

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Administrativo y Contratación Pública

Las resoluciones de destitución de la Contraloría General del Estado y su impugnación, más allá de la mera legalidad

Carlos Ernesto Becilla Peñafiel

Tutor: Álvaro Renato Mejía Salazar

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Carlos Ernesto Becilla Peñafiel, autor del trabajo intitulado “Las resoluciones de destitución de la Contraloría General del Estado y su impugnación, más allá de la mera legalidad”, 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 Administrativo y Contratación Pública 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.

12 de marzo de 2021

Firma: _____

Resumen

En el marco del control de la actividad administrativa del Estado, esta investigación analiza a la actividad contralora estatal ecuatoriana ejercida por la Contraloría General del Estado (en adelante, CGE) y sus atribuciones legales. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, como fuente de las atribuciones conferidas a la CGE, otorga la potestad sancionadora a este organismo. Sin embargo, el elemento primordial de esta potestad es el principio de legalidad, traducido a breves rasgos como una garantía ciudadana de contar con un debido procedimiento administrativo que garantice la objetividad y mayor certeza del criterio al que arriba la administración al momento de imponer una sanción. El hecho de que la ley queda corta al momento de prever con claridad las hipótesis normativas para el procedimiento de ejecución de sanciones, deja un escollo para que la administración y los ciudadanos sostengan tesis perfectamente contrapuestas, e inclusive, de entrar en un mecanismo de persecución política. Este estudio pretende analizar a la sanción de destitución desde su origen doctrinario y determinar si la misma, al ser impuesta a un funcionario de elección popular, que cuenta con otros mecanismos de control principalmente políticos y que ha sido designado en su cargo mediante el sufragio popular, es factible ejecutarla por medio de un órgano externo como es la CGE. Para el desarrollo del presente trabajo, se ha utilizado la investigación-acción como método de análisis documental con enfoque teórico para el procesamiento de información. Al respecto, se concluye esta investigación con una propuesta para reforzar la seguridad jurídica al procedimiento de ejecución de la sanción de destitución contra autoridades de elección popular, a fin de evitar vacíos legales o discrecionalidades que podrían ser utilizados como mecanismos de persecución política.

Palabras clave: autoridades de elección popular, legalidad, ejecución, derecho disciplinario, sanción, control.

Al eterno ideal de buscar leyes más justas y menos políticamente correctas.

Agradecimientos

A Dios y las bendiciones que me dio en la vida: mamá, papá, hermanos y mi esposa Lorena.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero La Contraloría General del Estado como auditor de las instituciones del Estado	15
1. El derecho de control: potestad controladora y sancionadora del Estado.....	15
1.1. Conceptualización del control como actividad	15
1.2. Conceptualización del control como disciplina jurídica	19
1.3. Conceptualización del control como potestad pública.....	21
1.4. La potestad sancionadora	21
2. Tipos de control del sector público	23
3. La Contraloría General del Estado como órgano de control externo de las instituciones públicas y sus funcionarios: breve contexto histórico y jurídico	27
3.1 Breve análisis histórico de la CGE	31
3.2 Ley Orgánica de Hacienda	32
3.3 Ley Orgánica de Administración Financiera y Control	34
3.4 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.....	35
3.5 Sanciones que puede imponer la Contraloría General del Estado: La destitución.....	36
Capítulo segundo Los funcionarios públicos y sus responsabilidades	45
1. La Función Pública y los funcionarios públicos: Definición y clasificación.....	45
2. Tipos de responsabilidades de los funcionarios públicos de elección popular	55
2.1 Responsabilidad administrativa y sus componentes	55
2.2 Responsabilidad política	57
Capítulo tercero La ejecución de la sanción de destitución.....	59
1. La imposibilidad de la ejecución de sanciones de destitución emitidas por la Contraloría General del Estado	59
2. Imposibilidad por tipo de destinatario subjetivo.....	62

3. Imposibilidad por control de convencionalidad y contravención al Principio Democrático de los Estados.....	64
4. Imposibilidad de inhabilidad por especialidad de responsabilidades. Efectos colaterales de la destitución.....	69
Conclusiones y recomendaciones	79
Bibliografía.....	85

Introducción

El 7 de enero de 2019, el diario El Telégrafo emitió una nota titulada “Contraloría destituyó a 22 autoridades en tres años”.¹ En esta se hace referencia a las sanciones administrativas de destitución aplicadas por la Contraloría General del Estado (en adelante, CGE) en uso de sus atribuciones, contra autoridades de elección popular, entre ellos concejales, alcaldes y prefectos. En el artículo de prensa, el Contralor General del Estado manifiesta que muchas de estas resoluciones sancionatorias no se acatan por parte de las autoridades seccionales a pesar de que las mismas son de cumplimiento y ejecución obligatoria.

En ese contexto, resulta necesario explorar las disposiciones normativas de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante, Locge), referentes a la sanción de destitución y su ejecución para argumentar el porqué del incumplimiento de estas resoluciones y contextualizar el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la CGE. Para ello es necesario concebir a la potestad sancionadora desde su principio más relevante, el principio de legalidad.

Al respecto, cabe destacar que en todo procedimiento administrativo sancionador la legalidad reviste al mismo de dos garantías: la de ley cierta y la de ley previa. La ley previa hace alusión al mandato de tipificación normativa previo que debe existir, de tal manera que se facilita al ciudadano saber a qué atenerse; es decir, a tener conocimiento de la infracción y de su sanción como consecuencia. Por otro lado, la ley cierta se refiere a la certeza o precisión de la norma sancionatoria, teniendo por objeto reducir el margen de interpretación de esta. Así pues, la autoridad sancionatoria no puede crear infracciones a su arbitrio y, ni teniendo tipificadas las infracciones, puede darle una interpretación a conveniencia, ya que con ambas garantías se configura el principio de seguridad jurídica y el mandato de tipificación.

Precisamente, en un primer momento, este trabajo realiza un análisis legal desde el punto de vista dogmático para comprobar si los presupuestos legales, cumplen con estas características que desembocan en seguridad jurídica del administrado.

En el segundo capítulo de este trabajo investigativo, se analiza a los funcionarios públicos como sujetos de destino de las resoluciones de la CGE, precisando una distinción entre las diferentes responsabilidades y las formas de acceder al servicio público. Por ello, se

¹ El Telégrafo, “Contraloría destituyó a 22 autoridades en tres años”, *El Telégrafo*, 7 de enero de 2019, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/3/contraloria-destituyo-a-22-autoridades>.

disgrega entre los funcionarios públicos de carácter administrativo y los de carácter político, siendo los funcionarios políticos entre otros, los de elección popular. Vale precisar que, en cuanto a los funcionarios de elección popular su designación se perfecciona a través del sufragio universal, con lo cual se legitima su accionar público y decisiones.

Dichas decisiones repercuten en el accionar administrativo del Estado, de ahí que, la compleja estructura estatal demanda un sistema dinámico de controles internos y externos, técnicos y políticos. En este sentido, uno de los órganos especializados de control es la CGE, misma que facultada por la Logge, ejerce la potestad sancionatoria administrativa, al punto de establecer destituciones. Por lo que su accionar debe estar encaminado a un control técnico que revista de sustento las decisiones administrativas; empero, bajo el principio de jerarquía, a priori, dichas decisiones son ejecutadas por el mismo órgano al cual pertenece o pertenecía el servidor sancionado. Bajo esta premisa ¿qué órgano jerárquicamente superior tiene la autoridad electa popularmente?

En el tercer capítulo de este trabajo investigativo se abarca la posible solución al problema desde una perspectiva teórica que aglutina los preceptos y conceptos evocados en los dos capítulos que anteceden. De ahí que el método de investigación-acción aplicado al presente trabajo se enfoca en la investigación teórica para que, a través del análisis documental, se pueda esbozar una propuesta teórico-práctica para tornar en ejecutables las resoluciones de destitución de la CGE.

Capítulo primero

La Contraloría General del Estado como auditor de las instituciones del Estado

1. El derecho de control: potestad controladora y sancionadora del Estado

1.1. Conceptualización del control como actividad

En el campo del derecho administrativo, el control es abordado ya sea como una actividad, como una disciplina jurídica o inclusive como una potestad estatal. Lo cierto es que el término control puede generar muchas acciones y en algunos casos hasta generar responsabilidades.

La primera connotación que se aborda respecto al control es como un elemento inherente al poder. Al respecto, Rubén Flores-Dapkevicius afirma que el control “es el poder, jurídicamente regulado, realizado por el órgano de control, sobre el controlado. Es la esencia del Estado democrático”.² Con este concepto se asimila al control como una característica inherente del poder, el cual es legitimado a través de un marco jurídico, es así que, el control es poder.

Por lo tanto, para analizar el origen y funcionalidad del poder es necesario remitirse a la Teoría del Estado, en la cual su elemento central de estudio es el poder estatal. En este contexto, según Cassagne, el Estado ejerce su autoridad a través del poder; por lo tanto, el poder estatal tiene la finalidad de asegurar el orden social fundamentalmente a través de la ley.³ Así pues, el poder es el medio del Estado para mantener el orden social.

Por otra parte, Agustín Gordillo parte del concepto de personería jurídica y unitaria del Estado, acotando que, por medio de la Constitución, se habilita al Estado para que obligue a sus ciudadanos toda vez que es el mismo pueblo soberano que, a través de la Constitución, le dio al Estado esa facultad de mandar.⁴ De esta forma, Gordillo concluye que “el poder público

² Rubén Flores-Dapkevicius, “La teoría general del control en Uruguay”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 22 (2010): 135.

³ Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, 7.^a ed., vol. 2 (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002), 40–41, <http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/DERECHO%20ADMINISTRATIVO%20-%20TOMO%20II%20-%20JUAN%20CARLOS%20CASAGNE.pdf>.

⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Primeros manuales*, vol. 9, 2 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014), 578, https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroii/capitulo4.pdf.

es así una facultad de mandar, pero es distinto e inferior al poder soberano”.⁵ De ahí que, el Estado actúa con potestades públicas a través de los órganos que conforman sus funciones o poderes: ejecutivo, legislativo, judicial, electoral, y transparencia y control social.

Sin embargo, estas perspectivas del control y del poder pueden ser criticadas. Si se considera al control como el ejercicio de una relación de poder y subordinación se llegaría al punto de generar un Estado jerárquico y dependiente, es decir, un Estado donde las funciones se superpongan entre sí. Es por ello que, controlar implica tener poder, pero ello no implica necesariamente tener superposición o jerarquía ya que ello desarmonizaría el equilibrio que deben tener los poderes o funciones del Estado, tal como ya se lo planteaba desde tiempos de Aristóteles.⁶

Otra perspectiva desde la que se puede analizar el problema del control es como una potestad pública. Para Luciano Parejo Alfonso el control es un término polisémico que dentro de la dogmática jurídica no ha merecido un abordaje a tanta profundidad, enfocándolo como una realidad jurídica que se ha ido desarrollando por medio de actividades concretas a través de la historia. Tanto así que, para este autor, el control nace con el *ius inspectionis* propio de todo régimen soberano.⁷ Es decir, mientras exista una concepción de poder y, por consiguiente, exista un gobierno, es facultad inherente de este el *ius inspectionis* para mantener la vigilancia y el control del mismo.

De ahí que el control más allá del *ius inspectionis* o la potestad de control o inspección, puede ser abordado como un conjunto de actos indeterminados pero inherentes a toda organización, incluyendo la administrativa, ya que, mientras haya una organización habrá control entre órganos. Al respecto, Miriam Ivanega asegura que el control es una actividad jurídica que, enfocada en el derecho administrativo, se la debe abordar bajo la denominación de control público.⁸

Por otro lado, dentro de esta línea organicista, también puede considerarse al control como actos o actuaciones específicas. Así para Villegas y Olivares el control es:

El conjunto de procedimientos, medidas o métodos que se aplican por los diversos organismos o entes estatales para salvaguardar los recursos humanos, materiales y financieros, asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes, la obtención de los resultados de la

⁵ *Ibíd.*, 9:579.

⁶ Aristóteles, *La Política* (FV Éditions, 2014), 279, <https://es.scribd.com/read/287200366/La-Politica#>.

⁷ Luciano Parejo, “La vigilancia, la supervisión y el control administrativos (reflexiones sobre su formación, evolución y situación actual)”, en *El control de la actividad estatal*, vol. 1 (Buenos Aires, Argentina: Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2016), 185, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-parejo-vigilancia.pdf>.

⁸ Miriam Mabel Ivanega, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad* (Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003), 65.

gestión pública por parte de las entidades que integran el Sector Público Nacional, así como la utilización de los fondos públicos por parte de otras entidades, cualquiera sea su naturaleza jurídica.⁹

Por consiguiente, al considerar al control como un conjunto de medidas es imperante abordarlo como un sistema para su estudio. Al respecto, Marienhoff afirma que el sistema de controles o medios de fiscalización es necesario e inherente a toda organización administrativa. Este control constituye un conjunto de garantías de legitimidad, eficiencia y moralidad en la actividad administrativa y consecuentemente en la administración.¹⁰

Si es verdad el control puede versar como un conjunto de actividades materiales, no es menos cierto que estas actividades deben estar orientadas por una misma finalidad. De ahí que, en primer lugar, Marienhoff lo aborda como un sistema ordenado que pretende determinar la conformidad con la ley, con la efectividad de la utilización de los recursos o la rectitud moral de la administración.

Por otro lado, este sistema también debe recaer dentro de estamentos determinados de la organización administrativa. De ahí que Marienhoff detalla que la actividad contralora puede darse en tres estamentos, a saber: “a) en las relaciones interorgánicas e interadministrativas [...], b) en la actividad interna de la administración; c) en la actividad externa de la administración”.¹¹

Además, retornando al problema de dependencia y jerarquía abordado en líneas anteriores, para Marienhoff la aplicación del sistema de controles en los tres estamentos detallados no requiere necesariamente de una relación de subordinación. De ahí que, según Giannini, citado por Marienhoff, en los Estados modernos, entre los órganos constitucionales existe un principio de igualdad que los sitúa bajo un control recíproco entre ellos.¹²

En tal virtud, Ivanega agrega que el control debe encontrar su sustento en los principios de separación de poderes y legalidad.¹³ En cuanto a la separación de poderes porque los órganos constitucionales entre los que se distribuye el poder estatal tienen un mismo objetivo, el bien común; y, por consiguiente, los productos del ejercicio sus potestades públicas tienen que interactuar con los de otros órganos. Y por su parte, la legalidad que ofrece una garantía de no superposición de competencias ni abusos del poder de los órganos.

⁹ Gustavo Villegas del Solar y Gustavo Olivares, “El poder contralor”, *Themis: Revista de Derecho* 3 (1985): 61.

¹⁰ Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 3.ª ed., vol. 1 (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), 626.

¹¹ *Ibíd.*, 1:104.

¹² *Ibíd.*

¹³ Ivanega, *Mecanismos de control público*, 66.

De esta forma, se puede decir preliminarmente que el control es una actividad inherente a la administración, pública o privada. En el ámbito público permite el ejercicio del poder estatal de forma extraorgánica o intraorgánica. Por su parte, de forma extraorgánica, se deben observar los principios de igualdad, separación de poderes y legalidad, en los cuales se haya la razón de ser del control. Siendo la igualdad el principio para que las funciones se encuentren a la par en cuanto a su jerarquía; la separación de poderes, como el principio que confiere independencia para actuar y controlar; y, a la legalidad como límite de esa actuación. Cabe destacar que el control intraorgánico se diferencia del extraorgánico por cuanto se fundamenta en el principio de jerarquía existente entre el órgano controlador y el controlado.

Así, conforme recopila el autor José Fernández, el término control es un término polisémico que ha tenido diferentes acepciones, principalmente desde la lengua francesa e inglesa, de ahí que su abordaje comprende tres doctrinas: la doctrina iuspublicista francesa, la doctrina empresarial anglosajona y la doctrina italiana.

La doctrina iuspublicista francesa, señala el referido autor, se ha desarrollado la teoría clásica del control que se fundamenta en la comprobación y fiscalización.¹⁴ Así, el desarrollo francés asemeja el control a un juzgamiento o declaración crítica del accionar de un sujeto controlado. La crítica a esta teoría es que desarrolla un concepto restrictivo donde un sujeto (controlador) tiene el poder de crítica sobre otro (controlado).

La doctrina empresarial anglosajona se ha apalancado en la teoría de las organizaciones. Dentro de esta teoría se desarrolla el concepto de poder de mando.¹⁵ Así el control incluye la función de fiscalización, función normativa y función correctiva. De ahí que el control es un proceso metódico que de forma mínima debe incluir: definición del parámetro legal regular a ser contrastado, actuación concreta de la administración a ser controlada, apreciación de la contravención y acción necesaria para su corrección.

La doctrina italiana tiene un corte finalista. Concibe que la verdadera potestad fiscalizadora se ejerce mediante un examen comparativo que sólo se vuelve eficaz mediante una persecución y sanción en caso de existir alguna irregularidad.¹⁶ De ahí que esta concepción no solo abarca la fiscalización per se si no que avanza a la exigencia de determinación de responsabilidades y su castigo, pues, el control debe llegar a la corrección. Solo así puede haber un ejercicio completo y auténtico de la actividad fiscalizadora.

¹⁴ José Antonio Fernández, *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y la intervención general de la administración del Estado* (Madrid: Civitas, 2011), 140.

¹⁵ *Ibíd.*, 141.

¹⁶ *Ibíd.*, 137.

De estas tres corrientes, Rubio Llorente define al control como “la potestad o el derecho subjetivo que ostenta un sujeto (órgano controlador) de emitir una declaración de juicio crítico (juzgar) acerca de si la actividad de una administración pública (órgano controlado) es conforme a los mandatos de un sistema normativo de referencia (norma)”.¹⁷

Este concepto deja en claro que indistintamente de cómo se conciba la actividad controladora, siempre implicará una relación jurídica entre el órgano controlador y el controlado. La interacción de estos órganos será en función de la evaluación de un cumplimiento normativo con la finalidad de que el primero emita su criterio. Así pues, el control visto como una actividad es un concepto muy amplio que, para algunos ameritaría un estudio propio que ofrezca un marco teórico solvente.

1.2. Conceptualización del control como disciplina jurídica

Como se mencionó con anterioridad, el control como actividad se da en diferentes espacios y amerita una relevancia especial para el Estado y para el derecho. En este sentido, se puede hablar del derecho de control. Al respecto, el autor Víctor Granda asegura que es una disciplina con nascente autonomía en el ámbito académico. Este autor lo define como una especialidad dentro del derecho administrativo económico y financiero, ya que obtiene su desarrollo a raíz de la necesidad de asegurar la eficacia del uso y destino de los recursos públicos, considerando que los mismos son finitos.¹⁸

De ahí que, el derecho de control busca regular:

La vigilancia y acciones que realizan ciertos órganos competentes del poder público, sobre la legalidad, transparencia, honestidad, eficiencia y eficacia en el uso de bienes y recursos públicos propios o impropios para, luego de ello, poder establecer las responsabilidades del Estado y sus instituciones, las de los funcionarios y quienes ejercen la función administrativa en el cumplimiento de sus obligaciones y en el desempeño de sus competencias.¹⁹

De este concepto es necesario separar dos puntualizaciones. La primera en lo referente a que el control no puede significar la superposición de órganos administrativos, sino la

¹⁷ *Ibíd.*, 141.

