libertad.

Considero que, en cuanto a la causal disciplinaria, estamos ante un concepto jurídico indeterminado, pues como veremos, los términos manipular y atentar son generales. Así, se tiene que, según la RAE manipular es “3. tr. Intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares.”; y, atentar es “1. tr. desus. Empezar o ejecutar algo ilegal o ilícito. 2. tr. desus. Intentar, especialmente tratándose de un delito. 3. intr. Cometer atentado”. De ahí que, de acuerdo a la definición del delito de ataque a la integridad de sistemas informáticos que se establece en el COIP, quien realice sobre un sistema informático alguna de esas acciones, como destruir, dañar, borrar, alterar, suspender, etc., en efecto incurre en manipulación o atentado. En el caso que nos ocupa, el sistema informático de la Función Judicial evidentemente está destinado a la prestación del servicio público de justicia.

La importancia de precautelar la integridad del sistema informático de la Función Judicial, y de ser el caso, sancionar a quien o quienes atenten contra esta, se encuentra justificada en la validez y eficacia de los documentos electrónicos, que se establece en el artículo 147 del COFJ.²⁰⁴ Respecto de lo cual, la norma establece, además, que, “Las alteraciones que afecten la autenticidad o integridad de dichos soportes les harán perder el valor jurídico que se les otorga en el inciso anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal en caso de que constituyan infracción de esta clase.”

Para el análisis de esta infracción, es preciso tomar en cuenta que el citado artículo 147 *Ibidem*, determina que, “El Consejo de la Judicatura dictará los

²⁰⁴ “Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos, satelitales o producidos por nuevas tecnologías, destinadas a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Igualmente, los reconocimientos de firmas en documentos o la identificación de nombre de usuario, contraseñas, claves, utilizados para acceder a redes informáticas. Todo lo cual, siempre que cumplan con los procedimientos establecidos en las leyes de la materia.”

reglamentos necesarios para normar el envío, recepción, trámite y almacenamiento de los citados medios; para garantizar su seguridad, autenticidad e integridad...”. Sin embargo, de la resolución emitida dentro del sumario disciplinario seguido en contra de una ex servidora judicial que tenía el cargo de ayudante judicial, se evidencia que el CJ no tiene como fundamento de la infracción y de la sanción, reglamento alguno. En el caso, únicamente establece, que la sumariada es responsable de haber manipulado gravemente el Sistema SATJE, por cuanto habría “sentado razones” en determinados ingresos de escritos, que luego fueron “borradas del sistema”, “con el único fin de disminuir los escritos pendientes de despacho” que estaba obligada a atender.²⁰⁵

En todo caso, al evidenciarse que la conducta disciplinaria prevista en el artículo 109.12 de CFJ a su vez se encuentra específicamente configurada como hecho doloso en el artículo 232 del COIP, considero que se presenta un nuevo caso de prejudicialidad penal heterogénea, por el cual, el CJ previo a resolver sobre la destitución de un servidor judicial que haya incurrido en dicha conducta, debe contar con la sentencia condenatoria ejecutoriada que declare que dicho servidor público es responsable por dañar, borrar, suprimir, alterar, etc. (por alguna otra de las varias acciones que establece la norma) de atacar la integridad del sistema informático de la Función Judicial. De hecho, podemos ver como en el caso citado con fines ilustrativos, el elemento que el CJ consideró para determinar la responsabilidad sumariada, fue precisamente la acción de “borrar” y la voluntad de la sumariada de cometer el acto, con el fin de disminuir la cantidad de escritos o documentos que le correspondía atender. De tal forma que, los elementos que el ente disciplinario de la Función Judicial considera para configurar la falta, llevan una carga de dolo y no solamente de culpa, en cuyo caso, sin lugar a dudas, se podría concluir que no se trata de una cuestión prejudicial, pues estaríamos ante una falta o infracción de debido cuidado de la acción, en la que el resultado de la misma no es determinante para ejercer la potestad punitiva estatal.

Considero que la necesidad de prejudicialidad, se justifica además en el hecho de que el CJ no cuenta con elementos claros que permitan diferenciar entre la infracción disciplinaria y el ilícito penal, con los que se pueda determinar la competencia de dicho órgano para establecer su responsabilidad.²⁰⁶ Tanto más que el COIP, hace una

²⁰⁵ Ecuador, Consejo de la Judicatura, Resolución de 6 de febrero de 215, expediente disciplinario No. MOT-122-SNCD-2015-PM.

²⁰⁶ De hecho, también en el artículo 107.9 del COFJ se establece como infracción leve, el ocasionar daño leve a los bienes de la Función Judicial, *particularmente los informáticos* (énfasis

referencia especial hacia el ilícito cometido sobre sistemas relacionados con servicios públicos, de lo que se colige además, que ambos casos se trata del mismo bien jurídico tutelado, esto es, la seguridad de los sistemas de información, en este caso de aquellos con los que se presta un servicio público.

2.3 Conclusiones generales aplicables a las infracciones que a su vez son delitos penales y no se establece prejudicialidad expresa

Nos referimos a las infracciones establecidas en los arts. 108 numeral 3 y 109 numerales 9,10,11 y 12 del COFJ, cuyo análisis antecede y, respecto de las cuales, como hemos visto, dicho Código no establece prejudicialidad expresa en la vía penal o remisión para algún tipo de pronunciamiento previo en este ámbito.

La polémica que se ha generado ante esta particularidad del régimen disciplinario general y que es aplicable al de la Función Judicial, es que, no es necesario aplicar la figura de la prejudicialidad penal, en razón de que cada uno de estos ámbitos del *ius puniendi* estatal, son de naturaleza distinta y por tanto protegen diferentes bienes jurídicos.²⁰⁷ Sin embargo, como hemos visto, si bien en términos generales el bien jurídico que se protege con la potestad administrativa disciplinaria, es el de precautelar y garantizar el cumplimiento de los fines de la administración, cada una de las conductas tipificadas como antijurídicas en ese ámbito, llevan inmersas la protección de un bien jurídico, que como vimos, muchas veces corresponde al mismo bien jurídico protegido en el ámbito penal.²⁰⁸ Al respecto Gómez Tomillo y Sanz Rubiales señalan, que, aunque preservar el orden y la disciplina internos es el fundamento de una infracción disciplinaria, esto no puede concebirse con un fin en sí mismo “sino que se trata de un bien jurídico mediato cuya finalidad última debe ser otra, por ejemplo, el

añadido). Sin embargo, no existen presupuesto en el COFJ que permitan establecer cuando se presenta daño leve y cuándo se manipula o atenta gravemente.

²⁰⁷ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales en su análisis sobre la aplicación del principio *non bis in idem* a los ilícitos disciplinarios, refieren que la doctrina ha intentado -por ejemplo- justificar la doble punición de una conducta, “basados en la diversa naturaleza que presentan unas y otras sanciones”. Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 269.

²⁰⁸ En un análisis que sobre los bienes jurídicos que tutela del ilícito penal y el ilícito disciplinario, los citados autores realizan, refieren que lo injusto de los ilícitos disciplinarios “se agotan en la infracción del deber impuesto para la preservación de la organización” y, lo injusto de los penales, cuando implica la infracción de tales deberes “exige además la afección de alguna de las cualidades que la actividad desarrollada debe poseer” para considerarse que sirve a la población en general. “En definitiva, [en esos casos] no se aprecia en el ilícito disciplinario, lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno diferente del tutelado por medio de la infracción criminal”. *Ibid.*, 276

correcto funcionamiento de la administración, su adecuación a la legalidad vigente, la eficacia administrativa, etc.”.²⁰⁹

Como vimos, en el contexto de la prejudicialidad dentro de la potestad disciplinaria de la administración, entran en juego o se deben considerar los principios de legalidad y tipicidad; *non bis in ídem*; presunción de inocencia y ser juzgado por juez competente; que fueron estudiados en el capítulo anterior y respecto de los cuales, se arribó a una conclusión sobre la relación que podrían tener con dicha figura jurídica.

Para contextualizarlos con el análisis que nos encontramos realizando en este capítulo, nos referiremos brevemente a ellos, a fin de relacionarlos con los argumentos en que nos hemos fundamentado, para sostener la tesis de que se debe aplicar la prejudicialidad heterogénea penal en el régimen disciplinario de la Función Judicial.

En cuanto al principio de legalidad y tipicidad tenemos que, la competencia o potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura sobre los funcionarios judiciales se encuentra debidamente establecida en la Constitución y en la Ley (COFJ). Así también, las infracciones y sanciones están tipificadas observando el principio de reserva de ley; y, el procedimiento disciplinario es el establecido en el Reglamento emitido por el Consejo, en virtud de la facultad que las mismas normas le confieren para el efecto. Sin embargo, en cuanto al hecho de que algunas de las infracciones graves y gravísimas sean a la vez delitos tipificados en el COIP, ni en el COFJ, ni en el Reglamento codificado se ha considerado este particular, de tal forma que, no se encuentra establecida expresamente la obligatoriedad de aplicar la prejudicialidad penal u otras actividades procesales relacionadas. Tanto más que, como vimos, en algunos casos nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados, lo que es propio del derecho administrativo sancionatorio, en el que generalmente son permitidos los tipos en blanco. Sin embargo, en estos casos, vemos que ni siquiera existe remisión hacia normas infra legales.