¹⁸ Víctor Granda, “El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)” (Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 24, [http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434654/El+Derecho+de+Control+y+su+relación+con+las+modificaciones+constitucionales+y+jurídicas+en+los+modelos+políticos+y+económicos+en+Ecuador+\(1990-+2015\)/c163d485-d1d5-4c71-8296-7ecffa117f4a](http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434654/El+Derecho+de+Control+y+su+relación+con+las+modificaciones+constitucionales+y+jurídicas+en+los+modelos+políticos+y+económicos+en+Ecuador+(1990-+2015)/c163d485-d1d5-4c71-8296-7ecffa117f4a).

¹⁹ *Ibíd.*

correlación de sus actividades. De ahí que el derecho de control pretende, en primer momento, estudiar esa distribución del poder público a través de las competencias asignadas a los órganos administrativos. Este análisis de distribución del poder o competencias debe hallar su razonabilidad en el manejo eficiente, eficaz, transparente, honesto y legal de los recursos públicos.

A su vez, el autor Granda va más allá y detalla dentro del concepto del derecho de control a la responsabilidad fruto del ejercicio controlador. Sin embargo, a criterio propio, no todo control degenera en responsabilidades ya que, como se verá más adelante, el control puede ser preventivo. Así pues, toda responsabilidad proviene del ejercicio de la potestad controladora pero no todo ejercicio de esta potestad desemboca en responsabilidades.

Por consiguiente, la citada definición trata de llegar a que el objeto de estudio de esta especialidad vaya más allá de la mera justificación de los recursos para el Estado. Abarca su recta utilización, inclusive fuera del campo de legalidad, situación que como se expondrá más adelante se vincula con la moral del servicio público. También pretende estudiar el equilibrio entre los órganos controladores y controlados bajo el principio de competencias.

En ese sentido, es necesario abordar de forma sucinta el concepto de Estado de derecho, el cual según Agustín Gordillo es “El sometimiento de toda la organización estatal a un régimen jurídico pre - establecido”.²⁰ Por lo tanto, en este tipo de Estado se busca “ponerle vallas a los poderes públicos para que éstos no puedan actuar arbitrariamente en relación a los particulares”.²¹ Así pues, en un Estado constitucional de derecho, la garantía del ejercicio de los derechos individuales, no sólo está en la norma si no en lo que esta quiere precautelar.

Con lo antes mencionado, podemos inferir que el Estado constitucional de derechos y justicia establecido en la Constitución de la República, no puede verse divorciado del Estado constitucional de derecho. Si bien, el Estado constitucional de derechos y justicia sitúa a los derechos como el límite de la potestad pública, no se puede ser categórico al afirmar esto ya que, el principio de legalidad constituye una garantía para el ejercicio de los derechos ciudadanos, siendo las normas que conforman el ordenamiento una muestra de esta garantía, como por ejemplo en los procedimientos sancionadores, donde la norma previa será una medida de eficacia de la actividad controladora del Estado. De ahí que el principio de legalidad de las actuaciones públicas guarda una estricta relación con el derecho a la seguridad jurídica.

²⁰ Agustín Gordillo, *Tratado general de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo*, vol. 8 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 61, <https://www.gordillo.com/tomo8.php>.

²¹ *Ibíd.*, 8:68.

1.3. Conceptualización del control como potestad pública

Considerando que toda potestad pública está limitada por la legalidad es necesario conceptualizar lo que se entiende por potestad. Una definición genérica la concibe como: “poderes de actuación que, ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, producen situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados”.²² Así pues, las potestades son la razón de ser del Estado. El ejercicio de esas potestades confiere autoridad al Estado y generan obediencia a los ciudadanos.

Dadas las características, se puede arribar a la conclusión que el control público es una “potestad asignada por ley a una institución pública que la habilita para ejercer vigilancia de la actividad pública”.²³ Así, la potestad de control se traduce o limita en la competencia que se le asigna legalmente a cada organismo público para controlar.

Por otra parte, en cuanto a la naturaleza de la potestad controladora, esta se justifica en dos ámbitos: el jurídico y el funcional. Su naturaleza jurídica responde a que su nacimiento es legal, su objeto es una pluralidad de actos y su efecto es la posibilidad de que estos actos se ejecuten sobre los órganos controlados. En cuanto a su naturaleza funcional responde a la recta gestión de los intereses públicos y a la comprobación del cumplimiento de los mandatos establecidos dentro de la respectiva división de poderes estatales.

Con los tres enfoques antes descritos con relación al control como actividad, como disciplina jurídica y como potestad se evidencia que el control es un fenómeno amplio que merece ser estudiado con las particularidades mencionadas, a fin de evitar la discrecionalidad y distorsión en su ejercicio. De ahí que, el presente trabajo de investigación se enfoca en la potestad de control asignada y ejercida por la CGE para determinar el alcance de las sanciones respecto a los cargos de elección popular.

1.4. La potestad sancionadora

También resulta imperativo el estudio de la potestad sancionadora como consecuencia del ejercicio de la potestad controladora. El *ius puniendi* o potestad sancionadora, enfocada al ámbito administrativo, es la facultad que le permite al Estado imponer sanciones, facultad que amerita el estudio de todo un proceso lógico y garantista que da certeza a la administración de haber impuesto correctamente y de forma lógica una sanción.

²² Kenia Espinoza y Egil Ramirez, “Fundamentos históricos y filosóficos de la potestad sancionadora de la administración pública”, *Eumed*, accedido 27 de febrero de 2019, <http://www.eumed.net/rev/cccss/04/evrb.htm>.

²³ Fernández, *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, 148.

Desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador, el *ius puniendi* es una potestad única del Estado; sin embargo, tiene diferentes manifestaciones. Alejandro Nieto explica la necesidad del derecho administrativo sancionador distinguiendo la finalidad del accionar administrativo del penal. Asegura que el derecho penal “es un derecho garantista, exclusivamente preocupado por el respeto a los derechos del inculcado; mientras que, en el derecho público estatal, sin menosprecio de las garantías individuales, pasa a primer plano la protección y fomento de los intereses generales y colectivos”.²⁴

Como se puede evidenciar, en ambas ramas del derecho el principio de legalidad juega un papel preponderante debido a que esta da corrección al accionar sancionatorio estatal. Para García de Enterría el problema del principio de legalidad aborda dos aristas. La primera arista, que implica la legalidad como una garantía de alcance material y absoluto y, la segunda, dentro de su alcance formal.²⁵

Al respecto, la legalidad en cuanto a su alcance material y absoluto es fruto de un abordaje histórico que buscó, a su vez, dos garantías para el administrado, la ley previa y la ley cierta. La ley previa hace alusión al mandato de tipificación normativa previo que debe existir, de tal manera que facilita al ciudadano saber a qué atenerse, es decir, a tener conocimiento de la infracción y de su sanción como consecuencia. Por otro lado, la ley cierta se refiere a la certeza o precisión de la norma sancionatoria, con lo cual, se reduce el margen de interpretación de la norma. Así pues, la autoridad sancionatoria no puede crear infracciones a su arbitrio y, aun teniendo tipificadas las infracciones, no puede dar interpretaciones a conveniencia. Por lo tanto, con ambas garantías se configura el principio de seguridad jurídica y el mandato de tipificación.

Por otro lado, la legalidad en cuanto a su alcance formal lleva al cuestionamiento sobre si las hipótesis normativas y las sanciones atienden a una tipificación en ley o en reglamento. Al respecto, el prenombrado autor García de Enterría, haciendo alusión a fallos del Tribunal Constitucional de España, señala que tanto las hipótesis normativas como las sanciones deben estar tipificadas en ley por cuanto son ámbitos limitativos de la libertad individual.²⁶

En este contexto, un principio que se desprende de la legalidad es el de la tipicidad. Como se mencionó, el procedimiento sancionatorio y la sanción en sí, es una limitación a la libertad. Por lo tanto, si en un primer momento la libertad es plena, la tipificación de las

²⁴ Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2017), 24–5.

²⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 12.ª ed., 2 (Buenos Aires: Thomson Civitas : La Ley, 2006), 181.

²⁶ *Ibíd.*, 182.

contravenciones debe ir encaminada a detallar una conducta particularizada o específica, que debe considerarse como una excepción a esa libertad. Por lo tanto, no cabe bajo ningún concepto, la indeterminación en las conductas tipificadas.

En este sentido, García de Enterría define a la tipificación como la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa²⁷. Así pues, “no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa”.²⁸

Por otro lado, en cuanto a la potestad sancionatoria se debe considerar el principio de proporcionalidad. Este, según García de Enterría, es un principio moderno del derecho penal y supone la correspondencia entre la infracción y la sanción.²⁹ Vale destacar que, aunque no existe un desarrollo a profundidad del principio de proporcionalidad, es necesario que la sanción impuesta no se fundamente en la simple regla lógica de acción y reacción. La imposición de la sanción debe observar diversas variables de tiempo, espacio y de intencionalidad del cometimiento de la infracción para poder imponer una sanción justa, la mera reincidencia no es la única forma de determinación de proporcionalidad.

En este sentido, cabe dejar enunciado que para que cualquier organismo controlador imponga una sanción drástica como la destitución, debe incorporar en la parte motiva de su resolución, un análisis casuístico y la razón del porqué proporcionalmente es viable la sanción impuesta.

2. Tipos de control del sector público

Como se mencionó en líneas anteriores, la actividad de control público se puede ejercer en diferentes etapas procedimentales, formas y órganos. A nivel doctrinario no existe una clasificación unívoca; sin embargo, a continuación, se detallarán las categorías que a criterio propio son más relevantes:

- a) Atendiendo a las funciones estatales (criterio subjetivo): el que realiza el control puede ser un órgano ejecutivo, el órgano legislativo, los órganos judiciales, el órgano electoral, los órganos de transparencia y control social. Al respecto, asegura Miriam Ivanega que esta clasificación se fundamenta en el principio de división de

²⁷ *Ibíd.*, 184.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.*, 187.

poderes donde se diferencian las funciones y los organismos para generar un sistema de controles y relaciones independientes entre ellos.³⁰

En este punto también cabe distinguir el criterio objetivo de control mediante la clásica distinción hecha por Jellinek, donde existen controles y garantías jurídicas, políticas y sociales. Los controles jurídicos tutelan garantías jurídicas de las personas. Los controles políticos tutelan o garantizan intereses relativos al ejercicio del poder. Y los controles sociales tutelan valores sociales no políticos.

- b) Atendiendo al momento en el que se lo realiza (criterio temporal): previo, concomitante y posterior. El control previo tiene dos acepciones, una administrativa y otra financiera. En su acepción financiera es relativo a la realización de la operación económica. En su acepción administrativa, debe distinguirse del control preventivo o concomitante ya que el primero se da antes de la emisión del acto administrativo, mientras que el segundo se da antes o durante de la ejecución de este. De ahí que, en el control previo administrativo toda recomendación o criterio no es vinculante, mientras que en el control preventivo, la autoridad debe abstenerse de la ejecución del acto obligatoriamente; aquí se produce el fenómeno de la coadministración. Respecto de control posterior, es un control represivo y busca anular el acto administrativo expedido o determinar responsabilidades contra los ejecutores de la operación económica.
- c) Atendiendo al órgano emisor: auto control o hetero control. El auto control lo realiza el mismo emisor del acto administrativo; mientras que, el hetero control lo realiza un órgano diferente a este.
- d) Atendiendo al organismo o institución que lo realiza (criterio orgánico): interno y externo. Interno si lo realizan órganos propios dentro de la institución fiscalizada y externo si lo ejecuta otra institución u órganos ajeno al fiscalizado.
- e) Atendiendo al objeto fiscalizado: administrativo, financiero y técnico. Administrativo si se relaciona con la legalidad y regularidad del acto administrativo, financiero si la operación económica es regular y técnico si atiende a la naturaleza o estado de la técnica o naturaleza del acto.
- f) Atendiendo a la actividad de control (control teleológico): control preventivo, correctivo y represivo. El control preventivo puede ser de dos clases: informativo o impeditivo, en ambos casos se trata de evitar que se produzcan actos irregulares. El

³⁰ Ivanega, *Mecanismos de control público*, 70.

control correctivo sucede cuando una vez concretado un acto irregular, existe la posibilidad de rectificarlo ya sea de forma sucesiva o de sustitutiva. El control represivo es el que tiende a castigar el acto irregular y a todos quienes intervinieron en el mismo, ya sea mediante la forma sancionatoria (penal y administrativa disciplinaria) o mediante la forma indemnizatoria (civil).

- g) Atendiendo a la fuente de información (criterio causal): reactivo y proactivo. El control es reactivo cuando se ha tenido noticia o información suficiente, para iniciar la acción de control a través de un órgano externo al controlado. El control proactivo se da cuando la misma institución busca o determina la información para iniciar la acción de control.
- h) Atendiendo al órgano vigilado: administrativo, político o jurisdiccional y, técnico, numérico, legal o de evaluación de resultados. El primero hace referencia a que el control recae sobre el funcionario ejecutor; mientras que, el segundo recae sobre las operaciones de ejecución presupuestarias.³¹

Por lo antes expuesto, se observa que la actividad de control se realiza de diferentes formas, momentos y objetos, por lo tanto, tiene diversa naturaleza. Para ello, previo a ejercer la actividad de control es necesario identificar siempre los siguientes aspectos: “i) el momento en el que se realiza; ii) los principios en los que se centra el control; y, iii) el órgano que lo realiza”.³² En el caso que corresponde al presente trabajo de investigación, la actividad de control a analizar será la realizada por la CGE que en el caso de Ecuador tiene un doble objeto: la utilización de recursos públicos, y la consecución de objetivos de dichos recursos. Es decir, va un poco más allá del mero control financiero y llega hasta un objeto amplio y tal vez poco determinado como el campo de la gestión de objetivos de dichos recursos públicos. Esto en base a lo establecido en el artículo constitucional 211 que le encarga la misión de realizar el “control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.”³³

³¹ Héctor Ochoa y Sandra Charris, “Propuesta de un modelo de control fiscal para el Estado colombiano; el sistema de control fiscal”, *Revista Estudios Gerenciales* 19, n° 89 (2003): 17.

³² María García, “El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional” (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2018), 28, <https://eprints.ucm.es/48083/1/T40038.pdf>.

³³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 211.

Ahora bien, la expresión genérica *utilización de recursos estatales* debe entenderse en el marco de lo que la doctrina desarrolla como gasto público. El concepto de gasto público envuelve toda acción estatal necesaria que consista en convertir las rentas percibidas en satisfacción de necesidades tanto estatales de índole institucional como del público en general en su calidad de aportantes, es decir, transformar las rentas en acciones de interés público.³⁴ De ahí que, el gasto público es la actividad estatal que logra materializar las actividades administrativas del Estado ya sea, generando subvenciones en el marco de su actividad de fomento, generando servicios públicos o inclusive confiriendo los recursos para mejorar la actividad de policía de la administración pública.

En este sentido, controlar el gasto público es controlar la capacidad con la que cuenta y contará el Estado para conseguir sus fines y objetivos. Así pues, la función de control, ejercida en el marco del gasto público tiene relevancia propia. Al respecto, para Pascual García, citado por María García, el control del gasto público supone:

La fijación de unos hechos mediante un proceso inquisitivo, y una valoración de los mismos desde una perspectiva de legalidad, eficiencia y economía. Por ello (el control) se encuentra intrínsecamente ordenado a evitar o corregir las actuaciones improcedentes de los gestores de los caudales públicos, en el bien entendido que la improcedencia tanto puede derivar de comportamientos ilegales, a cuya corrección se ordena el control de legalidad, como de comportamientos antieconómicos o, en general, contrarios a los principios de buena gestión, a cuya corrección se ordenan los controles de eficiencia y economía.³⁵

Como se enunció anteriormente, la actividad controladora es inherente a los Estados democráticos modernos donde existe la división de poderes. Entre el poder Legislativo y el Ejecutivo existen varios mecanismos y ámbitos de control como, por ejemplo, la competencia de la Asamblea Nacional para actuar en la ejecución del ciclo presupuestario con la aprobación del mismo y su constante vigilancia, o la potestad fiscalizadora general sobre el Ejecutivo y las demás funciones.

No obstante, respecto del ámbito de control sobre el patrimonio público, como ya se veía del Art. 211 de la Constitución, interviene la Función de Transparencia y Control Social a través de la CGE. Desde la evolución histórica a nivel internacional, este tipo de control halló asidero en el poder Legislativo ya que su fundamento, en un primer momento, respondía al derecho general del pueblo o los contribuyentes y la sociedad en general a que se les rindan

³⁴ Eddy De La Guerra, “Presupuesto, gasto público y compra pública responsable en Ecuador”, *Revista Foro 25* (2016): 74.

³⁵ García, “El control externo del Tribunal de Cuentas”, 30.

cuentas.³⁶ De ahí que esta forma de control se alojaba en la función donde radicaba la representación popular, es decir, el poder Legislativo; pero, como se verá más adelante, el órgano colegiado resultó insuficiente para en la práctica, a analizar temas económico contables que requerían de una especialidad técnica.

Así, la naturaleza eminentemente política del Legislativo hace que, al momento de practicar todo tipo de control de gasto público, este poder se vea limitado en sus aptitudes. Es así como, resulta necesario contar con órganos técnicos especializados para realizar controles posteriores de naturaleza financiera o de gasto público. De ahí, la necesidad de que los Estados instituyan Entidades de Fiscalización Superior (en adelante, EFS), dentro de su estructura orgánica.

En el caso ecuatoriano, se sigue respetando aquella idea general de que el control lo realizan los ciudadanos a través de un determinado órgano. Sin embargo, para la constitución, este derecho se ejerce no a través de la Asamblea Nacional como órgano representativo directo, sino a través de un órgano técnico superior que corresponde al control social, como lo es la CGE.

3. La Contraloría General del Estado como órgano de control externo de las instituciones públicas y sus funcionarios: breve contexto histórico y jurídico

Antes de hacer referencia a la CGE es necesario conocer la naturaleza técnica de la misma. Al respecto, en cuanto a la clasificación esbozada previamente en lo relativo al control que puede haber en la administración pública, la CGE es un órgano de control externo. Este tipo de control implica que la actividad contralora sea realizada por un organismo ajeno al ente controlado, y por tanto el órgano controlador debe ser especializado.

La especialidad inherente a la CGE se da porque su principal misión es controlar, pero este control no es amplio, sino que está restringido al control de utilización de recursos públicos que, como se dijo, debe abarcar al amplio campo del gasto público y su relación con las finanzas públicas. De ahí que, para llegar a una conceptualización de contraloría hay que ubicarla en su concepción más genérica, es decir, el concepto de EFS.

Por eso, según Santiso, las EFS “son instituciones estatales independientes, responsables de fiscalizar el desempeño del gobierno y las cuentas públicas y, en algunos casos, de supervisar el sistema de auditoría interna”.³⁷

³⁶ Aimée Figueroa, “Separación de poderes públicos y entidades fiscalizadoras superiores”, *Revista Foro* 18 (2012): 34.

³⁷ Carlos Santiso, “Los préstamos del BID a las instituciones”, *Revista de la CEPAL* 83 (2004): 181.

En este contexto, a nivel internacional el término EFS se ha desarrollado para referirse de forma genérica al órgano de fiscalización superior que, en cuanto a su estructura y competencias dependerá del diseño que determine cada Estado. Como se indicó, políticamente el control financiero responde a la función legislativa; sin embargo, su naturaleza controladora y técnica ubican a las EFS en una posición de relativa igualdad frente a los órganos controlados. Es decir, las EFS no pueden estar supeditadas a sus órganos controlados, sino que, como dice Santiso deben ser independientes. Esto hace que tampoco se ubiquen sobre los órganos controlados porque sería susceptible de abusos en el ejercicio del poder.

Es así que, no existe una receta perfecta para el diseño y estructura de las EFS, pero sí grandes modelos que, atendiendo a las realidades de cada Estado, han dado resultados. De forma genérica, se reconocen tres modelos: (i) Westminster, (ii) Judicial o napoleónico y (iii) De Junta o Consejo.

El modelo Westminster, también conocido como anglosajón, consiste en contar con oficinas nacionales de auditoría altamente especializadas. Se constituye por entes unipersonales. No forma parte de la función judicial ni del ejecutivo, por lo tanto, sus informes se centran en temas técnicos financieros y en caso de encontrar presuntas irregularidades, deben remitir dichos informes a la jurisdicción ordinaria. Sus informes se centran en opiniones de auditoría sobre cuentas anuales de los organismos públicos y si estas ofrecen una visión verdadera y justa de los acontecimientos financieros durante períodos determinados. Este modelo se ha instaurado en países como: Reino Unido, Estados Unidos, Perú y Chile. En el caso estadounidense, incluso sirve como órgano de ayuda para el Congreso, en material investigativa.³⁸

Por otra parte, el modelo judicial o Napoleónico consiste en órganos colegiados con competencias de fiscalización, pero también jurisdiccionales y, en ocasiones, puede llegar a ser órgano consultor. Este modelo ha avanzado a conocer y juzgar no solo temas técnicos financieros o contables, sino también de legalidad y de gestión; por lo tanto, su labor se centra en evaluar el cumplimiento de disposiciones legales y regulatorias como parámetros para efectuar un gasto público correcto. Se suelen denominar Tribunal o Corte de cuentas o de auditorías. En función de su ámbito jurisdiccional pueden llegar a imponer sanciones. Este modelo es aplicado en países como España, Francia y Brasil.³⁹

³⁸ García, “El control externo del Tribunal de Cuentas”, 57.

³⁹ *Ibíd.*, 58.

Además, se evidencia el modelo de junta que consiste en un órgano colegiado independiente de las funciones ejecutiva y legislativa. Su potestad fiscalizadora no acarrea tener competencias jurisdiccionales. Sus miembros son designados para un número fijo de años y toman decisiones conjuntamente. Generalmente, son independientes de la función legislativa, pero forman parte del sistema de fiscalización cuyo titular es el legislativo, a quienes deben presentar sus informes o dictámenes. Este modelo pretende hacer preservar la obligación de rendición de cuentas ante el parlamento. Es utilizado en países como Alemania, Holanda y Argentina.⁴⁰

De los modelos descritos cada uno tiene sus fortalezas, así como sus desventajas; sin embargo, se puede apreciar que existen dos aspectos que los caracterizan. Por un lado, está el tema de la estructura, donde pueden ser órganos unipersonales o colegiados. Por otro lado, están las funciones que pueden ser eminentemente técnicas o inclusive puede llegar a ser consultivas o hasta jurisdiccionales. Cabe destacar que, a nivel latinoamericano, tampoco ha existido un consenso o una clara tendencia que se ajuste como un modelo más idóneo para la administración pública de la región y así conseguir eficiencia en la misma.

En todo caso, cualquiera que sea el modelo adoptado por cada país, las EFS deben tener como finalidad:⁴¹

- Optimizar el manejo de las instituciones gubernamentales.
- Garantizar la publicidad y transparencia de los gastos públicos.
- Corroborar que los actos de las instituciones públicas relacionadas con el manejo, uso y destino de recursos estatales se han realizado conforme las normas y los principios de eficacia y eficiencia.
- Averiguar, advertir y censurar prácticas corruptión.

Como se dijo anteriormente, para hablar de la fuente del control del gasto público es necesario remitirse a las funciones del poder legislativo; sin embargo, como se observó en los modelos de las EFS, esto no implica que en la actualidad todo órgano de fiscalización superior dependa del legislativo. Esto dado que, la fiscalización realizada por estos órganos se denomina superior no porque se superponga a todos los poderes del Estado, sino más bien por su relación con los demás poderes públicos. Así, el calificativo de superior hace relación a la auditoría

⁴⁰ *Ibíd.*, 60.

⁴¹ Jorge Ortiz y José Cruz, “¿La fiscalización superior abona en el fortalecimiento del Estado de derecho? Una revisión internacional”, *GIGAPP Estudios* 55 (2017): 2.

gubernamental que la ejerce contra los órganos superiores de administración pública de un Estado.⁴² De ahí que, para que la actividad de las EFS pueda ser socialmente relevante en un país, el marco institucional debe cumplir con las siguientes características:⁴³

- Independencia operativa, funcional, técnica y presupuestaria.
- Disponibilidad suficiente de recursos tanto técnicos, humanos y financieros.
- Eficacia y eficiencia para el desarrollo de competencias y atribuciones.
- Acceso irrestricto a la información sujeta al ámbito de control.
- Actuar bajo el principio de objetividad y equidad en los casos donde las EFS tengan atribuciones jurisdiccionales.

En este contexto, en Ecuador la Entidad de Fiscalización Superior es la Contraloría General del Estado. Entre sus características destaca ser un órgano ajeno de las funciones ejecutiva, legislativa o judicial y contar con un único representante, quien es el Contralor General del Estado. Al respecto, se puede determinar que en el caso ecuatoriano se optó por el modelo anglosajón que, conforme lo señalado, tiene más limitadas de sus competencias, pero a su vez es más especializado por cuanto actúa entorno a la técnica financiera contable.

Una de las más grandes limitaciones es la carencia de jurisdicción, pero esto guarda su lógica en que no se puede ser juez y parte al momento de controlar. Cabe destacar que, en el diseño latinoamericano el accionar práctico de las contralorías ha tomado relevancia el inmiscuirse en temas de controles de legalidad, apartándose un tanto su naturaleza contable.

No obstante, el contexto jurídico actual sobre el cual se conceptualiza la CGE en su rol dentro del Estado, trae muchas más dudas que aciertos. En Ecuador, la CGE no está dentro de ninguna de las funciones clásicas del Estado y actualmente es un órgano parte de la Función de Transparencia y Control Social. De ahí se podría comprender que la CGE, dentro del texto constitucional, se lo describe como un órgano técnico, pero no desmembrado de la facultad de fiscalización del legislativo, sino que pasa a encasillarse en el marco del control social.

⁴² Aimée Figueroa Neri, *La auditoría Superior de México en el horizonte internacional de la fiscalización superior* (México: Cámara de Diputados, LX Legislatura. Comisión de Vigilancia: Auditoría Superior de la Federación, 2007), 12, http://cijurep.uatx.mx/maestrias/2015/PoliticasyPublicas/Fiscalizacion/Aimee_la%20ASF%20en%20el%20horizonte%20internacional.pdf.

⁴³ Juan Lozano, Valeria Merino Dinari, y Transparencia Internacional Latinoamérica y el Caribe (Organization), eds., *La hora de la transparencia en América Latina: el manual de anticorrupción en la función pública* (Buenos Aires: Gránica, 19986), 117.

A criterio propio, la práctica de la labor de control de la CGE tiene amenazas latentes que podrían llevarla a ser susceptible de desviaciones en el uso de sus potestades. En primer lugar, sus competencias de control se encuentran diseñadas con una amplitud tal que abarca hasta aspectos como el control de gestión. Este control, sin una delimitación técnica objetiva del accionar, vuelve vulnerable el ejercicio de sus funciones para que se desvíen a analizar inclusive aspectos de legalidad, reservados a la sede jurisdiccional.

En segundo lugar, la CGE se desenvuelve en un contexto político. Actualmente, la CGE se encuentra encasillada dentro de la Función Transparencia y Control Social. Esta función, tiene fundamentos eminentemente políticos frente a la naturaleza técnica de los órganos que la componen. Así mismo, el Contralor General del Estado está sometido al control político de la Asamblea Nacional.⁴⁴ Ambos aspectos o este contexto político, no debería hacerle perder su naturaleza técnica descrita en el texto constitucional.⁴⁵ Cabe destacar que este contexto político no implica que la CGE debería estar exenta de controles políticos porque esto sería contradictorio al sistema político democrático. Más bien bajo esos contextos políticos en los que se desenvuelve, es cuando más debe ejercerse el rol técnico de la CGE a través de un control objetivo que refuerce la institucionalidad del Estado.

3.1 Breve análisis histórico de la CGE

Respecto al contexto histórico de la contraloría ecuatoriana es necesario señalar tres grandes hitos: la Ley De Hacienda de 1927, la Ley de Orgánica de Administración Financiera y Control de 1977 y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado de 2002.

Dentro de la historia republicana, el año de 1925 marcó el término anticipado del presidente Gonzalo Córdova y el florecimiento de la Revolución Juliana. El descontento económico en la época era evidente, con marcados roces entre los distintos grupos económicos, sumado a la pésima administración financiera del país.

La falta de cuentas claras por parte del Estado originó que en junio de 1925 los grupos económicos guayaquileños requieran al entonces presidente Córdova que solicite asesoría al profesor Edwin Kemmerer para que busque soluciones al apremiante momento económico. El profesor Kemmerer había sido reconocido internacionalmente por sus propuestas de estructuración orgánica y financiera en países de Latinoamérica. No obstante, la asesoría por

⁴⁴ Ecuador, *Constitución de la República de Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 131.

⁴⁵ *Ibíd.*, art. 211.

parte de Kemmerer no se concretó en ese momento dado que, un mes después la presidencia de Córdova terminó con el inicio de la Revolución Juliana.⁴⁶

El 20 de octubre de 1926, durante la presidencia de Isidro Ayora se cristalizó el anhelo de traer a la misión Kemmerer, con la finalidad de analizar y detallar soluciones técnicas que den prosperidad económica al país. Posterior a esto, el 8 de marzo de 1927, la Misión Kemmerer presentó un informe en el cual, entre otras cosas, sugería reorganizar el control fiscal con la creación de una contraloría en lugar del sistema de Tribunales de Cuentas que se venía utilizando en el país. Esta conclusión fue posible luego del análisis teórico y práctico de la realidad fiscal de Ecuador.

Al respecto, las causas del planteamiento de la Misión fueron:

1. La importancia de contar con un sistema eficaz de contabilidad como base para la preparación y ejecución del presupuesto nacional.
2. La reorganización del sistema de contabilidad y control fiscal con la creación de la Contraloría.
3. La necesidad de contar con información contable inmediata y exacta de que los gastos son legales y los recursos son administrados correctamente.
4. Respecto de los Tribunales de Cuentas, este carecía de todo valor práctico de control toda vez que los dictámenes eran muy demorados, por lo tanto, no eran preventivos. Por otra parte, la ejecución de los fallos emitidos por el Tribunal de Cuentas no era ejecutados por este sino por órganos del Gobierno.

3.2 Ley Orgánica de Hacienda

Mediante Registro Oficial 488 de fecha 16 de noviembre de 1927, se publicó la Ley Orgánica de Hacienda. Dentro de las consideraciones se tomó especial referencia a los informes elaborados por la misión de expertos financieros presidida por el Profesor Edwin Walter Kemmerer.

El objeto de esta ley llegó a detallar el régimen de los funcionarios públicos. Así, por ejemplo, el artículo 102 se refería a la imposibilidad de ser funcionario o empleado público quien esté en mora de rendir cuentas a la Contraloría. La incurrencia en esta inhabilidad acarrea la posibilidad de destitución “del destino el empleado público de quien la Contraloría comprobare que no ha cumplido con la obligación de rendir cuentas”.⁴⁷ No obstante, no se

⁴⁶ Contraloría General del Estado, *Reseña histórica de la Contraloría General del Ecuador* (Quito: Contraloría General del Estado, 1977), 119.

⁴⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Hacienda*, Registro Oficial 488, 16 de noviembre de 1927, art. 102.

especifica quién ejecutaba la destitución. Se puede colegir del contexto legal que era la misma autoridad que lo nombraba. De esto se puede ver que, un parámetro que utilizó esta ley era el de distinguir entre funcionarios que manejaban recursos públicos y eran obligados a rendir a cuentas, de los demás.

Bajo el principio de independencia, esta ley también impedía el ejercicio de cargo público a quien, habiendo sido nombrado para ejercer un cargo obligado a rendir cuentas, tenga parentesco con personal de la Contraloría. Es decir, se trataba de evitar el conflicto de intereses entre controlador y controlado. De llegarse a detectar algo así, la Contraloría solicitaba al ministro la remoción inmediata del funcionario. Este impedimento podía ser detectado sobrevinientemente.

Otra causa de remoción era el incumplimiento o inexactitud de la información por parte del funcionario encargado de llevar el registro de asistencias de los empleados. Esa “falta o inexactitud” de información causaba que a más de la remoción el funcionario iba a “ser juzgado conforme las leyes”.

De igual forma, había remoción si los funcionarios no presentaban caución suficiente o conforme las formas legales. Así mismo, la remoción podía ser pedida al Presidente de la República si el Contralor o el Director del Tesoro consideraban que el funcionario no reunía condiciones adecuadas.

Además, el artículo 165⁴⁸ establecía la responsabilidad administrativa de los funcionarios de Hacienda con causales taxativas, las cuales eran sancionadas por acción u omisión y sancionadas con destitución y una multa no menor a doscientos sucres y no mayor a dos mil. Estas sanciones las imponía el ministro del ramo.

Por otra parte, en el artículo 209 de esta ley⁴⁹ se creó la Contraloría General como una oficina de contabilidad e intervención fiscal, independiente a cargo del Contralor General; sin embargo, era nombrado por el Presidente de la República.

Entre las funciones de la Contraloría que constaban en el artículo 217 se destaca la de “juzgar las cuentas de los funcionarios, empleados y agentes que reciben o invierten fondos o tienen custodia de ellos o de otras propiedades fiscales, o de fondos u otras propiedades por los que el Gobierno es de cualquier forma su responsable”.⁵⁰ De ahí que, según el artículo 219 el

⁴⁸ *Ibíd.*, art. 165.

⁴⁹ *Ibíd.*, art. 209.

⁵⁰ *Ibíd.*, art. 217.

Contralor tenía “jurisdicción privativa para conocer las cuentas”⁵¹ de los funcionarios e instituciones de derecho público obligadas a rendir cuentas.

Cabe destacar que, respecto a la potestad sancionadora, el numeral 15 del referido artículo 217 vagamente menciona: “aplicar las multas y hacer efectivas las sanciones administrativas que a la Contraloría le corresponden”.⁵² Sin embargo, como se vio anteriormente, la remoción del cargo era practicada por los ministros o por el Presidente dependiendo el caso.

Por otra parte, el artículo 233 de esta ley distingue la obligación de rendir cuentas de todo funcionario que reciba, invierta, administre o custodie valores fiscales, municipales o de establecimientos de instrucción y asistencia pública, cada fin de mes.⁵³ Así pues, estos funcionarios eran los directamente obligados. El funcionario que no cumplía con esta obligación podría ser multado de cien a quinientos sucres por parte del Contralor. Si reincidía sin justificación debida o cometía errores o discrepancias reiteradamente, el Contralor podía pedir la remoción del funcionario, dicha solicitud tenía que ser atendida por el ministro o funcionario para designar.

El Contralor también podía formular glosas previo a dictar sentencia de cuentas, según el artículo 238. De no responder el funcionario en los sesenta días que se le concedían, entonces se dictaba sentencia que era ejecutoria y definitiva.⁵⁴

3.3 Ley Orgánica de Administración Financiera y Control

Mediante Registro Oficial 376 de fecha 16 de mayo del año 1977 se publicó la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (Loafyc), que derogó la Ley Orgánica de Hacienda. La Loafyc nace entre otras cosas, como fruto de los avances y reconceptualizaciones en materia de fiscalización y control. Pretendía mejorar la división de funciones y apartar del ámbito de acción de la Contraloría todos los temas inherentes a funcionarios públicos. Como una reformulación a los principios de determinación de responsabilidades fue más allá del concepto sesgado de responsable directo y generó una conexión con la institución auditada.

En el artículo 301 se describió a la Contraloría General como “órgano superior de control, el ejercicio privativo del control externo de los recursos públicos”.⁵⁵ En esta ley se

⁵¹ *Ibíd.*, art. 219.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*, art. 233.

⁵⁴ *Ibíd.*, art. 238.

⁵⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Administración Financiera y Control*, Registro Oficial 337, 16 de mayo de 1977, art. 301.

elimina como competencia la concepción de juzgamiento y se le da la atribución de examinar las cuentas.

En lo principal, el numeral 17 del artículo 303 daba la facultad al Contralor General para “establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas que trata esta ley; responsabilidades civiles, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, y presunciones de responsabilidad penal mediante la determinación de hechos incriminados por la ley [...]”establezca responsabilidades administrativas individuales, responsabilidades civiles por el perjuicio económico sufrido por la institución u organismo respectivo y, presunciones de responsabilidad penal.⁵⁶ La responsabilidad administrativa era sancionada con multa entre cincuenta y cincuenta mil sucres pudiendo además ser destituidos. La sanción debía ser impuesta por el Ministerio o autoridad nominadora correspondiente.

3.4 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Para el año 2002, se publicó la Ley Orgánica de la Contraloría General vigente hasta el día de hoy. Su año de publicación lleva a catalogarla como una norma preconstitucional al ordenamiento actual.

Básicamente, extirpó de la Loafyc el régimen orgánico relacionado a la Contraloría General del Estado y obvió el artículo 345-A de su norma antecesora, es decir, con la expedición de la Locge, se dejó de lado el problema de las responsabilidad y destitución recaídas sobre las más altas autoridades del país, situación que se comentará más adelante.

El artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Locge) no detalla propiamente las funciones de la CGE sino más bien describe la característica de autonomía administrativa, presupuestaria y financiera como elemento básico para ejercer su labor controladora.⁵⁷ Es decir, no le da esa relevancia en materia de control de recursos públicos que debería ser inherente a su naturaleza y limitativa de sus competencias, y más bien lo describe únicamente como un organismo técnico de control superior sin referir en qué materia.