Recordemos, además, que, en una de las sentencias analizadas, fue criterio de la entonces Corte Suprema de Justicia, que por cuanto este tipo de cuestión prejudicial no estaba expresamente establecida en la Ley, no podía ser considerada y menos aplicada en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos. En ese sentido, es criterio personal, que el ordenamiento normativo del régimen disciplinario de la Función Judicial debería ser claro en cuanto a los límites en el procedimiento para imponer

²⁰⁹ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 275-6.

sanciones disciplinarias en esos casos. Dado que ni la jurisprudencia ha logrado alcanzar criterios unánimes al respecto, es necesario que el legislador se ocupe de solventar estos vacíos legales.

En cuanto al principio *non bis in ídem*²¹⁰ concluimos que este —tal y como se encuentra configurado en nuestra Constitución y ordenamiento jurídico en general— no se vería afectado con la aplicación de la prejudicialidad penal, puesto que, está claro que la responsabilidad de los funcionarios públicos incluidos los judiciales, puede ser de naturaleza administrativa, penal o civil sin perjuicio de que una misma conducta alcance o genere una sanción en cada materia, sin que por ello se pueda alegar vulneración a dicho principio.²¹¹ Sin embargo, persiste la necesidad de establecer que ámbito de *ius puniendi* estatal debe intervenir primero, si el penal o el disciplinario. A mi criterio el primero, pues solo el juez penal es el competente para determinar la existencia de un ilícito de esa naturaleza, es decir, para comprobar conforme a derecho la configuración de todos los elementos que constituyen determinada conducta penal, hecho lo cual, la administración podría continuar el sumario disciplinario para imponer la sanción correspondiente.²¹² Tanto más que el COIP respecto al principio que nos ocupa, establece en el artículo 5 numeral 9 que de la responsabilidad penal pueden derivarse otras responsabilidades que también pueden ser sancionadas. Esto evitaría posibles resoluciones contradictorias que pongan en tela de duda el régimen disciplinario de la administración, puesto que podría darse el caso de que el CJ sancione una infracción disciplinaria que luego en el ámbito penal obtenga un auto o sentencia absolutoria.²¹³

Finalmente, en cuanto a la presunción de inocencia y a ser juzgado por juez competente, se ha podido evidenciar que la jurisprudencia en nuestro país, no ha

²¹⁰ Que como lo refieren Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, es en el derecho disciplinario donde su aplicación es más controvertida. *Ibíd.*, 268.

²¹¹ No es el objeto de esta tesis analizar el alcance del principio en el derecho disciplinario, sin embargo, considero pertinente mencionar que como lo refieren Gómez Tomillo y Sanz Rubiales “existe una importante corriente crítica en la literatura respecto a la posibilidad de aplicar conjuntamente sanciones penales y disciplinarias”. *Ibíd.*, 270

²¹² A manera de referencia, se puede citar el caso español en donde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional si bien admite una excepción a la prohibición de la doble sanción, esta es, en los casos en los que no exista “una relación de supremacía especial de la Administración”, se otorga la preferencia para enjuiciar un hecho ilícito, al juez penal según el régimen general de la prejudicialidad, por lo que, no puede prescindirse de la sentencia penal para la decisión en un procedimiento administrativo. García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 191-3; Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 263-4.

²¹³ Como ejemplo, se cita uno de los casos en que el CJ sancionó a un funcionario judicial por la infracción tipificada en el artículo 109, numeral 10, esto es por acoso sexual. La resolución mediante la cual fue destituido dicho funcionario se dictó el 2 de mayo de 2016, y si bien no existe aún sentencia absolutoria, el hecho puesto en conocimiento de la Fiscalía no ha pasado de la etapa de investigación previa. Expediente Disciplinario OF-1327-SNCD-2015-LV.

alcanzado un consenso respecto a si se vulneran o no dichas garantías del debido proceso cuando un organismo administrativo sanciona a un funcionario por una infracción que a la vez constituye un delito penal, sin contar previamente con una sentencia condenatoria.

Uno de los argumentos para determinar que no son vulneradas las garantías, es precisamente la naturaleza de ambas ramas del *ius puniendi* pues se afirma que protegen bienes jurídicos diferentes y que, por tanto, no se requiere aplicar o considerar como un caso de prejudicialidad penal. Y que la autoridad administrativa tiene capacidad jurídica —competencia— para imponer una sanción disciplinaria en razón de que la Constitución y a la Ley le otorga esa facultad como órgano de vigilancia y disciplina de los funcionarios estatales, la misma que también establece las infracciones y sanciones que aplican en dicho régimen.

Del otro lado, quienes afirman que, si se vulneran dichas garantías, arguyen que solo el juez penal puede declarar la existencia de una conducta delictiva y si la autoridad administrativa sanciona a un funcionario sin contar con una sentencia condenatoria, vulnera no solo el principio de inocencia, sino el de ser juzgado por juez competente.