De ahí que, resulta necesario hacer énfasis en que el artículo 31 de la Locge detalla atribuciones como inspeccionar todo el ciclo de los recursos públicos, tanto los ingresos como

⁵⁶ *Ibíd.*, art. 303.

⁵⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Contraloría General del Estado*, Suplemento del Registro Oficial 595, 12 de junio de 2002, art. 29.

los gastos y su inversión.⁵⁸ Cabe señalar que las atribuciones indicadas ya son de por sí el ejercicio de la potestad fiscalizadora de la CGE; sin embargo, el error de conceptualización de esta institución empieza a manifestarse cuando el numeral 6 del referido artículo señala “Ejercer la función fiscalizadora en las instituciones del Estado, mediante la predeterminación, o glosa y la determinación, para la oportuna protección y seguridad de los recursos públicos”⁵⁹

3.5 Sanciones que puede imponer la Contraloría General del Estado: La destitución

Conceptualmente, entre la Loafyc y la actual Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado existe poca diferencia.

El marco jurídico actual respecto de la Contraloría General del Estado empieza por la Constitución. El artículo 211 de la Constitución define a la Contraloría General del Estado como “un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.⁶⁰ La Constitución restringe el radio de acción no a un control político o jurídico administrativo sino a un control de índole financiera y de gestión pública. Así, conforme la clasificación de control detallada por Ochoa y Charris, este control recae sobre el objeto patrimonial público ejecutado mas no sobre el sujeto ejecutor, así no realiza control político sino financiero. Ante ello, al control técnico financiero y de gestión le corresponde de sobremanera verificar el hecho y determinar su deficiencia, antes que tratar de hacer una cadena de responsabilidades con la finalidad de llegar al sujeto orgánicamente o jerárquicamente superior.

Por otra parte, en términos generales en cuanto al aspecto controlador, según ciertos autores, debe ir ligado a una acción represiva o sancionatoria. Esto se sostiene dado que un juzgamiento de cuentas o un examen de estas no tendrían la eficacia respectiva si no genera en el sujeto controlado una intimidación moral.

Por lo tanto, la sanción es la consecuencia jurídica de haber incurrido en el supuesto hipotético tipificado en la norma. No obstante, y dado las redacciones de leyes anteriormente evocadas, es necesario cuestionarse si la Contraloría solo determina responsabilidad o también ejecuta sanciones administrativas.

⁵⁸ Ibid., art. 31.

⁵⁹ Ibid., art. 31.

⁶⁰ Ecuador, *Constitución*, art. 211.

Al respecto, el artículo 212 de la Constitución no determina expresamente que la CGE posea propiamente la potestad sancionatoria. Lo que el texto constitucional le otorga a la CGE es la potestad determinadora de responsabilidad. Así, el artículo indicado señala: “Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control [...]”⁶¹ Por lo cual, la potestad sancionadora, que difiere de la determinativa, es atribuida y desarrollada por ley.

En cuanto a la responsabilidad, Agustín Gordillo señala que los funcionarios públicos son responsables por los daños que surgen por el irregular cumplimiento de la función,⁶² mas no solamente por una actuación contraria directamente a norma. Con esto se quiere decir que, la responsabilidad del funcionario público no se restringe a que éste cumpla con su obligación legal, sino que tiene que existir un cumplimiento irregular. Es decir, el hecho que cumpla con la norma no es causal suficiente para eximirlo de responsabilidad. A más debe de verificarse que actuó de forma regular. Cabe agregar que adicionalmente de este elemento debe atenderse a la culpa del funcionario y sobre todo al daño ocasionado.

En este contexto, los daños pueden causar efectos civiles y/o administrativos. Para ello, como se indicó, la Constitución ha señalado que la CGE puede determinar dos tipos de responsabilidad: civil y administrativa. La responsabilidad civil, en palabras de Pascual Estevill “es el efecto que el ordenamiento jurídico hace recaer sobre el patrimonio de un sujeto que está correlacionado con la infracción de un deber prestario, ya sea éste de naturaleza positiva o negativa”.⁶³ Por otra parte, Agustín Gordillo, asegura que esta responsabilidad se da por el daño pecuniariamente apreciable.⁶⁴

El Manual General de Auditoría Gubernamental, publicado en el Registro Oficial 107 del 19 de junio de 2003, ha definido a la responsabilidad civil culposa como “perjuicio económico causado a la entidad u organismo, por la acción u omisión de los servidores públicos o de terceros, previo estudio del movimiento financiero o del proceso de contratación y la ejecución de estudios o proyectos de obras públicas”.⁶⁵

⁶¹ Ibid., art. 212.

⁶² Gordillo, *Tratado general de derecho administrativo*, 8:570.

⁶³ Mercedes Campos Díaz Barriga, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el caso del agua en México* (México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000), 22, <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12397>.

⁶⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: primeras obras*, vol. 5, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012), https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/tomo5.pdf p. PRA-VI-13.

⁶⁵ Ecuador CGE, *Manual General de Auditoría Gubernamental*, Registro Oficial 107, 19 de junio de 2003, 154.

En este sentido, se puede definir que la responsabilidad civil de los funcionarios públicos es la obligación jurídica de responder por los actos u omisiones ejercidas irregularmente, en función de su cargo público, mismo que acarrea un daño patrimonial o pecuniariamente apreciable para el Estado en general y para la institución donde ejerce su servicio, en particular. Es así que, esta responsabilidad es la obligación jurídica que grava a un sujeto para responder de forma patrimonial por un incumplimiento al cual estaba obligado.

Para que exista responsabilidad civil en materia de control administrativo de conformidad con la Locge, es necesario que la obligación incumplida se traduzca en perjuicio para el Estado. Así, el Estado no debía soportar el daño causado patrimonialmente por el funcionario público negligente. En la legislación ecuatoriana esa respuesta por parte del funcionario público se da a través de la generación de glosas y órdenes de reintegro.

La otra responsabilidad que puede determinar la CGE es la administrativa. María Dolores Rivas Cassaretto, indica que esta responsabilidad “consiste en la inobservancia de las disposiciones legales y reglamentarias referentes a actos y contratos administrativos por parte de los servidores públicos y en el incumplimiento de sus funciones o cargos”.⁶⁶

El Manual General de Auditoría Gubernamental define a la responsabilidad administrativa como aquella que “radica en la inobservancia, violación o incumplimiento de las disposiciones legales, atribuciones y deberes que compete a los servidores en razón de sus funciones específicas”.⁶⁷ Así, para que exista este tipo de responsabilidad tiene que existir una irrupción de una obligación de índole normativa ya sea por acción u omisión.

Como se puede apreciar, en ambas definiciones se hace relación a la contravención de disposición legal por parte de un funcionario público. Sin embargo, cuando varios autores extranjeros abordan el tema de la potestad sancionadora de la CGE no hacen referencia a un término tan amplio como la responsabilidad administrativa. En algunos países se habla de responsabilidad fiscal o contable, en otros de responsabilidad disciplinaria. En el primer caso, se hace referencia a ilícitos netamente relacionados con aspectos técnicos contables y, en el segundo se hace referencia a acciones u omisiones de funcionarios públicos relacionados con la moral que deben observar los mismos dentro de su servicio. En todo caso, el término responsabilidad administrativa es un género que contiene muchas especies.

⁶⁶ María Rivas, “La responsabilidad de servidores públicos y de terceros”, *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil*, 16, n° 1 (2013): 190, doi:<https://www.revistajuridicaonline.com/2003/01/la-responsabilidad-de-los-servidores-pblicos-y-de-terceros/>.

⁶⁷ Ecuador CGE, *Manual General de Auditoría*, 152.

Tampoco se debe confundir el término responsabilidad administrativa con el término responsabilidad de la administración. En este caso, se hace referencia a la responsabilidad que tiene el Estado para con sus ciudadanos, es decir, se refiere a la responsabilidad objetiva o responsabilidad estatal.

Así pues, para Ramón Parada, la responsabilidad disciplinaria es “aquella que se desarrolla en el interior de la relación de servicio y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, con sanciones que inciden sobre sus derechos”.⁶⁸ Esta responsabilidad se justifica desde la relación jerárquica del órgano administrativo y no tiene mayor alcance que el de privar de derechos relacionados al servicio del funcionario.

Sin embargo, en el caso de la CGE una de las posibles sanciones que este órgano puede imponer, es la destitución. Conforme se abordará más adelante, esta sanción atiende justamente a la disciplina y jerarquía del órgano. Así, si una determinada autoridad administrativa es la que nombra, la misma autoridad es la que destituye. Por lo tanto, la destitución es una sanción que va estrictamente relacionada con la privación de derechos funcionariales y por lo tanto su naturaleza es eminentemente disciplinaria.

Ahora bien, en cuanto a la denominación de la responsabilidad fiscal, es la que tiende a preservar el orden o rectitud de técnicas de naturaleza contable respecto de los recursos públicos que manejan las instituciones, evitando así la arbitrariedad en su utilización. La responsabilidad fiscal no tiene sanciones propias más allá que las que prevea el legislador y, como en la mayoría países con sistemas de fiscalización anglosajones, el legislador ha previsto como sanción máxima la destitución.

Respecto a distinguir ambas responsabilidades, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de 26 de mayo de 2009 No. 176-2009, dentro del caso No. 06-2008, señaló:

Al efecto, esta Sala considera que no existe tal incursión por cuanto la autoridad nominadora en ejercicio de la facultad disciplinaria, en este caso, examinó la conducta arbitraria de la servidora pública que en ejercicio de sus funciones realizó un inadecuado uso de fondos públicos en su beneficio, siendo éste, el régimen disciplinario en materia de recursos humanos, un ámbito diferente al de la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas en el uso de recursos públicos, a cargo de la Contraloría General del Estado, por lo que no se vulnera el principio del “juez natural”. Al respecto es preciso señalar que se trata de dos regímenes distintos: por un lado se encuentra el régimen disciplinario interno o funcional en materia de recursos humanos, cuya competencia la ejerce la autoridad nominadora de la Institución; y, por otra parte, el régimen patrimonial de responsabilidades administrativa y civil culposa, en materia de cuentas públicas, cuyo conocimiento le corresponde a la Contraloría

⁶⁸ Ramón Parada, *Derecho Administrativo I: Introducción, organización administrativa y empleo público*, 23.^a ed., vol. 1 (Madrid: OPEN Ediciones Universitarias, 2013), 313.

General del Estado; siendo que, en este caso, existe concurrencia de competencias administrativas, funcional y patrimonial, por la conducta controvertida [...] Por lo tanto, la circunstancia de que se investigue por el mismo hecho a un funcionario: disciplinariamente para mantener un orden interno y ante la Contraloría General del Estado para el establecimiento de otro tipo de responsabilidades, no vulnera el principio del “juez” natural, dado que un mismo supuesto fáctico puede generar que se adelanten múltiples procesos por autoridades distintas [...].⁶⁹

De lo expuesto por la Corte, este autor considera que, si bien ambas responsabilidades son materias diferentes, no dejan de pertenecer a un tipo de responsabilidad mayor, la administrativa. Así, a criterio propio, la Corte yerra al decir que son responsabilidades diferentes. Por el contrario, ambas son responsabilidades administrativas, pero en materias diferentes por tratarse de objetos y finalidades distintas. Una materia es el tema disciplinario que busca la rectitud y moral del servicio público, otra es la materia de uso de recursos públicos, que si bien también busca la moralidad del servicio, a más de ello se busca la eficacia del manejo de los recursos. De ahí que, se coincide en que ambas materias no pueden genera una suerte de sancionar dos veces sobre lo mismo, como bien lo concluye la Corte, pero sí es necesario hacer énfasis en que ambas pertenecen a una misma naturaleza, la responsabilidad administrativa. Esta sentencia es relevante porque justamente hace notar que las distintas materias, aunque ambas sean responsabilidades administrativas, obedecen a objetos diferentes, lo cual nos llevará a la idea de especialidad que se desarrollará más adelante.

La sanción de destitución es un punto convergencia entre la responsabilidad disciplinaria y la fiscal. De ahí que tanto la Losep como la Locge tratan, desde sus perspectivas, sobre esta sanción. Cabe mencionar que la Losep no ofrece un catálogo de hechos antijurídicos sancionables como sí ocurre con la Locge.

La Losep, como norma general de responsabilidad disciplinaria, señala que las faltas graves, y por ende las sancionadas con destitución, “Son aquellas acciones u omisiones que contraríen de manera grave el ordenamiento jurídico o alteraren gravemente el orden institucional”.⁷⁰ Por lo tanto, al no tipificar las faltas, se vuelve imposible la imposición de una sanción debido a la ausencia del elemento de tipificación.

No pasa lo mismo con la Locge que, en cumplimiento de la característica de ley previa como requisito para el ejercicio de la potestad sancionadora, ha tipificado las siguientes faltas sancionables:

⁶⁹ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia”, *Juicio n.º 06-2008*, 26 de mayo de 2009, 2593.

⁷⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Servicio Público*, Suplemento del Registro Oficial 294, 6 de octubre de 2010, art. 42.

1. No establecer o ni aplicar indicadores de gestión y medidas de desempeño para evaluar la gestión institucional [...];
2. Cometer abuso en el ejercicio de su cargo;
3. Permitir la violación de la ley, de normas específicas [...] o de normas de carácter generalmente obligatorio [...];
4. Exigir o recibir dinero, premios o recompensas [...];
5. No establecer o no aplicar con sujeción a la ley y normas pertinentes, los subsistemas de determinación y recaudación, presupuesto, tesorería, crédito público y contabilidad gubernamental;
6. No establecer o no aplicar con sujeción a esta ley y más normas pertinentes los subsistemas de control interno y control externo;
7. No establecer o no aplicar con sujeción a esta ley y más normas pertinentes, los sistemas de planificación, administración de bienes y servicios, inversiones públicas, administración de recursos humanos, de gestión financiera y de información;
8. Contraer compromisos y obligaciones por cuenta de la institución del Estado, a la que representan o en la que prestan sus servicios, en contravención con las normas [...]; o insistir ilegalmente en una orden que haya sido objetada por el control previo;
9. No tomar inmediatamente acciones correctivas necesarias en conocimiento del informe del auditor interno o externo; o de consultas absueltas por organismos de control;
10. No proporcionar oportunamente la información pertinente o no prestar la colaboración requerida a los auditores gubernamentales [...];
11. Incurrir en ilegal determinación o recaudación [...];
12. No efectuar el ingreso oportuno de cualquier recurso financiero recibido;
13. Disponer o ejecutar, sin tener atribución, el cambio de planes, programas y estipulaciones relativas a la ejecución de los contratos. [...] ⁷¹

Así pues, cabe cuestionarse respecto de qué tan justificable es que la CGE ostente la potestad sancionatoria administrativa que, al momento de disponer una sanción, puede verse relacionada a la disciplina de los funcionarios. Al respecto, señala Erika Coibán que la responsabilidad administrativa funcional que ostenta la Contraloría, en el caso peruano, responde al control gubernamental de legalidad directamente vinculado con la función de precautelar los bienes y recursos públicos, promover principios como la transparencia, volver responsables a los funcionarios en el ejercicio de sus acciones y prevenir la corrupción.⁷² Es decir, es necesario que exista una potestad sancionadora desde un órgano externo al sancionado para que así se promuevan los principios que se preservan con el accionar de la Contraloría.

Por el otro lado, Allan Brewer observa en reiterados escritos y ponencias que no hay que perder de vista la naturaleza eminentemente fiscal de la CGE.⁷³ De ahí entonces que, si bien la potestad sancionadora administrativa de la Contraloría hoy en día puede ser justificada, esto no quiere decir que sea natural a su razón de creación dentro del Estado. Es por eso que,

⁷¹ Ecuador, *Locge*, art. 45.

⁷² Erika Coibán, "Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional: reflexiones a propósito de la aprobación de las facultades sancionadoras de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional", *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho* 71 (2013): 455.

⁷³ CGRCostaRica, Allan Brewer Venezuela, 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=EoDQEItYepE&feature=youtu.be>, min 59:00.

la Contraloría está para controlar los recursos públicos, avanzar a sanciones si es necesario, pero nunca de una forma desmedida que se escape a su razón de ser dentro del Estado, ni tampoco supliendo a otros órganos.

En este sentido, para este autor el término responsabilidad administrativa es un término genérico que solo se refiere a contravenir una norma administrativa. En este contexto, la responsabilidad administrativa debe ser particularizada dependiendo del ámbito de acción de la administración, así se puede encontrar, por ejemplo: sanciones administrativas de índole disciplinaria, ambiental, de salud pública, entre otras. Para el caso particular de la potestad de determinación de responsabilidad de la que goza la CGE, ésta se debería concebir como responsabilidad administrativa fiscal o contable; sin embargo, la ampliación de competencias de este órgano desde lo fiscal hacia lo legal ha hecho que adopte sanciones que por su naturaleza son de carácter disciplinario.

Ante lo cual, la responsabilidad administrativa genera sanciones que tal como se dijo anteriormente, el *ius puniendi* del Estado se materializa en este sentido. Así pues, en este punto la Locge debe observar los principios de legalidad propios de la potestad sancionadora.

En este marco, las sanciones administrativas son de distinta naturaleza y deben de atender al ámbito público regulado. Este ámbito, restringido al campo disciplinario cuenta con un universo específico de sanciones administrativas. En tal virtud, Sayagués Laso afirma que se pueden clasificar en sanciones correctivas y expulsivas.⁷⁴ Aplicando la Locge la sanción correctiva sería la multa, mientras que la sanción expulsiva sería la destitución. De igual forma, atendiendo su naturaleza también se pueden clasificar en sanciones morales, pecuniarias o profesionales.

Según el Diccionario Español Jurídico de la Real Academia Española, destituir es expulsar a alguien del cargo que ocupa.⁷⁵ Su raíz etimológica viene del latín *destituere*, verbo compuesto por el prefijo *de* que hace alusión a separación y, por el verbo *statuere* que es referente a disponer, establecer o colocar. De ahí que el concepto de destituir o destitución va ligado a deponer o separar lo establecido.

En Ecuador, poco o nada se ha hablado respecto del concepto de la sanción disciplinaria de destitución. Román Ortega asegura que esta sanción “es la más severa y se encuentra tipificada para faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima; conlleva la

⁷⁴ Enrique Sayagués Laso y Daniel Hugo Martins, *Tratado de derecho administrativo*, 8.^a ed., (Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2002), 227.

⁷⁵ RAE, “destituir | Diccionario de la lengua española”, *Diccionario de la lengua española-Edición del Tricentenario*, 22 de agosto de 2020, <https://dle.rae.es/destituir>.

terminación del servicio público con la Administración Pública [...], es de tipo expulsiva”.⁷⁶ Agrega este autor que también acarrea la inhabilidad. No obstante, a criterio propio, la inhabilidad puede ser considerada como un efecto jurídico de la destitución, por lo tanto, este efecto dependerá de la previsión normativa de cada Estado. Por otro lado, hay quienes consideran que la inhabilidad es una sanción accesoria de la destitución.

Cabe destacar que debido a las conceptualizaciones entorno a la destitución adoptadas por los distintos Estados, ha generado confusiones sin permitir mayores generalizaciones. Así pues, hay países como es el caso ecuatoriano donde la sanción se denomina destitución. Empero, existen otros países donde se determina como cese de funciones o cesantía. Al respecto, en nuestro país el término cesantía se lo usa para todo tipo de desvinculación del sector público, pero se hace énfasis para los casos relativos a jubilaciones o cese permanente de actividades laborales.

En este sentido, Sayagués Laso acota que la destitución como sanción dependerá de las razones de la separación del funcionario.⁷⁷ Así, si las causas son subjetivas se hablaría de destitución; mientras que, si atienden a razones objetivas se referiría a la cesantía.

Ahora bien, como se indicó anteriormente, la destitución es una potestad discrecional y esta discrecionalidad viene trazada desde el momento del nombramiento del funcionario. Por lo tanto, la misma autoridad que nombra es la que puede destituir, en este caso, por concluir actuaciones subjetivas que afectan a la administración pública. De ahí que, la sanción de destitución debe observar en primer lugar el origen de la vinculación. Así un funcionario que entre por discrecionalidad de una autoridad también puede ser desvinculado por ella en virtud de la misma discrecionalidad.

En este contexto, si un funcionario ha administrado la cosa pública con dolo de por medio, su desvinculación no solo debe observar el parámetro de discrecionalidad; sino que también, debe atenderse al parámetro del debido procedimiento. Esto con la finalidad de evitar abusos de la referida discrecionalidad, salvaguardando las garantías mínimas que el prominente sancionado pueda tener. En este sentido, el proceso de separación de un funcionario busca proteger al servicio público de un funcionario que, de forma razonable, se puede indicar que no ha tenido rectitud en el manejo de la cosa pública.

⁷⁶ Román Ortega, “La competencia judicial frente a sanciones disciplinarias consistentes en retiro del servicio”, *Revista de Derecho Público* 37 (2016): 9, doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redepub.37.2016.08>.

⁷⁷ Sayagués Laso y Martins, *Tratado de derecho administrativo*, 362–3.

Capítulo segundo

Los funcionarios públicos y sus responsabilidades

1. La Función Pública y los funcionarios públicos. Definición y clasificación.

La entelequia del Estado, en su más amplio concepto, solo puede volverse realidad a través de las personas que actúan en su nombre. Las personas pueden actuar ya sea en representación directa de los ciudadanos del Estado o como simples delegados o empleados.⁷⁸ Toda actuación del individuo a nombre del Estado, va encaminada al cumplimiento de la función pública.

La función pública se materializa a través de un mecanismo denominado administración pública. Dicha administración va encaminada a la consecución de los objetivos y fines del Estado. De ahí que, según Manuel Martínez Bargueño, la administración pública puede tener al menos tres perspectivas. La primera que consiste en concebir a la administración pública como una actividad social que persigue el interés común. La segunda, como un grupo humano organizado compuesto por especialistas que trabajan por una tarea común, que es el servicio a los ciudadanos. La tercera, como una institución social que forma parte básica del tejido de una sociedad.⁷⁹

De lo dicho, se enfatiza que la administración pública no es un concepto fácil de determinar. El concepto de esta tiene tantos alcances como perspectivas se le planteen; sin embargo, existen dos elementos fundamentales. Por un lado, está la necesidad de contar con el recurso humano que provea del servicio público y, por otro lado, la necesidad de una organización jerárquica de ese recurso humano con la finalidad que la estructura administrativa perdure en el tiempo. Así, según Rodolfo Bulrich, por más que un mecanismo administrativo tenga un diseño perfecto, su decadencia dependerá de si los encargados de hacerlo funcionar no tienen la capacidad o voluntad de acuerdo con los fines de la institución.⁸⁰

Para Royo Villanova, el Estado como administrador de la cosa pública, tiene diferentes formas de hacer participar a los particulares dentro de la función pública. Una forma puede ser obligando al individuo, por ejemplo, los soldados que ingresan por servicio militar obligatorio,

⁷⁸ Rodolfo Bulrich, *Principios generales de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: D'Artagnan Editora, 2017), 261.

⁷⁹ Manuel Martínez, "La ética, nuevo objetivo de la gestión pública", *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 10 (diciembre de 1997): 23-4.

⁸⁰ Bulrich, *Principios de derecho administrativo*, 261.

o a los miembros de juntas receptoras del voto, etc. Otra forma es mediante la permisión de la participación voluntaria de ciudadanos, por ejemplo, los concesionarios y contratistas. También puede ser, mediante la adscripción de personal para el servicio público a través de actos especiales.⁸¹

Así pues, este autor llega a la conclusión que funcionario público es quien ocupe “voluntariamente un puesto público en virtud de una adscripción legal hecha por nombramiento o elección”.⁸² Si es verdad este concepto es muy amplio y se basa meramente en las características que el autor describe, no es menos cierto que, como se dijo en líneas anteriores, es muy complejo arribar a una concepción unívoca de la función pública y del funcionario público, más aún cuando la forma de administración varía de acuerdo a cada sistema estatal.

De ahí que, en el caso ecuatoriano, la Constitución supero aquella amplitud planteada desde la doctrina jurídica. En lugar de considerarse como funcionario a todo aquel que tenga vinculación con el estado, la Constitución restringe el concepto a los servidores públicos, concebidos estos como “todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.”⁸³ Es decir, por un lado existe una individualidad de sujeto y, por otra parte, destaca la voluntariedad del trabajo, prestación de servicios o ejercicio de cargo.

En este sentido, Miriam Ivanega define al funcionario público como “toda persona que realice o contribuya a que se realicen funciones esenciales y específicas propias de la Administración Pública”.⁸⁴ Por su parte, según Ramón Parada, citado por Ivanega, define al funcionario público como el “conjunto de hombres a disposición del Estado que tiene a su cargo funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico al que están sometidos”⁸⁵. Por ello, se podría indicar que funcionario público es toda persona que forma parte voluntariamente del recurso humano con el que cuenta un Estado para tareas específicas de provisión de servicios y por tanto amerita someterse a un régimen jurídico especial.

Ahora bien, otro ámbito para analizar respecto de los funcionarios públicos es la forma de vinculación de estos para con el Estado. Históricamente son diversas las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la relación que se genera entre el Estado y el funcionario público. Una primera corriente, hoy en desuso, habla de una relación jurídica que la asemeja a

⁸¹ Segismundo Royo-Villanova, “El concepto de funcionario público y la relación de función pública en el nuevo derecho español”, *Revista de Administración Pública* 44 (1964): 9–10.

⁸² *Ibíd.*, 11.

⁸³ Ecuador, *Constitución*, art. 229.

⁸⁴ Ivanega, *Mecanismos de control público*, 178–80.

⁸⁵ *Ibíd.*, 188.

un contrato privado. Así, la naturaleza jurídica de una relación entre funcionario y Estado se asemejaba a la de un contrato de arrendamiento de servicios, similar a la exégesis del contrato laboral que también tomó fundamento en el contrato de arrendamiento civil.

Una segunda corriente, asemejaba esta relación con el contrato de mandato. Esto dado que el mandante obra a nombre y representación de sus mandatorios. También existían posturas que lo describían meramente como un contrato innominado *do ut facias* (doy para que hagas).⁸⁶ Sin embargo, al momento de determinar el objeto contractual, el mismo sería indeterminado dado que la mera prestación de un servicio o función pública es algo muy genérico.

Esta postura deja entrever que, por más enfoque contractualista que se le quiera dar a la función pública, su elemento objetivo, que es la prestación de un servicio público, es tan amplio que no se encasilla en los giros negociales de los contratos típicos. Por lo tanto, resulta evidente que la relación Estado - funcionario engloba mucho más que un simple nacimiento de derechos y obligaciones originadas a raíz de un contrato como instrumento fuente de obligaciones. La relación Estado - funcionario abarca el manejo y la administración de la cosa pública, donde el beneficiado no será un interesado directo sino la colectividad en general. De ahí que esta relación jurídica, a más de ser administrativa, tiene elementos políticos o estatales.

Así pues, no se puede negar el hecho de que la relación Estado - funcionario es eminentemente pública y no contractual civil. No engendra similitud conceptual con una relación laboral, más allá de la retribución económica que el Estado reconoce al funcionario, con excepción de los funcionarios honorarios.

No obstante, y como crítica a la corriente contractualista privada antes mencionada, en un contrato privado la libertad e igualdad contractual son elementos primordiales; es decir, el legislador ha presupuestado que las partes que concurren libremente en un contrato donde están en igualdad de condiciones. Sin embargo, en un contrato de función pública, el Estado es preponderante frente al individuo, por lo tanto, no existe tal igualdad. La desigualdad entre las partes y la peculiaridad del objeto de la relación jurídica desvirtúa toda idea que trate de justificar esta naturaleza jurídica desde una perspectiva contractualista y peor aún privada.

Ahora bien, resulta necesario analizar respecto si la relación jurídica de naturaleza pública es un acto administrativo (unilateral) o un contrato administrativo (bilateral). El Estado, dependiendo de la forma en que diseñe su sistema de administración pública, puede utilizar indistintamente ambas figuras. A modo de ejemplo, el artículo 16 de la Ley Orgánica de Servicio Público (Losep) indica que “para desempeñar un puesto público se requiere de

⁸⁶ Royo-Villanova, “El concepto de funcionario público”, 19.

nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora”.⁸⁷ Con esto, el Estado tiene dos medios para vincular a los funcionarios públicos, el contrato (ocasional o de servicios profesionales) y el nombramiento (de elección popular, definitivo, provisional). A continuación, el análisis del presente trabajo versará sobre la naturaleza de estos medios jurídicos, no sin antes dejar por sentado que el nombramiento de elección popular es un tema que escapa a la esfera de jerarquía del servicio público ya que este no tiene autoridad nominadora, sino que es el pueblo soberano que a través del voto designa a determinado candidato para que sea dignatario.

Para ello, es necesario enunciar las diferentes teorías sobre la naturaleza los actos de vinculación al servicio público, mismas que al ser aplicadas al régimen jurídico ecuatoriano, encontraron sus particularidades en la *Losep* y la Constitución. La primera teoría es la teoría contractualista pública, misma que ha sido sostenida por las escuelas italianas. Es muy criticada porque, en palabras de Hauriou citado por Bulrich, la relación jurídica Estado - funcionario no guarda ni los elementos de forma ni de fondo de un contrato,⁸⁸ dado que no existe un intercambio de consentimientos, ni determinación del objeto contractual, ni de las obligaciones bilaterales.⁸⁹ Adicionalmente, esta relación tiene por finalidad prestar un servicio público y la obligación de una recta administración de la cosa pública. Es decir, esta relación incluye también criterios morales relativos a la rectitud en la administración. Además, las funciones desempeñadas no nacen propiamente del contrato sino de la norma, por lo que el nombramiento o el contrato con el Estado no son las fuentes de las funciones del servidor.

Por otra parte, Bulrich desvirtúa todo intento de justificación contractualista, inclusive la de naturaleza pública, alegando que el contrato amerita tres elementos importantes, a saber: libertad del consentimiento, objeto lícito y determinado, y la no modificación unilateral del contrato.⁹⁰ Respecto al libre consentimiento, el individuo no escoge libremente las funciones a desempeñar, no se discuten las cláusulas, no se detallan condiciones de las operaciones a realizarse y lo único que existe es una aceptación del cargo a desempeñar.⁹¹

En cuanto al objeto lícito, como se dijo, éste no es negociable. El objeto genérico del contrato público es la prestación de un determinado servicio público; sin embargo, entrando a la especificidad de cada cargo, las funciones del servidor no vienen propiamente dadas por el contrato si no por la norma. Inclusive en el caso ecuatoriano, el mayor detalle de funciones de

⁸⁷ Ecuador, *Losep*, art. 16.

⁸⁸ Bulrich, *Principios de derecho administrativo*, 281.

⁸⁹ *Ibíd.*, 282.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*, 282-3.

ciertos cargos no está ni en los reglamentos orgánicos funcionales si no en el instrumento denominado manual de puestos.

En este sentido, Bulrich asegura que el objeto no es estable como debería ser en todo contrato. El objeto puede ser modificado unilateralmente por el Estado en todo momento siempre y cuando se atienda a las necesidades del servicio público prestado.⁹² Esto siempre tiene que ser así porque las necesidades públicas son variantes y no pueden estar supeditadas a la voluntad del particular.

Jéze y Duguit, citados por Bulrich, aseguran que los funcionarios se encuentran en una “situación legal, impersonal y objetiva”.⁹³ Con esto quieren decir que la función pública está estrictamente vinculada con el servicio público y este a su vez con la necesidad pública. Por lo tanto, el Estado tiene que analizar sus necesidades de forma objetiva sin mirar subjetividades, de ahí la necesidad de vinculación del funcionariado. A diferencia del contrato privado donde se miran los intereses de las partes, en la relación funcional pública prima el beneficio de la colectividad.

Por otra parte, cuando se habla del acto administrativo de nombramiento, el problema respecto de su naturaleza es complejo, ya que en la práctica debe entrar en análisis el consentimiento del funcionario. Para Royo-Villanova la respuesta a este problema dependerá de si la voluntad del individuo es una condición de eficacia o un elemento integrador del acto administrativo.⁹⁴ Para Santi Romano la aceptación que hace el funcionario es un supuesto previo del acto administrativo que es eminentemente unilateral.⁹⁵ Para Bonnard, primero se da el acto administrativo y luego la aceptación del funcionario, siendo esta aceptación la causa de eficacia del acto administrativo.⁹⁶ Para Jellinek el nombramiento es un acto compuesto de dos voluntades pero que son desiguales; así pues, sin la voluntad del funcionario el acto degeneraría en nulo.⁹⁷

Como se puede ver, la teoría no llega a un acuerdo respecto de este problema. Así, se podría entender que la primera manifestación de la voluntad del funcionario se da al momento de postular por el cargo público. En este sentido y según lo expuesto por Santi Romano, el nombramiento sería un acto administrativo generado por petición del funcionario que pasa de ser administrado a funcionario. Con esto toma lógica que el nombramiento será un acto

⁹² *Ibíd.*, 283.

⁹³ *Ibíd.*, 290.

⁹⁴ Royo-Villanova, “El concepto de funcionario público”, 20.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*

administrativo, pero deja en duda si hay algún acuerdo respecto de sus funciones o remuneración.

Por otro lado, según Bonnard, la manifestación del funcionario no puede ser antes sino después de expedir el acto administrativo de nombramiento. Con esta voluntad de aceptación del cargo y por consiguiente de las funciones que le son inherentes, se perfecciona el acto jurídico. Bajo esta postura, se estaría diciendo que para que el acto sea eficaz se requiere de la voluntad del funcionario. Sin embargo, si se habla de concurrencia de ambas voluntades, se desnaturaliza el concepto de acto administrativo como manifestación de voluntad unilateral ya que se subsume la eficacia de este a una segunda voluntad. De ahí que, el siguiente problema sería dónde queda la potestad de imperio estatal para expedir actos mandatorios sobre los administrativos, manifestados estos como acto administrativo.

Por último, Jellinek estableció una tercera vía donde consiente que el acto administrativo de nombramiento sea un acto compuesto. Con esto se regresaría a la tesis de la naturaleza contractual de la relación jurídica Estado-funcionario. Para derribar esta última afirmación, Jellinek afirma que, si es verdad son dos voluntades, no se las puede tomar como iguales. De ahí que se toparía nuevamente el concepto de acto administrativo y con esto se completaría el elemento de imperio de la administración que quedó pendiente en la postura de Bonnard.

Así pues, queda claro que resulta difícil definir la naturaleza jurídica del nombramiento. Sin embargo, al ser esta una forma de actuación que tendría el Estado para establecer la relación jurídica con el funcionario, el mismo debe fundamentarse en una norma. De ahí que otro sustento al respecto puede ser hallado en la teoría estatutaria. La teoría estatutaria sostiene que los funcionarios se vinculan con el Estado por una relación jurídica que emana de un estatuto o norma (ley o reglamento). Esta norma es sancionada y modificada por el Estado de forma unilateral.

Adicionalmente, esta teoría sostiene que, si la forma de vinculación nace del estatuto, la forma de defensa del funcionario también. Así pues, todo derecho que se le concede al funcionario o su forma de reclamo no necesita estar expresamente determinado en el acto administrativo de nombramiento. Basta con su estipulación normativa que es objetiva e impersonal de quien la ejerza.

Por lo señalado, la naturaleza jurídica de los instrumentos por los cuales un funcionario se vincula al estado es de una naturaleza compleja. Por un lado, está el nombramiento que es un acto administrativo, pero al que concurre la voluntad del funcionario para que se perfeccione, sin que esto lo convierta en un acto bilateral. Por otro lado, está el contrato que

por más que es un acto bilateral, es distinto a los elementos básicos de la Teoría General de los Contratos por cuanto su objeto es indeterminado y variante. De ahí que este problema no solo debe ser analizado por el instrumento o documento a través del cual se materializa la relación, sino que también hay que analizar el lugar que ocupan los funcionarios vinculados al Estado.

En este punto, es de anotar que la legislación ecuatoriana ha concebido al nombramiento como el producto de una serie de actos complejos que genera derechos y obligaciones según la etapa en la que se encuentre. De ahí que el nombramiento tipo es el definitivo que, como se entiende del artículo constitucional 228 donde señala que por regla general el acceso al servicio público debe darse por concurso de méritos y oposición salvo los casos de servidores públicos de libre nombramiento y remoción o los de elección popular.

La doctrina tampoco es uniforme cuando topa el tema de la clasificación de los funcionarios, así la primera clasificación a abordar es entre funcionario y empleado. Para Royo-Villanova los términos funcionario y empleado público son parecidos, pero conceptualmente el primero es el género del segundo.⁹⁸ Así funcionario será todo aquel que ejerza una función pública. Por lo tanto, se excluye de este concepto a quienes voluntariamente actúan a nombre del Estado, como es el caso de los concesionarios. Por otra parte, el empleado público es aquel funcionario profesional, es decir, aquel que tiene la característica particular de acceder a la carrera con una determinada estabilidad. Como se indicó anteriormente, en el caso ecuatoriano, este tema pasa a tratarse de manera general, en tal sentido que todo funcionario es servidor y servidor es todo aquel que voluntariamente ha accedido a un cargo público ya sea de forma permanente, por libre nombramiento o remoción (ocasionales y puestos jerárquicos), o por elección popular.

Si se toma al empleado público como la figura tipo de la función pública se pueden destacar como características: el nombramiento, la estabilidad, la retribución, la no autoridad.⁹⁹ En un empleado público el ingreso a la carrera es mediante nombramiento aceptado voluntariamente o en su defecto contrato. Esto difiere por ejemplo de casos como el servicio militar (obligatorio) o de los miembros de las juntas receptoras del voto, estos últimos abordados por la doctrina y que, desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana, quedan excluidos de ser catalogados como servidores públicos, es decir, no se rigen por la Ley o norma especial similar.

⁹⁸ *Ibíd.*, 12.

⁹⁹ *Ibíd.*, 11-2.