Al parecer, esa diferencia de criterios, obedece al escaso desarrollo que sobre derecho administrativo disciplinario se ha producido en nuestra legislación y en la jurisprudencia. De tal forma que, se evidencia la necesidad de que esta rama de la potestad punitiva del estado sea abordada a fin de esclarecer sus normas sustantivas, así como sus procedimientos, para que en su aplicación no queden dudas sobre el cumplimiento de las garantías del debido proceso.

Como hemos visto, la presunción de inocencia y en ese contexto, ser juzgado por un juez competente, está bastante relacionado con la figura de la prejudicialidad, pues esta, exige el pronunciamiento previo de un órgano o instancia distinta al que conoce un hecho, para poder iniciar o continuar un procedimiento disciplinario. En el caso que se analiza en este trabajo, nos decantamos por la jurisprudencia que establece que se vulneran las referidas garantías constitucionales cuando un funcionario público es sancionado por una infracción que requiere la sentencia condenatoria del juez penal, en tanto que dicha infracción se encuentre tipificada a la vez como ilícito en esa materia.

Es imposible desconocer las diferencias entre la naturaleza, características y bienes jurídicos protegidos por cada una de dichas ramas del *ius puniendi* estatal, sin embargo, se considera que las mismas no justifican suficientemente el hecho de que el legislador establezca en dos ordenamientos jurídicos distintos una misma conducta y

que en virtud de encontrarse esas infracciones tipificadas en una ley de carácter administrativo, sus órganos o autoridades tengan por eso la capacidad legal de hacer las veces de un juez penal y establecer su comisión. En ese contexto, considero, no que las infracciones deban ser eliminadas del régimen disciplinario, pero sí que se establezca diferencias entre unas y otras, y de no ser posible esto, al menos debe contarse con reglas claras de procedimiento cuando se trate de ese tipo de infracciones. De ahí la importancia de desarrollar la figura jurídica de prejudicialidad en nuestro ordenamiento jurídico.²¹⁴

Por tanto, reitero mi criterio de que, en el ámbito disciplinario de la Función Judicial, dada la existencia de infracciones que a la vez son delitos penales, y en base a los elementos analizados en cada una de estas, es procedente la prejudicialidad heterogénea penal. Sin embargo, por cuanto la misma no se encuentra reconocida dentro del régimen disciplinario de los funcionarios públicos en el Ecuador, incluidos los judiciales; para su efectiva y correcta aplicación, es necesario considerar aspectos relacionados con el procedimiento sancionatorio, tales como: momento en que debe declararse la cuestión prejudicial y sus efectos en torno a la suspensión o continuidad del procedimiento disciplinario, para por ejemplo, evitar que la potestad disciplinaria del CJ y sus fines, se vean interferidos.

Al respecto, cuando el funcionario competente tiene conocimiento, vía queja o denuncia, de la comisión de alguna de las infracciones tipificadas en el COFJ, de conformidad con el Reglamento codificado, debe realizar un examen de admisibilidad a fin de verificar si la misma cumple con los requisitos que dicho Reglamento y el COFJ establece para su presentación. Así como también, los plazos de prescripción de la acción. Si se supera esta etapa de análisis de forma, el Coordinador Provincial de Control Disciplinario debe realizar el análisis de fondo, que consiste en revisar el contenido de la denuncia o queja y verificar si los hechos denunciados se encuentran dentro de los tipificados como infracciones en el COFJ y que no se trata de actos netamente jurisdiccionales.

²¹⁴ Como lo refieren Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, determinar el elemento diferenciador entre la norma penal y la administrativa disciplinaria, es un juicio que no le debería corresponder “ni al interprete ni al aplicador del derecho, sino al poder legislativo.” En la misma línea, recordemos que Rando Casermeiro, sostiene que el problema de la diferenciación del derecho penal y el derecho administrativo sancionador, es de política legislativa. Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador*, 274-5. Rando Casermeiro, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*.

Por lo que, podría ser en la etapa de análisis de fondo, el momento procesal en el que la autoridad o funcionario competente —al revisar la infracción denunciada— deba verificar si se trata de una de las que tiene relación con un delito penal, en cuyo caso tendrá que disponer, que el hecho sea puesto en conocimiento de la Fiscalía, para el trámite correspondiente. Por cuanto en este caso se tendría que, la denuncia o queja ha superado el análisis de forma y de fondo, debería ser admitida a trámite, suspendiendo el inicio o apertura del sumario hasta cuando se cuente con el pronunciamiento, esto es, la sentencia condenatoria ejecutoriada de la jurisdicción penal.

Al respecto, surge la siguiente cuestión: ¿el CJ no podrá activar su potestad disciplinaria mientras no exista sentencia penal condenatoria? Considero que la prejudicialidad no debería bajo ningún concepto, constituir una forma de evadir la responsabilidad jurídica que tiene todos los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Tanto más que, conforme nuestro ordenamiento jurídico, un funcionario público puede ser civil, penal y administrativamente responsable por un mismo hecho, sin que esto signifique vulneración del principio *non bis in ídem*. Por tanto, se puede considerar dentro del proceso administrativo, figuras jurídicas que permitan ejercer en forma efectiva, la acción disciplinaria, en este caso, del CJ; y que, además, observen en todo momento, las garantías básicas del debido proceso, así como también, garanticen y precautelen los fines y objetivos de la administración.

Precisamente, el artículo 153 del COFJ, prevé la figura de *suspensión de la jurisdicción*, por la que se establece, que

La jurisdicción de la jueza o del juez se suspende:1. Por haberse dictado auto de llamamiento a juicio penal en su contra, por delito sancionado con pena de privación de la libertad, hasta que se dicte sentencia ratificatoria de inocencia, en cuyo caso recuperará la jurisdicción, o sentencia condenatoria, en cuyo caso definitivamente la habrá perdido

Claro está que esta suspensión solo es aplicable para el caso de funcionarios que ejercen jurisdicción y cuando exista auto de llamamiento a juicio. Es decir, durante las etapas, pre procesal de investigación previa; instrucción fiscal, y preparatoria de juicio, dichos funcionarios podrían continuar en el ejercicio de sus cargos. Tampoco se considera la eventualidad de que sea otro tipo de servidor de la Función Judicial el que pueda recibir un auto de llamamiento a juicio.

En todo caso, en base a la posibilidad que se plantea en esta norma, es mi criterio, que, estableciéndose la prejudicialidad penal para las infracciones graves y gravísimas tipificadas en el COFJ, se podría —el momento en que se admite la queja o denuncia— precisamente en razón de la suspensión del inicio o apertura del sumario disciplinario, por cuanto el hecho debe ponerse en conocimiento de la Fiscalía; disponer la suspensión de funciones en el puesto o cargo que ostenta el servidor contra quien se haya iniciado dicho el proceso; y, que sea trasladado a otra dependencia mientras dura el proceso penal. No podría aplicarse suspensión de funciones sin goce de remuneración, en razón de que esta medida, se prevé como sanción por la comisión de infracciones graves.

De esta forma se estarían arbitrando a favor de la administración y principalmente, de la sociedad a la que se debe, las medidas necesarias para garantizar la prestación de un servicio de justicia, que cumpla con los fines y principios que los rige; y, por otro lado, se garantiza el derecho a la presunción de inocencia, que constituye una de los principios básicos del debido proceso que debe observarse en todo proceso en el que se determine derechos y obligaciones.

Otra de las cuestiones que surge en torno a la suspensión del procedimiento administrativo disciplinario —la misma que como se ha visto, es una consecuencia jurídica de la aplicación de la prejudicialidad— es aquella relacionada a la prescripción de la acción. Puesto que se considera que, si para resolver sobre la responsabilidad de un servidor en la comisión de una infracción que a la vez constituye delito penal, el órgano administrativo disciplinario de la Función Judicial, debe contar con la sentencia ejecutoriada de la jurisdicción penal, podría prescribir su facultad sancionatoria. Al respecto, el artículo 106 del COFJ en cuanto a los plazos para que opere la prescripción de la acción, establece que, en caso de queja o denuncia desde que se cometió la infracción; y en el caso de acciones de oficio, desde la fecha que tuvo conocimiento la autoridad sancionadora; la acción disciplinaria prescribe, por infracciones susceptibles de sanción de suspensión de funciones sin goce de remuneración en el plazo de sesenta días; y, por infracciones susceptibles de destitución, en el plazo de un año. Sin embargo, para las infracciones vinculadas con un delito, se establece un plazo de prescripción de cinco años.

De la citada norma se tiene que, para las infracciones sancionadas con destitución —que son en general donde están enmarcadas aquellas que a la vez constituyen infracciones en el COIP— el legislador ha previsto que la prescripción

opera en cinco años, precisamente en aquellos casos que estén vinculados con delitos, y solo, los que no, prescriben en un año.

¿Por qué el legislador habría previsto un plazo de prescripción “especial” para las infracciones vinculadas con delitos? En mi criterio, precisamente porque el conocimiento y resolución de conductas delictivas le corresponde a otra instancia, es decir, la jurisdicción penal —no se explica otra razón por la que se haya considerado ampliar el plazo para que opere la prescripción— cuyo proceso hasta obtener la sentencia condenatoria o absolutoria de ser el caso, tarda más o menos ese tiempo. De tal forma que, esta disposición expresa sobre el plazo de prescripción en infracciones vinculadas con algún delito, permitiría, aplicar adecuadamente la prejudicialidad penal para aquellas infracciones. Es decir —en mi criterio—este plazo “especial”, blindaría la acción disciplinaria del CJ en casos en los que debe aplicarse la prejudicialidad penal. Tanto más que, en el caso de que se obtuviera una sentencia condenatoria fuera de este plazo, el CJ podría iniciar el sumario disciplinario con sanción de destitución, por la infracción del artículo 109, numeral 8, esto, por existir sentencia condenatoria con sanción de privación de libertad. Es decir, el CJ en ningún momento perdería su derecho de ejercer la potestad disciplinaria.