Respecto a la estabilidad, en el caso de empleado público típico, el hecho de haber sido nombrado le da una estabilidad laboral ya que, forma parte de la carrera de la administración pública. No pasa así con el funcionario político que por ejemplo tiene un período de ejercicio del cargo durante un tiempo limitado y no ejerce una profesionalización propia del mismo. Situación similar ocurre con los funcionarios de libre nombramiento y remoción que, por cuestiones de confianza, son nombrados y removidos por los funcionarios políticos o sus delegados en calidad de autoridades nominadoras. Tampoco ganan estabilidad los servidores contratados ocasionalmente ya que su naturaleza corresponde a la suplencia de una necesidad específica que tiene inicio y fin en el tiempo.

Respecto de la retribución, sin que esto implique una relación laboral sino funcionarial, la retribución es la compensación económica del empleado. Ya se citaba anteriormente que para la doctrina pasada existe una distinción entre funcionarios y servidores, siendo los primeros un concepto más genérico que no implicaba necesariamente vinculación para los recursos humanos del sector público. Desde este punto de vista, para la doctrina anterior podían existir empleados ad honorem, es decir, la retribución no era necesaria para determinar la vinculación con el estado. Sin embargo, desde el marco jurídico ecuatoriano, los servidores públicos ad honorem no están desarrollados por las normas de servicio público. A ello cabe agregar que en Ecuador nadie puede realizar un trabajo forzoso y que también las retribuciones son proporcionales a las responsabilidades que se asumen. De ahí que si existe responsabilidad existe remuneración y, por lo tanto, como se indicó toda persona que actúa en el marco de las potestades públicas del estado, debe tener responsabilidad.

Respecto a la no autoridad, es una característica que ni siquiera todo empleado público la tiene. Por ejemplo, un maestro es el último eslabón de la relación jerárquica que se da en la disciplina administrativa dentro de la administración pública de educación. Por otra parte, administrativamente hablando un alcalde es el primer eslabón en la pirámide jerarquía de un municipio. En este sentido, el maestro es un empleado público sin autoridad, mientras que el alcalde es un funcionario público con autoridad. Ahora bien, cabe destacar que en el caso del profesorado sí forma parte de la jerarquía administrativa; sin embargo, por ser el último en la escala, no tienen contra quien ejercer su autoridad si la tuviese.

Con estas puntualizaciones, ahora es necesario considerar las clasificaciones de los funcionarios públicos. Atendiendo a la naturaleza de la función que ejerce los funcionarios se clasifican en funcionarios de autoridad y funcionarios de gestión. Esta clasificación nace de la concepción de Laferrière quien sostenía que la actividad administrativa tenía una doble misión:

de gestión y de poder.¹⁰⁰ No obstante, definir que determinado cargo es de naturaleza de gestión y otro es de poder significa encasillar las funciones. Por lo tanto, para aplicar esta clasificación no se debe observar el cargo ejercido sino el acto que se realiza. Así, un profesor siempre realizará actos de gestión, pero un presidente de la República realizará actos de gestión y de poder a la vez.

Por otra parte, otra clasificación es la dada por Ivanega, la cual distingue que existen dos tipos de funcionarios: político y administrativo. El funcionario político es aquel que tiene a su cargo la dirección política, desarrollo de objetivos y el control de los sus subalternos en medida de sus facultades legales; mientras que, el funcionario público o administrativo le corresponde la gestión administrativa, técnica y financiera.¹⁰¹ En otras palabras, el segundo se encarga de materializar la dirección dada por el primero.

Los funcionarios políticos tienen como objetivo principal “asegurar de modo directo y eficaz el desarrollo y ejecución de una política”.¹⁰² Como se dijo, adolecen de la característica de profesionalización por cuanto el ejercicio de la función pública es por un tiempo limitado. Generalmente, su designación puede ser por elección popular para el ejercicio de una función determinada. Por ejemplo, alguien que fue electo para ser alcalde únicamente podrá desempeñar las funciones de alcalde, esto implica la posibilidad desarrollar y formular una determinada política que será la que guíe la gestión del cabildo. Así mismo, la designación puede ser directa, ante lo cual opera la elección popular o, puede ser indirecta, como en los casos en los cuales los titulares son elegidos por la Asamblea Nacional o por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Por otra parte, el empleado público desarrolla actividades de gestión que posibilitan materializar todos los actos necesarios para cumplir los objetivos desarrollados a raíz de determinada política. El empleado público también se profesionaliza dentro de la carrea del servicio a tal punto que hasta puede ascender de cargo.

De las distinciones realizadas cabe anotar entonces que la Administración Pública es también un sistema complejo, de ahí debe nacer la necesidad de que no todos los funcionarios públicos son iguales por más que todos reciban una remuneración pública. Así, nace la necesidad de distinguir entre burocracia y política. La burocracia es un modelo de administración pública caracterizada por su racionalidad y jerarquización. La jerarquización se

¹⁰⁰ Bulrich, *Principios de derecho administrativo*, 272.

¹⁰¹ Ivanega, *Mecanismos de control público*, 202–3.

¹⁰² Royo-Villanova, “El concepto de funcionario público”, 12.

fundamenta en la idea de asociación.¹⁰³ Es decir, una relación social compuesta por dominador y dominado. Para que se legitime esta posición dominante debe de mediar una norma; sin embargo, no toda disposición superior quiere decir que sea legítima. Así pues, cabe distinguir entre la legitimidad de la autoridad y la legitimidad de la disposición, cabe destacar que en el segundo caso la teoría burocrática haya un punto débil.

Respecto de la característica de racionalidad, significa que la dominación parte del conocimiento. Así, la burocracia busca la máxima eficiencia técnica a través de la especialización de sus funcionarios.¹⁰⁴ Como contrapartida, la especialización acarrea la falta de adaptabilidad a cambios por parte de las organizaciones públicas.

Para Ivanega, el modelo burocrático se puede resumir en “el despacho objetivo de los asuntos, conforme a reglas calculables con independencia de las personas”.¹⁰⁵ Es decir, busca una racionalidad y ampliación del conocimiento de la organización administrativa a través de la generación de precedentes y especialidad del conocimiento.

No obstante, la organización burocrática no encontraría su razón de ser si no existieran las necesidades públicas y por tanto políticas. Así pues, según Juan Santamaría Pastor, la organización burocrática se encuentra subordinada a las instituciones políticas representativas.¹⁰⁶ De ahí que, en la cúspide de la estructura burocrática siempre estará el representante político ofreciendo su dirección; sin embargo, esta dirección política es distinta a la especialización burocrática. Por lo que, esta diferencia supone una línea divisoria entre ambos elementos, para fines netamente de identificación del uno y del otro.¹⁰⁷

Por otra parte, la política y la administración pública no son ajenas una de otra y están interrelacionadas en cuanto a las decisiones. Para Marshal Demock y Gladys Demock, la política siempre implica la resolución de problemas, elección entre alternativas, toma de decisiones, decidir sobre las normas de acción y el contenido de los valores para afrontar la satisfacción de las necesidades humanas.¹⁰⁸ Por lo tanto, la división entre el político y el burócrata viene dada al momento y creatividad de tomar la decisión. El político tiene conocimientos de conducción y fuerza de voluntad para decidir; el burócrata es el contrapeso técnico permanente que permite materializar esa decisión.¹⁰⁹

¹⁰³ Miriam Mabel Ivanega, *Instituciones del Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Derecho Administrativo 12 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 219, <https://es.scribd.com/read/436270491/Instituciones-de-derecho-administrativo-2-ed#>.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 220.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 221.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 226.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 230.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, 226.

Así, por más que se quiere amparar a toda persona que recibe un estipendio desde el erario, bajo la denominación de funcionario público, empleado público o servidor público; el modelo democrático ejercido en el país responde a una clara división orgánica de funciones donde hay que distinguir al político del burócrata.

2. Tipos de responsabilidades de los funcionarios públicos de elección popular

La responsabilidad según lo define Jorge Fernández Ruiz, es “la obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido, o el daño causado a un tercero, porque así lo disponga la ley, lo requiera una convención originaria, lo estipule un contrato, o se desprenda de ciertos hechos ocurridos, independientemente de que ellos existan o no, culpa del obligado a subsanar”.¹¹⁰ En tal virtud, el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce cuatro tipos de responsabilidad, a saber, civil, penal, administrativa y política, siendo las dos últimas las de importancia para el presente trabajo de investigación.

2.1 Responsabilidad administrativa y sus componentes

Reforzando las ideas desarrolladas en el capítulo anterior, cabe destacar también que la responsabilidad administrativa no debe confundirse con la responsabilidad de la administración. Esta última atiende a la situación jurídica del Estado frente a sus ciudadanos por un acto u omisión que generó un daño y tiene que resarcir. La responsabilidad de la administración será objetiva y entra en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado. De esta forma, Martín Rebollo afirma que “en el análisis relativo a tal concurrencia no resultaría necesario indagar si la Administración ha funcionado correcta o incorrectamente, esto es, si el funcionamiento administrativo ha sido anormal o normal, sino exclusivamente averiguar si ha existido lesión y si la misma aparece como consecuencia del funcionamiento del servicio”.¹¹¹

Adicionalmente, para Jorge Fernández Ruiz, la responsabilidad administrativa es “la derivada de faltas administrativas, es decir, infracciones o contravenciones a preceptos legales dirigidos a preservar la administración pública, que no están tipificadas como delitos; se trata

¹¹⁰ Jorge Fernández Ruiz, *Derecho administrativo*, (Ciudad de México: Secretaría de Gobernación / Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), 314, <https://www.inehrm.gob.mx/recursos/Libros/Elderechoadministrativo.pdf>.

¹¹¹ Astrid Muñoz, “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo”, *Revista de Administración Pública* 187 (2012): 105.

de conductas ilícitas relativamente leves que pueden dar lugar a sanciones impuestas en sede administrativa, sin intervención del aparato judicial”.¹¹²

Así pues, para Verónica Rojas, esta responsabilidad administrativa tiene dos acepciones. En primer lugar, presupone que el funcionario haya incurrido en una infracción administrativa tipificada en normas. En segundo lugar, más que el incumplimiento de normas, este tipo de responsabilidad presupone una responsabilidad personal, es decir, se origina por el incumplimiento del deber genérico de legalidad.¹¹³

Ahora bien, si bien en el capítulo primero del presente trabajo de investigación se abordó sobre la imperiosidad de la tipicidad como elemento necesario para el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración; no obstante, es necesario recalcar que a nivel mundial existen países que han optado por dar un tinte más discrecional cuando de infracciones de funcionarios públicos se trata.

Así por ejemplo, en Uruguay se habla de derecho disciplinario y de procedimiento disciplinario. El objeto del derecho disciplinario es administrativo y represivo. Administrativo porque busca el recto accionar del funcionario público y para ello es elemento necesario que tenga la calidad de tal. Por otro lado, es represivo porque su fin último es imponer una sanción.

De ahí que Flores-Dapkevicius centra su estudio en la potestad disciplinaria más que en la sancionadora general. Asegura este autor que el fin del poder disciplinario es mantener el orden y correcto funcionamiento del servicio. Desde esta perspectiva, la conceptualización de orden se fundamentará en la realidad jerárquica de la administración pública que garantiza la unidad estructural y funcional a través de la subordinación.¹¹⁴ Así pues, la potestad disciplinaria, en el caso uruguayo, es discrecional.

En el caso ecuatoriano, la legislación indica que la Contraloría General del Estado puede determinar responsabilidades administrativas, mas no hace alusiones a responsabilidades de índole disciplinaria, considerando que esta es una especie de la primera.

Por otro lado, se puede apreciar que la finalidad de la Contraloría no es represiva sino correctiva. De ahí que, el sistema de control es previo y posterior, y no necesariamente el control posterior culmina con multas si no también con recomendaciones y/u observaciones.

Otro aspecto a considerar sobre la naturaleza de la responsabilidad administrativa es su legitimidad. Si bien con la publicación de una norma, esta se reputa conocida por todos, la

¹¹² Fernández Ruiz, *Derecho administrativo*, 318.

¹¹³ Verónica Rojas, “El caos de la multiplicidad de los sistemas de responsabilidad disciplinaria”, en *Aportes para un estado eficiente: ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (Lima: Palestra Editores, 2012), 295.

¹¹⁴ Rubén Flores-Dapkevicius, *Manual de derecho público*, vol. 2 (Editorial B de F, 2007), 197.

publicidad también reviste a la misma del carácter de legitimidad y, por consiguiente, la vuelve estable en el ordenamiento jurídico hasta su denuncia y posterior expulsión. De ahí que, la sanción impuesta es fruto de la determinación de responsabilidad administrativa a la cual se llegó dentro de la lógica de los elementos recabados en un procedimiento administrativo donde la conclusión será que determinada conducta irrumpió la legitimidad de determinada norma.

2.2 Responsabilidad política

La responsabilidad administrativa está muy cercana a la responsabilidad política, dado que ambas recaen sobre personas que ejercen una función pública; sin embargo, no deben confundirse. Llegar a un concepto unánimemente aceptado respecto de la responsabilidad política es muy complejo dado que esta encuentra su fundamento en criterios de oportunidad mas no de legalidad.¹¹⁵ Así, ser responsable político no tiene que ver con conductas estrictamente tipificadas, sino que debe incurrirse en causales de índole genérico que tienen por finalidad abrir un amplio campo de acción para que el órgano controlador pueda criticar el accionar del controlado.

En cuanto a la responsabilidad política, prima el fin antes que el medio. Así, en palabras de Joaquín García Murillo, se determina que el fin de la responsabilidad política es “desembarazarse del político indeseado, cualesquiera que sean las causas, sin más traume que ese, el prescindir de él”.¹¹⁶

Para Gevoanna Visintini la responsabilidad política es “aquella que puede resultar a cargo de quien es titular de poderes públicos y que se presenta frente a los electores o, si se trata de los ministros, frente al parlamento”.¹¹⁷ Como se puede ver, la definición de responsabilidad llega a determinar quién, cuándo o para qué se aplica dado que su implementación escapa al carácter jurídico. Lo que queda claro es que esta se ejerce con la finalidad de corresponder al mandato popular bajo un esquema de contrapesos políticos entre los poderes del Estado.

Con esto queda claro que la responsabilidad política difiere de la responsabilidad administrativa. La responsabilidad política corresponde a un contrapeso natural de los Estados democráticos, mientras que la responsabilidad administrativa corresponde a la observancia de

¹¹⁵ Iván De la Garza, “La responsabilidad política de los servidores públicos en el sistema presidencial mexicano: el juicio político”, *Estado, derecho y democracia en el momento actual*, 15 de abril de 2008, 181.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ Giovanna Visintini y María Cellurale, *¿Qué es la responsabilidad civil?: fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 32.

la moral pública para el ejercicio de una función pública. De ahí que, los funcionarios políticos no tienen los mismos controles ni la misma naturaleza que el resto de los funcionarios públicos.

Capítulo tercero

La ejecución de la sanción de destitución

1. La imposibilidad de la ejecución de sanciones de destitución emitidas por la Contraloría General del Estado

Previo al desarrollo del presente capítulo, es necesario indicar que la imposibilidad de la ejecución de sanciones de destitución emitidas por la Contraloría General del Estado no es un tema nuevo en Ecuador. Al respecto, como ya se indicó, el 16 de mayo de 1977, mediante Decreto Supremo 1429, se expidió la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. En ella, el título séptimo correspondía al Sistema de Control de los Recursos Públicos, donde, entre otras cosas, se hablaba de la Contraloría General del Estado. El artículo 340 trataba sobre la responsabilidad administrativa, el 341 sobre la responsabilidad civil y el 342 sobre la presunción de responsabilidad penal.

No obstante, el 9 de julio de 1979, mediante Decreto Supremo 3562, se reformó la LOAFYC agregándole el artículo 345-A que indicaba:

Art. 10.- Después del Art. 345 agréguese el siguiente artículo: “Art. 345-A.- Limitación constitucional.- Cuando en los casos de los artículos 340 al 345 de esta ley, aparezcan indicios de responsabilidad de alguno de los funcionarios cuyo juzgamiento corresponde a la Legislatura, el Contralor General se limitará a participar documentalmente los hechos al Presidente de la República y a referirse a ello en su informe a la Función Legislativa, sin perjuicio del trámite de las demás responsabilidades respecto de otros implicados.”¹¹⁸

Con esta reforma se deja entrever que desde ese entonces se advertía de una posibilidad que el Contralor sea quien pueda determinar responsabilidades y sancionar a todos los funcionarios por igual, inclusive a los electos popularmente. De ahí que, fundamentándose en la naturaleza política de estos cargos, se redactó la precitada reforma sujetándola a que, en los casos de funcionarios sujetos a juicio político, el Contralor debía limitarse en sus facultades y participarle al Ejecutivo y Legislativo.

Así, se puede ver claramente que el Contralor, en ese entonces, tenía que informar a la legislatura, lo cual lo volvía en cierto sentido dependiente de esta o por lo menos sometida a

¹¹⁸ Ecuador, *Reformas a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicada en el Registro Oficial n.º 337, de 16 de mayo de 1977, Registro Oficial 870, 9 de julio de 1979, art. 10.*

ese control. Con esto, se ratificó el origen político de la Entidad de Fiscalización Superior como un órgano técnico de apoyo al control fiscal propio del legislativo.

Por otro lado, es necesario señalar que en los considerandos de este Decreto Supremo solo se mencionaba que era necesario precisar diversos aspectos relativos a las facultades y organización de la Contraloría General y a la determinación de responsabilidades. Es así como se ponía un freno a las facultades del Contralor. No obstante, este freno mezclaba el problema del exceso de la responsabilidad administrativa, pero en cuanto a la solución, la desviaba al campo de acción política.

Esto sumando a que de la redacción del artículo titulado "limitación constitucional" se podía colegir que esta reforma iba en el sentido de aplicar el principio de separación de funciones y tal vez algo relacionado a la imposibilidad de destituir a autoridad de elección popular o simplemente como una forma de evitar una amenaza política. Esto dado que, del texto de constitucional de 1978 no existe regla alguna que detalle algo parecido.