Para finalizar este análisis, tomando en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico no establece la prejudicialidad penal heterogénea para ejercer la acción disciplinaria, y dado que su inaplicación tal como lo hemos analizado podría vulnerar algunas garantías constitucionales del debido proceso, considero pertinente referirme a dos de los principios de aplicación de los derechos, que se determinan en el artículo 11 de la Constitución:

3. 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.

Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

En ese sentido, el COFJ en su artículo 4 establece el principio de supremacía constitucional, por el cual determina que, además de los jueces, *las autoridades administrativas* y todos los servidores de la Función Judicial deben aplicar las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. De tal manera que en las decisiones no se restrinja, menoscabe o inobserve su contenido.

Así mismo, en el artículo 5 *Ibíd.*, por el principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional, se establece igualmente que, no solo los jueces, sino *las autoridades administrativas* y demás servidores de la Función Judicial, deben aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Y que,

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

Al respecto, hemos visto, que una de las garantías constitucionales que debe observarse en todo procedimiento disciplinario es la presunción de inocencia y el ser juzgado por juez competente. De ahí que, el órgano administrativo con potestad sancionadora, sin necesidad de que exista norma legal específica al respecto, debe garantizar el ejercicio de esas garantías. En el caso de la prejudicialidad, vemos que, si un servidor público es destituido por la comisión de una infracción que a la vez está tipificada como delito penal, sin que exista una sentencia condenatoria, se estaría inobservando las citadas garantías del debido proceso. En tal virtud, es obligación de la administración con la que mantiene una relación de subordinación, aplicar en forma directa los principios y garantías del debido proceso y derecho a la defensa, previstas en la Constitución para todos los procesos en lo que se determine derechos y obligaciones, y, por tanto, activar las medidas necesarias para evitar su vulneración o restricción.

En base a lo expuesto, me atrevo a concluir que sin desconocer la potestad administrativa disciplinaria que tiene en este caso el CJ, que está por demás justificada en las facultades que la Constitución y la Ley le otorgan como órgano de vigilancia y disciplina de la Función Judicial, así como en la necesidad de velar por el correcto

funcionamiento del servicio de justicia; este no tiene la capacidad jurídica para determinar la existencia de un delito. Considero que un estado social de derecho, una conducta penal no puede ser sancionable en primera instancia, por una autoridad administrativa —aunque su sanción no sea privativa de libertad— sino que es el juez penal quien legalmente ostenta la autoridad y la competencia para hacerlo. Es decir, debería existir pronunciamiento previo que determine la configuración de los elementos constitutivos del ilícito penal, para a partir de ello, iniciar o continuar las otras acciones que se deriven de la comisión de ese ilícito, en el caso en cuestión, las administrativas, sin que, por esto, conforme nuestro ordenamiento, se pueda alegar vulneración del principio *non bis in ídem*.

En palabras de Milton Velásquez “la punición administrativa es otra expresión del *ius puniendi* estatal que merece y debe ser diferenciada del derecho penal; y de manera concreta, las infracciones administrativas de los ilícitos penales”.²¹⁵

Para finalizar, a continuación, a manera de resumen, se presenta un cuadro esquemático sobre cada una de las infracciones analizadas, en las que se identifica si aplica o no la figura de la prejudicialidad.

Tabla 3
Identificación de las infracciones disciplinarias del COFJ en las que aplica la prejudicialidad

Hecho o conducta	Tipificación en el COFJ	Prejudicialidad	Requisito de procedibilidad
Agredir de palabra o por escrito, siempre que los términos empleados constituyan injuria grave, según el Código Penal, o de obra a sus superiores o inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio	Artículo 108.1	✓	
Propiciar, organizar o ser activista en paralizaciones del servicio de justicia	Artículo 108.3	✓	
Haber recibido condena en firme como autor o cómplice de un delito doloso reprimido con pena de privación de la libertad	Artículo 109.8		✓

²¹⁵ Velásquez Díaz, *¿Control administrativo de la Jurisdicción?*, 381

Proporcionar información falsa o utilizar documentos falsos para la selección concurso de oposición y méritos e inscripción de su nombramiento	Artículo 109.9	✓	
Acosar sexualmente a sus inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio. Ofrecer favores de este tipo a sus superiores a cambio de obtener un trato preferencial	Artículo 109.10	✓ Por los elementos que configuran la conducta, no se requiere pronunciamiento previo de otro órgano. Pues no se encuentra tipificada como delito penal.	
Solicitar o recibir prestamos en dinero u otros bienes, favores o servicios, que por sus características pongan en tela de juicio la imparcialidad del servidor de la Función Judicial en el servicio que le corresponde prestar	Artículo 109.11	✓	
Manipular o atentar gravemente contra el sistema informático de la Función Judicial	Artículo 109.12	✓	

Fuente: COFJ, 2015. Análisis Capítulo III de esta tesis
Elaboración propia

Conclusiones

La prejudicialidad es una figura jurídica que no se encuentra suficientemente desarrollada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de tal forma que, no existe norma expresa que establezca la prejudicialidad dentro de los procedimientos administrativos disciplinarios de la función pública, incluida la Judicial.