Sin embargo, la forma de redacción del entonces nuevo artículo 345-A, sumado a que las razones de dicha estipulación no eran claras, dio cabida a que posteriormente la Corte Suprema de Justicia se pronuncie respecto a dicho artículo. Por ejemplo y de forma concisa escogiendo fallos anteriores, se pronunció indicando:

TERCERO: El recurrente estima que el Tribunal a-quo, al aplicar el artículo 345-A de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, agregado por el Decreto Supremo número 3562, publicado en el Registro Oficial número 870 de 9 de julio de 1979, restringió la competencia constitucional del Contralor General del Estado y desatendió las normas sobre responsabilidad de los funcionarios públicos. Esta Sala se ha pronunciado ya en relación con el artículo 345-A de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (ver el caso número 375-2003, Flores C., Procurador General del Estado y Contralor General, sentencia de 28 de febrero del 2007), por lo que conviene reiterar el criterio allí vertido [...]a) "El criterio constitucional de que ningún funcionario público estará exento de responsabilidad debe ser considerado como un principio fundamental y siempre estuvo presente en el constitucionalismo ecuatoriano [...] Por su parte, el Art. 73 (ibídem) prescribe: "Las normas para establecer la responsabilidad penal, civil y hacendaria por el manejo y administración de los fondos, aportes o recursos públicos, se aplicarán a todos los servidores de las entidades del sector público"; b) El artículo 345-A de la LOAFYC fue introducido por decreto supremo, cuando no existía en el país un estado de derecho, y no entraba a regir aún la Constitución Política de 1978-79; c) Tal artículo 345-A de la LOAFYC [...] no puede limitar normas constitucionales; d) La responsabilidad política no constituye suma o síntesis de las otras clases de responsabilidad; y, e) Por el principio de jerarquía constitucional [...] toda norma jurídica que esté en contradicción con la Constitución no tiene valor alguno [...].- Como consecuencia del análisis jurídico precedente, la Sala de lo Contencioso Administrativo llegó a las conclusiones de que: "a) el Art. 345-A de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC, contradice flagrantemente a la Constitución Política de la República [...]; b) que en virtud del mandato constitucional contenido en los Arts. 272 y 273 de la Ley Suprema debe aplicarse la norma jerárquicamente superior (...). Es importante aclarar que la disposición constante en el artículo 345-A de la LOAFYC ya fue derogada -junto a otras disposiciones-; por tanto, al momento de dictar esta sentencia no existe dicha norma. Pero, inclusive de estar vigente una disposición

semejante, esta Sala estaría obligada a declarar su inaplicabilidad, en virtud del Art. 274 de la Constitución."¹¹⁹

El fallo que antecedente condensa la línea de pensamiento de la Corte expuesta en varios fallos anteriores. En lo principal desecharon la aplicación del artículo 345-A por las razones siguientes:

- a) su aplicación corresponde a un marco constitucional dictatorial y no democrático;
- b) principio de jerarquía constitucional;
- c) principio de responsabilidad de funcionarios públicos.

Respecto al principio de jerarquía constitucional, la argumentación de la Corte va en la línea de que la Loafyc no puede limitar el poder otorgado constitucionalmente a la Contraloría. Sin embargo, conforme el marco constitucional de esa época y también del actual, la potestad determinadora de la CGE del Estado se extiende a todo tipo de funcionario. En ese sentido, la Corte también afirmó que aplicar la limitación de la Loafyc atentaba contra el principio constitucional de responsabilidad de los funcionarios públicos. Esto dado que nadie puede estar exento de su responsabilidad civil, penal, administrativa y/o política.

No obstante, la Corte como corte de casación, es decir, con potestades resolutorias limitadas a las casuales de este recurso; no evaluó la repercusión estatal que tiene avalar la potestad determinadora de la CGE en todas sus dimensiones. En primer lugar, esta potestad, planteada desde dicho sentido amplio, no hace distinción entre funcionarios políticos o burócratas. En segundo lugar, la determinación de responsabilidad administrativa fiscal puede alcanzar hasta la destitución del funcionario responsable. De ahí que, para evaluar el caso más grave de ejercicio de esta potestad, se debería analizar el supuesto que la CGE destituya a un funcionario político de elección popular, como se lo hará más adelante.

Respecto al argumento de la responsabilidad de funcionarios públicos, la Corte destacó que la responsabilidad política no reemplaza a las otras responsabilidades. De ahí, cabe realizar énfasis que si bien el artículo 345-A buscaba prever algún abuso de poder por parte de la CGE, la redacción de este confunde varios criterios, entre ellos, los de la responsabilidad. De ahí que termina desviando una casuística que debe analizarse desde el punto de vista administrativo, hacia una perspectiva política.

Como se puede ver, el artículo 345-A se lo concibe como un límite a las facultades del Contralor. Sin embargo, las razones de aquel límite no estaban claras lo cual llevó a la Corte

¹¹⁹ Ecuador Corte Suprema de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo, "Sentencia", *Juicio n.º 126-2005*, 24 de septiembre de 2007, 33-4.

en ese entonces, asintiera el poder general de la CGE. Al respecto, Patricio Secaira referido por Francisco Guerrero, critica que:

“La capacidad sancionadora de la Contraloría General del Estado (...) determina un poder no discrecional del órgano de control público (...) pero sí puede notarse que tal atribución es ilimitada en cuanto se refiere a la calidad de servidor público pues las normas no establecen excepción a procedimiento alguno relativo al grado jerárquico del servidor sujeto a sanción (...) Hecho que comporta un poder omnímmodo inaceptable, contrario a la Constitución Política, al sano entendimiento jurídico y sobre todo a la necesidad de equilibrar el poder público como medio de no sobreponer una potestad sobre otra.”¹²⁰

Así pues, el poder controlador de la Contraloría no puede ser ilimitado dado que puede afectar a la estructura democrática del Estado. Más aún si, conforme lo recalado, es un órgano técnico. Este problema no es nuevo y ya lo avizó la Loafyc casi tan pronto como fue expedida, pero la solución planteada en la redacción del artículo 345-A, fue errada.

2. Imposibilidad por tipo de destinatario subjetivo

Con esto cabe hacer una distinción actual entre funcionarios electos sujetos a juicio político y funcionarios que no siendo electos popularmente también están sujetos a este juicio. Por ejemplo, los alcaldes, concejales, prefectos, miembros de junta parroquial rural quienes, accediendo a su dignidad por sufragio directo, no son fiscalizados por la Asamblea Nacional. Las razones de exclusión de estos funcionarios quedaron a discreción del constituyente; sin embargo, a criterio propio, esta exclusión puede deberse a que son niveles de gobierno diferentes al central o a que gozan de autonomía.

Para la responsabilidad política de estos precitados funcionarios, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización (Cootad) estipula la figura de remoción del cargo. La misma es taxativamente causada y es atribución propia del órgano colegiado pertinente. De ahí que, esta figura es eminentemente política ya que se requieren las dos terceras partes del órgano colegiado para determinar la responsabilidad del personero y su remoción.

Por otra parte, existen casos como el del Presidente o Vicepresidente de la República quienes, siendo también electos por sufragio directo, sí son sujetos de juicio político proseguido por la Asamblea Nacional.¹²¹ Por otra parte, también son sujetos de juicio político ante la Asamblea Nacional, el Procurador General del Estado, el Contralor General del Estado, el

¹²⁰ Francisco Guerrero, *Nueva visión del derecho administrativo* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2019), 355.

¹²¹ Ecuador, *Constitución*, art. 129.

Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Defensor Público General, los superintendentes, los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo Nacional de la Judicatura, Consejo de Participación Ciudadana y las demás autoridades que la Constitución determine.¹²²

De ahí que, la responsabilidad política ante la Asamblea Nacional, en primer lugar, atiende a un criterio relativo al cargo que se ejerce, es decir, a cargos de relevancia política para el Estado a tal punto que su calificación tiene reserva constitucional; sin embargo, esta relevancia política no está directamente atada a ser autoridades de elección popular o de primer grado. Con lo dicho, una situación es la responsabilidad administrativa que no se debe confundir con la política y, esta último no se reduce al juicio político proseguido por la Asamblea Nacional, sino también se da en la institución de remoción del cargo estipulada en el Cootad para los casos de gobiernos seccionales.

Por otro lado, respecto al alcance subjetivo de la responsabilidad administrativa, el artículo 45 de la Locge, indica que la potestad determinadora de responsabilidades administrativas de la CGE recae sobre autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado¹²³ y es aquí donde el alcance subjetivo de la responsabilidad administrativa entra en una zona gris respecto de la responsabilidad política. Si se hace un análisis generalizado, toda persona que ejerce un cargo en la administración pública es responsable administrativamente; sin embargo, en el caso de la responsabilidad política, se depende de una estipulación legal o constitucional. Así, ambas responsabilidades tienen un punto de intersección ya que los funcionarios sujetos al control político son funcionarios públicos y por tanto también tienen responsabilidad administrativa. Pero, por el otro lado, no todo funcionario público es sujeto de juicio político. De aquí cabe rescatar que ciertos funcionarios públicos de naturaleza política ameritan una distinción en el esquema de controles del Estado.

No obstante, haciendo un análisis particularizado del artículo 45 de la Locge se hace alusión a los conceptos de autoridades y dignatarios. Ambos términos no tienen una definición legal sino meras referencias normativas como la indicada. De ahí que resulta necesario ir al significado común de ambas palabras.

¹²² *Ibíd.*, art. 131.

¹²³ Ecuador, *Ley Orgánica de Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002, art. 45.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a los dignatarios como persona investida de una dignidad.¹²⁴ Dignidad es un término polisémico que en su concepto pertinente quiere decir cargo o empleo honorífico y de autoridad. Por su parte, autoridad es el poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho, o derecho.¹²⁵ Como se puede ver, el concepto de dignatario engloba al de autoridad, pero el concepto de autoridad no necesariamente engloba al de democracia. Así pues, el problema de aplicación de la Locge inicia desde el término y la forma de redacción que utiliza la norma.

Ahora bien, tanto la responsabilidad política como la administrativa circunscrita a la competencia fiscal de la CGE tienen dentro de sus sanciones la de remoción o destitución, respectivamente. Ambas figuras tienen por finalidad terminar con el ejercicio de la potestad pública. En el primer caso, el móvil es desembarazarse del político indeseado; en el segundo, el móvil es la moralidad y normalidad del manejo de recursos públicos. Cabe destacar que indistintamente del móvil, el efecto es el mismo y este se circunscribe a las autoridades de elección popular afectando no únicamente al derecho a ejercer ese cargo; sino que va más allá, vulnerando el derecho constitucional de elegir y ser elegido.

3. Imposibilidad de imponer la sanción de destitución por control de convencionalidad y contravención al Principio Democrático de los Estados

Retomando lo mencionado con anterioridad en relación a la sentencia 395-2007 de la Corte Suprema de 24 de septiembre de 2007, en la cual se hizo referencia al argumento de jerarquía normativa, es preciso puntualizar su reforzamiento entorno al marco constitucional actual. Este nuevo marco derribó, en cierta medida, la estricta jerarquización normativa en un Estado constitucional de derechos y justicia, que hace prevalecer el principio pro homine. Prueba de aquello es la relevancia del segundo inciso del artículo 424 que indica: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.¹²⁶ Con esto, la constitución reconoce una cierta imperatividad a los tratados internacionales de derechos humanos, lo cual lleva a hablar sobre la convencionalidad.

¹²⁴ RAE, “dignatario, dignataria | Diccionario de la lengua española”, *Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario*, 28 de febrero de 2021, <https://dle.rae.es/dignatario>.

¹²⁵ RAE, “autoridad | Diccionario de la lengua española”, *Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario*, 12 de marzo de 2021, <https://dle.rae.es/autoridad>.

¹²⁶ Ecuador, *Constitución*, art. 424.

De lo indicado hasta ahora, el problema de destitución de autoridades de elección popular debe ser analizado en dos aspectos, en cuanto a su fondo y a su forma. Sobre el fondo se abordarán las razones por las cuales la naturaleza de la sanción de destitución atenta contra la estructura de un Estado democrático y, sobre su forma, se analizará el procedimiento de ejecución de dicha sanción.

Para Jaime Orlando Santofimio, la convencionalidad es uno de los tantos sistemas integrantes del ordenamiento jurídico.¹²⁷ Así, los tratados internacionales ratificados por Ecuador son integrantes del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La imperatividad de estos dentro del Estado ecuatoriano tiene origen en el hecho de que el Estado pertenezca a determinada comunidad internacional. Lo cual, acarrea tener principios, valores y fines comunes. Es esencialmente una estructura sustancial y material de derecho ya que implica un todo normativo y principios que dominan, en consecuencia, el pleno funcionamiento de los poderes públicos de todos los Estados, así como la actividad de todas sus autoridades.¹²⁸ De ahí que, la actividad de la CGE mínimamente va a tener un límite, la convencionalidad.

Como es verdad ningún tratado o convención entra a desarrollar la estructura orgánica o el derecho interno de cada país, pero los países tienen la obligación de adecuar su derecho interno a las normas convencionales. En este sentido, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos trata las limitaciones al derecho político de elegir y ser elegido. El artículo 23 consagra los derechos políticos inherentes a todos los ciudadanos de los estados parte. El numeral 2 de dicho artículo señala expresamente: “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad condena, por juez competente, en proceso penal”.¹²⁹ De ahí que este segundo numeral detalla los únicos aspectos por los que se pueden restringir los derechos políticos.

Al respecto, el caso *López Mendoza vs. Venezuela* es uno de los que más desarrolla estas limitaciones. En éste, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) contextualiza los derechos políticos contemplados en el artículo 23.1, indicando que estos derechos “son un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental de las sociedades

¹²⁷ Jaime Orlando Santofimio G., *Compendio de derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), loc. 4390.

¹²⁸ *Ibíd.*, loc. 4415.

¹²⁹ Ecuador, *Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984, art. 23.

democráticas para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”.¹³⁰ De ahí que, el ejercicio de derechos políticos como elegir y ser elegidos no solo incluye el derecho individual a ser autoridad sino también el derecho de una colectividad a decidir de quienes se encargarán para la gestión de sus asuntos públicos. Así pues, apalancándose en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, la CorteIDH señaló respecto de la restricción del 23.2 que:

[...] se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.¹³¹

Así pues, el medio que se tiene para alcanzar la limitación del derecho de participación es a través de sentencia condenatoria penal. Sobre el análisis puntual de la inhabilidad del ciudadano López Mendoza, la CorteIDH determinó que ésta fue impuesta por la Contraloría General de la República de Venezuela. En este sentido, para que opere el artículo 23.2 tiene que existir tres requisitos: a) condena, b) por juez competente, c) en materia penal, no configurándose en el caso citado ninguno de los presupuestos de la causal.

Otro de los criterios para que exista limitación de los derechos políticos es la razonabilidad. Al respecto, el voto concurrente de Diego García-Sayán en el mismo caso analizó teleológicamente esta restricción. La finalidad de esta restricción es “que no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas”.¹³² Con esto, el juez quiere decir que no compete a autoridad administrativa sino judicial limitar el derecho de participación. Esto dado que, también se debería considerar la participación de jueces electorales. Así su conclusión sobre este punto es “lo crucial es que sea una autoridad de naturaleza judicial, vale decir en

¹³⁰ CorteIDH, “Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, accedido 12 de marzo de 2021, párr. 108, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

¹³¹ CorteIDH, “Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)”, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005, párr. 206, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

¹³² Corte IDH, “Voto Concurrente Razonado del Juez Diego García-Sayán, Sentencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso López Mendoza vs. Venezuela de 1 de septiembre de 2011”, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, 1 de septiembre de 2011, párr. 14, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

sentido amplio, y no restringida a un juez penal. En este caso la sanción no la impuso una autoridad judicial”.¹³³

Adicionalmente, en el voto concurrente del Juez Eduardo Vio Rossi se señala el argumento relativo a la justificación de la sanción de inhabilidad por parte de autoridad administrativa. En efecto, el juez rechaza las argumentaciones del Estado venezolano que justifican la potestad de la Contraloría basadas en la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Al respecto este juez aclara que la finalidad de dicha Convención es que los Estados estén constreñidos a tipificar conductas relativas a la corrupción en el marco de la lucha contra esta, para que sean resueltas por autoridades judiciales penales. Así, el negar que la Contraloría pueda limitar derechos políticos no es sinónimo de impunidad, sino más bien que existe autoridad legítima habilitada para imponer la sanción.¹³⁴

Estos tres criterios concuerdan en que los derechos políticos solo se pueden restringir por instancias judiciales. Por lo tanto, permitir que un órgano administrativo sea quien prive de derechos políticos atenta contra la democracia de los Estados. De ahí que el artículo 23.2 es claro al determinar que esta limitante solo se dé por condena penal.

A esto cabe agregarse la reciente sentencia del caso *Petro Urrego vs. Colombia*. Esta sentencia ahonda en el argumento de la interpretación teleológica determinado por García-Sayán y agrega que el artículo 23.2 busca que las limitaciones de los derechos políticos no queden al arbitrio de los gobernantes de turno.¹³⁵ Por consiguiente, el hecho de implantar una sanción de destitución y/o inhabilidad a una autoridad elegida popularmente por medio de cualquier órgano administrativo y no por condena por juez competente en proceso penal, contraría a la Convención y viola limita derecho político de la autoridad e incluso el derecho de sus electores.¹³⁶ Con esto queda zanjado el problema de las competencias de destitución de autoridades electas popularmente.

No obstante, la Corte va más allá y aborda el tema de quedar, en la práctica, inhabilitado para ejercicio de cargo por tener deudas fruto de responsabilidad fiscal. Ante ello, la Corte es categórica y afirma que aun cuando las facultades del órgano administrativo no contemplan la

¹³³ *Ibíd.*, párr. 17.

¹³⁴ CorteIDH, “Voto Concurrente Razonado del Juez Eduardo Vio Grossi, Sentencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso López Mendoza vs. Venezuela de 1 de septiembre de 2011”, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, 1 de septiembre de 2011, párr. 3, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

¹³⁵ CorteIDH, “Sentencia de 8 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)”, *Caso Petro Urrego vs. Colombia*, 8 de julio de 2020, párr. 98, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

¹³⁶ *Ibíd.*, párr. 100.

atribución directa de inhabilidad o destitución, si la sanción fiscal puede tener efecto práctico de restringir derechos políticos, también contrarían al artículo 23.2 de la convención.¹³⁷

En esta línea, Allan Brewer Carías señala la importancia del principio democrático representativo, el cual resalta la necesidad de respetar la voluntad popular. Así, mediante voluntad popular un dignatario es elegido y solo mediante la misma se le puede revocar el mandato. Por consiguiente, el mandato del pueblo no puede ser revocado por acto administrativo.

A modo de crítica, este autor también señala que aun cuando se quiera aceptar erradamente que la Contraloría puede restringir los derechos políticos de los ciudadanos a través de la inhabilitación, para ello debe cumplirse el debido proceso. En el caso de la Contraloría, un procedimiento administrativo no es un proceso judicial ya que, no se podrá contar con un juez imparcial debido a que la Contraloría es quien investiga y sanciona. Por lo que, no existe contraparte y, por lo tanto, no existe contradicción. De ahí que la Contraloría tiene funciones netamente de control fiscal, mas no jurisdiccionales.

Así mismo, este autor señala la distinción entre destitución e inhabilidad. La primera es una sanción netamente administrativa que, en un primer momento de la normativa venezolana, su imposición se restringía a los superior jerárquicos, siendo únicamente aplicables a los funcionarios de carrera administrativa. Luego, esta situación cambió quedando a manos de la Contraloría la imposición y a manos de las autoridades la ejecución, pero sin nunca dejar de atender a su naturaleza disciplinaria.