Por tanto, es necesario que esto entre en análisis profundo por parte de los organismos involucrados, como son la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional, el CJ y naturalmente de profesionales del Derecho y doctrinarios en la materia. Análisis que debe ir más allá de la general afirmación de que entre del derecho penal y el derecho administrativo se presentan diferencias cualitativas que permiten sin más, que en un ordenamiento jurídico una misma conducta constituya ilícito administrativo e ilícito penal al mismo tiempo, sin que se establezcan al respecto, criterios o reglas mínimas en sus procedimientos sancionatorios con miras a garantizar en todo momento los principios básicos del debido proceso.

Cabe precisar que tal criterio, no sugiere, evadir la responsabilidad penal, administrativa y civil que pudiera generarse de una misma conducta antijurídica realizada por parte de un servidor público, sino que, tales responsabilidades sean determinadas en base a normas claras y procedimientos disciplinarios que en la práctica respeten el marco legal y constitucional vigente.

De ahí que se considera necesario, que en la tipificación de las infracciones disciplinarias que la vez constituyen ilícitos penales, se establezcan elementos que permitan identificar con claridad cuando pueden ser sancionadas sin necesidad de contar con sentencia penal previa y cuando no.

Del análisis de un total de 7 infracciones: 1 grave y 6 gravísimas, tipificadas en el COFJ, se evidencia la importancia de que, en el régimen disciplinario de la Función Judicial, se establezca para casos expresos, la figura de la prejudicialidad penal devolutiva. Con miras a que se respete el derecho a la presunción de inocencia de los sumariados.

Existen seis casos de infracciones estrechamente relacionadas con conductas delictivas tipificadas en el COIP, respecto de la cuales, no se puede alegar que se trata de bienes jurídicos diferentes por el solo hecho de estar tipificadas en una norma

administrativa y en una penal, respectivamente. Por tanto, para que estas puedan ser sancionadas sin sentencia penal condenatoria, sería necesario que el COFJ determine elementos propios y diferenciadores del ilícito penal, para que el CJ pueda sin lugar a dudas, establecer responsabilidad administrativa, sin perjuicio de las otras responsabilidades que pudieran derivarse.

Es necesario que las instancias correspondientes, en base al alcance de la prejudicialidad, sus fines y consecuencias, y bajo el análisis de los principios y garantías del debido proceso relacionados, establezcan parámetros claros sobre su aplicación, con miras a contar con procedimientos en los que, como manda la Constitución, se respeten en todo momento, las garantías básicas del debido proceso.

Bibliografía

- Amaquiña Masabanda, Mónica Elizabeth. *La prejudicialidad en la instauración del sumario administrativo en el delito de peculado*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014.
- Balbín, Carlos F. *Curso de derecho administrativo. T. 1*. 1. ed., 1. reimp. Producto universitario. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- Blum Carcelén, Jorge M. *Falsedad material en documento público*. Quito, Ecuador: Gaceta Judicial, 2012.
- Carrasquilla, Juan Fernández. *Derecho penal fundamental*, reimpresión de la 2ª. ed. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1989.
- Cesano, José Daniel. *Cuestiones de prejudicialidad penal: aportes para el estudio de la influencia de la sentencia penal sobre la civil en los procesos de responsabilidad por daños derivados de delitos culposos*. Colección lecciones y ensayos de derecho procesal 2. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2001.
- Cerezo Mir, José. *Temas fundamentales del derecho penal*, Colección Autores de derecho penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.
- Echandía, Nociones generales del derecho procesal civil. Madrid: Aguilar, 1966.
- Flood Garabi, Digna. *En el ámbito de las sanciones administrativas es necesaria la prejudicialidad penal*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá -Colombia: Editorial Temis, Palestra, 2008.
- . *Curso de derecho administrativo*. 12.ª ed. Madrid: Civitas, 2011.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del derecho disciplinario*. 3a ed., actualizada de acuerdo de con la Ley 734 de 202 y la Jurisprudencia de la Corte constitucional en la materia. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, y Mario Roberto Molano López. *La relación especial de sujeción: estudios*. 1a ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Gómez Tomillo, Manuel, y Íñigo Sanz Rubiales. *Derecho Administrativo Sancionador: parte general, teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2010.

- Ivanega, Miriam M. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*. Segunda edición actualizada y Ampliada. Buenos Aires: Rap, 2013.
- López Javier y García de la Serrana, en “Cosa juzgada, prejudicialidad y litispendencia: cuestiones controvertidas”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, No. 69: 2019.
- Mir Puig, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.
- Morcillo Moreno, Juana. *Teoría y práctica de Las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo: Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos ámbitos jurisdiccionales*. España: La ley, 2007.
- Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, 2a ed. Barcelona: Bosch, 2001
- Nieto, Alejandro. *El desgobierno judicial*. 2. ed. Colección Estructuras y procesos. Madrid: Editorial Trotta: Fundación Alfonso Martín Escudero, 2005.
- Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2018.
- Ossa Arbeláez, Jaime. *Derecho administrativo sancionador: una aproximación dogmática*. Bogotá: Legis, 2009.
- Oyarte Martínez, Rafael. *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*. Edición primera. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Pásara, Luis. *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, 2014.
- Rando Casermeiro, Pablo. *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica*. Tirant monografías 704. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática practicable del derecho disciplinario - Preguntas y respuestas-*. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- Serrana, Javier López y García de la Serrana. “Cosa juzgada, prejudicialidad y litispendencia: cuestiones controvertidas”. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, N° 69: 2019.
- Silva de Lapuerta, Marta, Mariano Herranz Vega, España, y Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado. *Manual de derecho administrativo sancionador*. Tomo 1, España: Navarra, ES, Aranzadi, 2013.
- Ulloa Reyna, Marco Antonio. “Los medios técnicos de defensa”, *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 9, No. 8. 29 de junio de 2014: doi:10.21503/lex.v9i8.408.

- Vaca Andrade, Ricardo. *Manual de derecho procesal penal*. 4a. ed. actualizada. Cátedra, No. 11-1, 11-2. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Velásquez Díaz, Milton. *¿Control administrativo de la Jurisdicción? régimen disciplinario del juez-burócrata español y ecuatoriano*. Espíritu Santo, Ecuador: UEES, Universidad Espíritu Santo, 2018.
- Villagómez Cebrián, Marco, y Víctor Moreno Catena. *Manual de organización judicial*. 3ra ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- Villoria Mendieta, Manuel, y Eloísa del Pino. *Dirección y gestión de recursos humanos en las administraciones públicas*. Madrid: Tecnos, 2009

Jurisprudencia

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Informe No. 110/18, Caso 12.678 Fondo. Paola del Rosario Albarracín Guzmán y familiares. 5 de octubre de 2018.
- Colombia, *Corte Constitucional*, Expediente CRF-003, 2 de septiembre de 2009, Prejudicialidad en proceso de constitucionalidad. Auto de 22 de septiembre de 2009.
- Ecuador, *Corte Constitucional*, Primera Sala, Resolución No. 1411-08-RA, 14 de octubre de 2009.
- Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 030-16-SEP-CC, 3 de febrero de 2016
- Ecuador, *Corte Constitucional*, Caso 2161-11-EP, Sentencia 221-14-SEP-CC, 26 de noviembre de 2014.
- Ecuador, *Corte Constitucional*, para el periodo de transición, Caso N.º 1066-10-EP.
- Ecuador, Sentencia 065-12-SEP-CC. Caso N.º 1180-11-EP.
- Ecuador, Sentencia N.º 012-14-SEP-CC.
- Ecuador, *Corte Constitucional*, Sentencia 1149-07-RA, Registro Oficial 607, Suplemento, 8 de junio de 2009.
- Ecuador, *Corte Nacional de Justicia*, Resolución N° 12-2017, 3 de mayo de 2017.
- Ecuador, *Corte Suprema de Justicia*, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 456, Sentencia de 14 de noviembre de 2007, Registro Oficial No. 39, Suplemento, 2 de octubre de 2009.

España, *Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal*, Sentencia de 7 de agosto de 2008 (Procedimiento abreviado N° 2/2008), Caso cohecho, 7 de agosto de 2008.

Leyes

Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

Ecuador, *Ley Orgánica de Servicio Público*, Registro Oficial 294, Segundo Suplemento, 6 de octubre de 2010.

Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009.

Ecuador, *Ley Orgánica de Educación Intercultural*, Registro Oficial 417, Segundo Suplemento, 31 de marzo de 2011.

Ecuador, *Reglamento General Ley Orgánica de Educación Intercultural*, Registro Oficial 754, Suplemento, 26 de julio de 2012.

Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, última modificación 10 de enero de 2014.

Ecuador, *Codificación del Reglamento para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Consejo de la Judicatura*, Resolución No. 29-2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura, Registro Oficial 455, Suplemento, 10 de marzo de 2015.