Por otro lado, la sanción de inhabilidad se concebía como una sanción accesoria a la destitución, es decir, que la destitución acarrearba la inhabilidad de ejercicio de cargo público. Sin embargo, mediante reformas legales se concibió la autonomía subsidiaria de la inhabilidad como sanción, generando que la inhabilidad opere sin necesidad de destitución en los casos en los que ya no era posible separar al funcionario, por cuanto éste ya no estaba vinculado al servicio del órgano administrativo. Cabe destacar que, para el citado autor nunca estuvo en tela de duda que opera la destitución contra funcionarios de elección popular no procedía.

¹³⁷ *Ibíd.*, párr. 114–5.

4. Imposibilidad de inhabilidad por especialidad de responsabilidades. Efectos colaterales de la destitución

En Ecuador, la inhabilidad es un efecto de la destitución. La sanción de destitución, como se ha indicado, se instaura en el artículo 46 de la *Locge*. La misma ley solo se limita a relatar la forma de ejecución de esta sanción en el artículo 48 cuando se indica:

Art. 48.- Ejecución e imposición de sanciones.- Las sanciones de destitución o de multa, o ambas conjuntamente, las ejecutará la correspondiente autoridad nominadora de la institución del Estado, de la que dependa el servidor, a requerimiento y por resolución ejecutoriada de la Contraloría General del Estado. Dicha autoridad informará mensualmente a la Contraloría General del Estado sobre la ejecución de las sanciones y, en su caso, de la recaudación de las multas.

Las sanciones serán impuestas y ejecutadas por la Contraloría General del Estado cuando la indicada autoridad haya dejado de hacerlo o cuando se hubieren constituido en sujetos pasivos de la sanción, o cuando deba imponérselas a personas de derecho privado o a terceros.

La Contraloría General del Estado, antes de imponer la sanción de destitución, notificará al implicado sobre la desviación detectada, concediéndole el plazo improrrogable de hasta treinta días para que ejerza su defensa. Vencido este plazo, el Contralor General o los funcionarios de la Contraloría General del Estado competentes para hacerlo, emitirán su resolución dentro del plazo de sesenta días.

Para la imposición de sanciones provenientes de los exámenes de auditoría, no será necesaria la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora.¹³⁸

Como se puede apreciar en la *Locge* no se habla de la inhabilidad para el ejercicio de cargo público; empero, sí se indica al respecto en el artículo 49 de la *Losep* que señala:

Art. 49.- Inhabilidad especial para el ejercicio de puestos públicos por sanciones disciplinarias.- Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, quien hubiere sido destituido luego del correspondiente sumario administrativo por asuntos relacionados con una indebida administración, manejo, custodia o depósito de recursos públicos, bienes públicos o por delitos relacionados con estos asuntos, quedará inhabilitado para el desempeño de un puesto público.

En estos casos, la institución notificará con la resolución expedida dentro de correspondiente sumario administrativo al Ministerio del Trabajo y a los organismos de control.¹³⁹

La inhabilidad aquí descrita, es la consecuencia de la imposición de la sanción de destitución en el marco del régimen disciplinario, sanción a la que se tuvo que llegar por medio de un sumario administrativo. Esta relación de causa y efecto se corrobora con el artículo 15 de la *Losep* que indica: “La servidora o servidor público legalmente destituido no podrá reingresar al sector público en un período de dos años, contados desde la fecha de su destitución

¹³⁸ Ecuador, *Locge*, art. 48.

¹³⁹ Ecuador, *Losep*, art. 49.

[...]”.¹⁴⁰ De ahí que todo funcionario destituido por Losep tiene que estar inhabilitado por dos años mínimamente.

Por otro lado, la sanción de destitución impuesta por la CGE no requiere de sumario administrativo, como expresamente lo indica el citado artículo 48 de la Locge. Es así que, resulta nuevamente cuestionable la confusión que hay en la práctica para señalar el alcance de la destitución como sanción de responsabilidad fiscal y la destitución como sanción disciplinaria. A criterio propio y por principio de previsibilidad de la sanción, la inhabilitación debería ser tratada también en el régimen de responsabilidad administrativa fiscal de la Locge. Esto dado que el régimen disciplinario de la Losep, como el de responsabilidad fiscal de la Locge, persiguen fines distintos y atienden a naturalezas y objetos diferentes.

Ahora bien, respecto a la ejecución de la sanción de destitución a funcionarios de elección popular hay que partir desde el artículo 48 de la Locge, el cual señala claramente que deben ser impuestos por la autoridad nominadora. A manera de ejemplo, en un municipio la autoridad nominadora es el alcalde; mismo que es electo popularmente. Así, el primer problema es que él no se puede destituir a sí mismo. El segundo problema es que él no tiene autoridad nominadora sobre su cargo. Cabe destacar que el Concejo Cantonal es la instancia legislativa del municipio, pero no es una instancia superior al alcalde. De ahí que, en este primer momento, la aplicación de la destitución es inejecutable.

Adicionalmente, en el segundo inciso del artículo precitado se da la autonomía para sea la CGE quien ejecute la destitución. Para ello tienen que mediar tres circunstancias indistintamente: a) que la autoridad haya dejado de ejecutarla, b) que la autoridad se haya convertido en sujetos pasivos de la infracción; o, c) cuando deba imponérselas a personas de derecho privado. Respecto a este último supuesto es ilógico pensar que un sujeto de derecho privado pueda ser destituido, por lo tanto, el artículo debería limitarse a la imposición de multas en este punto.

Respecto al primer supuesto, Francisco Guerrero señala que esta competencia no es claramente aplicable al caso de los dignatarios de elección popular, porque no se cumple con el supuesto de la autoridad nominadora.¹⁴¹ Con esto el citado autor quiere decir que para que actúe la CGE la autoridad nominadora debe haber dejado de aplicarla, o la autoridad nominadora se haya convertido en sujeto pasivo. Aplicando esto al caso de ejemplo, quiere

¹⁴⁰ *Ibíd.*, art. 15.

¹⁴¹ Guerrero, *Nueva visión del derecho*, 363.

decir que sea la autoridad nominadora del alcalde, es decir, el pueblo, quien haya dejado de aplicarla; o, ese mismo pueblo se haya convertido en sujeto pasivo, lo cual es imposible.

No obstante, a criterio propio no se debería entender dicho inciso en aquel sentido. Lo que quiere indicar la ley es que, si la autoridad nominadora es el sujeto pasivo de la sanción, entonces ahí actúa directamente la CGE. Así, en el caso en ejemplo, la autoridad nominadora del municipio, es decir, el alcalde, se vuelve sujeto de destitución. No obstante, ahí la voluntad del CGE sustituiría a la voluntad del pueblo; por lo tanto, la conclusión es que también se vuelve inejecutable dicha resolución.

Ya en la práctica, la CGE emite resoluciones de multa y destitución dependiendo el caso. Estas resoluciones tienen el carácter de acto administrativo ya que son una manifestación de voluntad unilateral que produce efectos contra el funcionario público sancionado. Esta sanción no es fruto del ejercicio de función judicial alguna ya que la CGE no ostenta la misma, como sí sucede en ciertos modelos de tribunales de cuentas.

Para ejemplificar la práctica se citarán diferentes resoluciones de destitución de autoridades de elección popular. La primera es la Resolución No. 45138 de fecha 19 de octubre de 2018, suscrita por el actual Contralor General del Estado, Dr. Pablo Celi de la Torre. En esta se resolvió confirmar la responsabilidad administrativa del entonces Prefecto de Manabí, Mariano Zambrano. Las sanciones de la resolución por esta responsabilidad consistieron en una multa de \$7.500,00 y su destitución. A fin de ejecutar la sanción de multa se dispuso remitir copias de dicha resolución a la Dirección Nacional de Recaudación y Coactivas de la CGE para que recaude la multa impuesta. Así mismo, para ejecutar la sanción de destitución se resolvió:

III. Remitir, copia certificada de la presente resolución a los señores Miembros del Consejo Provincial, para que procedan con la ejecución de la sanción de DESTITUCIÓN, al haberse configurado inhabilidad para desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público, debiendo informar a la Contraloría General del Estado, sobre la ejecución de la sanción, de conformidad con lo previsto en el artículo 48, inciso primero, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

IV. Remitir, copia certificada a de la presente resolución al señor Ministro de Trabajo para que proceda con el respectivo registro.¹⁴²

Dentro del análisis de esta primera resolución se destaca que el Prefecto es elegido por votación popular. Sin perjuicio de aquello la CGE emprendió un examen especial, para la predeterminación de responsabilidades y, posteriormente, la resolución de destitución y multa citada. Cabe destaca que legalmente, la Locge habilita al Contralor General del Estado para

¹⁴² Ecuador CGE, *Resolución No. 45138*, 19 de octubre de 2018, res. III-IV.

imponer ambas sanciones conjuntamente, de conformidad con su artículo 48. No obstante, en la parte resolutive citada, se evoca el mismo inciso primero para justificar que el Consejo Provincial sea el mero ejecutor de lo resuelto por el Contralor, quien aduce ha operado la inhabilidad para desempeño de cargo público. Es decir, se entendería que el Contralor analiza y decide destituir, pero el Consejo Provincial lo único que haría sería materializar dicha destitución sin mayor manifestación de voluntad.

Al respecto, es preciso acotar que la inhabilidad está contemplada como consecuencia jurídica de la destitución en el caso de la Losep. Como se indicó, una cosa es la responsabilidad administrativa disciplinaria que tiene fundamento en la jerarquía orgánica y otra cosa es la responsabilidad administrativa fiscal. No obstante, en la práctica de la destitución por responsabilidad administrativa fiscal aplicada por la CGE tiene el mismo efecto que la disciplinaria, es decir, la inhabilidad.

Por otra parte, de la redacción se colige que la CGE manda a ejecutar la inhabilidad al Consejo Provincial. Para ello, evoca el primer inciso del artículo 48 de la Lcge. Como se transcribió, ese artículo hace alusión a la autoridad nominadora de la que dependa el funcionario destituido. En efecto, el Prefecto no depende del Consejo Provincial ya que este no lo eligió, quien lo eligió fue el pueblo a través del sufragio, por lo tanto, dicho Consejo no es autoridad nominadora.

En el presente caso, el Consejo Provincial de Manabí no ejecutó la disposición aduciendo que dicha resolución fue impugnada,¹⁴³ más no aduciendo al desarrollado principio democrático que, si el pueblo elige, el mismo pueblo puede revocar el mandato.

Otro ejemplo de destitución de autoridad popular es el plasmado en la Resolución 15296, de fecha 18 de julio de 2016, emitida por el mismo Contralor General del Estado. En esta resolución se sanciona a Jaime Edulfo Estrada Bonilla con “destitución del cargo de alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Manta”.¹⁴⁴ Es preciso enfatizar que, Jaime Estrada fue alcalde del cantón Manta desde el 2009 al 2014; es decir, a la fecha de emisión de la resolución ya no estaba en funciones. Así, queda claro que esta destitución no buscaba separarlo del cargo, ya que no estaba ejerciendo; sino más bien, inhabilitarlo en el ejercicio de cargo público. De ahí que, esta resolución, al igual que la

¹⁴³ El Telégrafo, “Consejo Provincial rechazó destitución del prefecto Mariano Zambrano”, *El Telégrafo*, 13 de diciembre de 2018, sec. Política, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/3/consejo-rechazo-destitucion-prefecto-zambrano>.

¹⁴⁴ Ecuador CGE, *Resolución No. 15296*, 18 de julio de 2016, res. II.

anteriormente citada, remitió copia certificada al Ministerio del Trabajo “para los fines legales pertinentes”.¹⁴⁵

En este punto es claro que como en el exalcalde no se encontraba en ejercicio de cargo, no era necesario la actuación del Concejo Cantonal y por eso no consta resolución dirigida a éste. No obstante, aquí se evidencia otra falencia; la inhabilidad, considerada como efecto jurídico de la destitución, no tiene autonomía para ser impuesta. Ya que si la inhabilidad fuese considerada como una sanción accesoria, como explicaba Brewer Carías, podría operar para el caso cuando el funcionario ya no estaba en ejercicio del cargo. No obstante, la Locge no toma como tal a la inhabilidad, es más, ni siquiera habla de ella. Por lo que se reitera que, la inhabilidad se desarrolla en la Losep como consecuencia de destitución disciplinaria.

Un tercer caso de destitución de autoridad de elección popular es del caso de la destitución del Alcalde de Arajuno. En esta ocasión, la destitución sí avanzó hasta el Concejo Cantonal y éste mediante resolución adoptada en sesión extraordinaria del 15 de noviembre de 2019, resolvió ejecutar la resolución de destitución dispuesta por la Contraloría General del Estado y destituir al entonces alcalde, Elario Gerardo Tanguila Andi. Los concejales designar al Vicealcalde, señor Pedro Grefa, para que asuma las funciones de alcalde por el tiempo restante para el periodo para el cual fue electo. También, resolvieron el cambio de claves al Sistema de Liquidación y Ejecución del Banco Central y solicitaron el cambio de representante legal ante el Servicio de Rentas Internas.

De este caso, llama la atención ya que el Concejo evoca el literal n del artículo 57 del Cootad. Sin embargo, en la resolución lo citan como “Destituir con el voto conforme de las dos terceras partes [...]”,¹⁴⁶ cuando en realidad el artículo dice “Remover según sea el caso, con el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes [...]”.¹⁴⁷ De ahí que para instrumentar esta destitución existe un grave error al confundir la destitución con la remoción.

Por otro lado, en otro considerado de la resolución antes mencionada se indicó lo siguiente:

Que la alcaldía del Cantón Arajuno no puede quedar en acefalía o administrada al margen del ordenamiento jurídico por quien perdió la calidad de alcalde y se encuentra impedido para ejercer dicho cargo [...].¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Ibíd.*, res. III.

¹⁴⁶ Ecuador Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, Intercultural y Plurinacional del cantón Arajuno, *Acta 001 de Sesión Extraordinaria del GAD Municipal del Cantón Arajuno*, 15 de noviembre de 2018.

¹⁴⁷ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Suplemento del Registro Oficial 303, 19 de octubre de 2010, art. 57.

¹⁴⁸ Ecuador Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, Intercultural y Plurinacional del cantón Arajuno, *Acta 001 Sesión Extraordinaria Arajuno*, res. III.

Así pues, los concejales dieron por hecho que, por la sanción impuesta por el Contralor, se perdió la calidad de alcalde. Aunado a que se generó el impedimento de ejercicio del cargo. Con esto se ratifica que la sanción de destitución impuesta por el Contralor, en la práctica, se entiende con autoridad suficiente para retirar una calidad a la cual se accedió por votación popular.

Finalmente, otro caso ejemplificativo de destitución de funcionarios de elección popular es el caso del Asambleísta Hermuy Calle. Este caso es muy similar al de Mariano Zambrano, con la diferencia que el poder sancionador se ejerció contra un Asambleísta. Debido a que mediante Resolución 48046 de 15 de enero de 2019, el Contralor impuso la multa de \$7.720,00 y la destitución. El Contralor también dispuso remitir copia certificada de la resolución al Presidente de la Asamblea Nacional para que ejecute la destitución. De igual forma, resolvió remitir copias certificadas al Ministro del Trabajo para el respectivo registro.¹⁴⁹

Cabe destacar que, en esta resolución el Contralor asume erradamente que la autoridad nominadora a la cual hace alusión el artículo 48 de la Lcge es el Presidente de la Asamblea Nacional. El cual tomó la decisión de someter a conocimiento del Consejo de Administración Legislativa (CAL) el caso. Al respecto, el CAL, en sesión del 9 de abril de 2019, resolvió no aplicar dicha sanción. Por versión de un vocal del CAL rendida a la prensa, se puede indicar que la decisión del CAL se basó en incompetencia y suspensión del acto administrativo por impugnación en sede judicial.¹⁵⁰

Como se evidencia tanto en el caso de Mariano Zambrano como en el Hermuy Calle, el Consejo Provincial y el Consejo de Administración Legislativa rompieron con la ejecución del acto administrativo sancionador del Contralor. Con ello, parecería ser que estos actos estarían sujetos a discrecionalidades de los órganos ejecutores, lo cual es errado. El verdadero problema es que estos actos administrativos son de imposible ejecución por no tener autoridad nominadora.

Por otro lado, en el caso de Elario Tanguila, para que el Concejo pueda actuar debió forzar la norma para hallar competencia de ejecutar la destitución. Y en el caso de Jaime Estrada, se dispuso la destitución como medio para realmente llegar a la inhabilitación; sin

¹⁴⁹ Ecuador CGE, *Resolución No. 48046*, 15 de enero de 2019, res. I, III, IV.

¹⁵⁰ El Universo, "Hermuy Calle seguirá como asambleísta hasta que haya dictamen del juez", *El Universo*, 10 de abril de 2019, <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/04/10/nota/7279085/hermuy-calle-seguira-como-asambleistas-hasta-que-haya-dictamen-juez>.

embargo, la destitución implica la separación del cargo, situación que era imposible de darse ya que el referido ya no era funcionario público.

Adicionalmente, se destaca que en ninguno de estos casos se aplicó el segundo inciso del artículo 48 de la Locge, es decir, el Contralor no se ha arriesgado a ejecutar de mano propia sus resoluciones. Con lo cual, se ratifica lo expuesto en líneas anteriores respecto a que por más que la Locge habilita al Contralor a ejecutar sus resoluciones, la ejecución causa efectos violatorios a los derechos humanos.

De todo lo antes expuesto, cabe dejar en claro que el presente trabajo no pretende defender o minimizar la impunidad por actos de corrupción. Más bien, pretende delimitar el uso legal y abuso natural de los poderes de las instituciones públicas en un marco democrático. Por ello, como medio alternativo de sanción para que las presuntas fallas a las cuales arribó el informe de CGE y, consecuentemente, los antecedentes fácticos de las sanciones impuestas; estos deberían de ser sancionados mediante la denuncia en la esfera política por la representatividad popular. Pero nunca puede sujetarse a que una autoridad administrativa de carácter fiscal merme un derecho político.

Así pues, en cuanto a su fondo, la destitución impuesta como sanción administrativa fiscal es inejecutable contra cargos de elección popular. Para ello se deben desarrollar mecanismos legales en la esfera judicial o, en el peor de los casos, políticos.

Respecto a la inhabilidad y su inscripción, el Procurador General del Estado ha emitido el criterio vinculante constante en el oficio 00549 de fecha 16 de marzo de 2018. En él ha indicado que la inscripción que realiza el Ministerio de Trabajo es un acto de publicidad. Por lo tanto, no ejecutan ninguna resolución, sino que registran dicha resolución o los efectos devenidos de esta. Esa notificación no es una sanción en sí; sino más bien un mero registro. De ahí que, en consonancia con este criterio, la inhabilidad es una consecuencia de pleno derecho.

Este pronunciamiento tiene ocasión con una consulta relacionada con la necesidad o no de realizar sumarios administrativos previo al registro que realiza el Ministerio del Trabajo. En este sentido, el Procurador hace un análisis entre el artículo 48 de la Locge y el 49 de la Losep. El Procurador afirma que entre ambos artículos prevalece el principio de especialidad. Así, no existe antinomia entre la Locge cuando no requiere sumario administrativo para imponer las sanciones administrativas y la Losep para inscribir la sanción de destitución con inhabilidad. Al respecto el Procurador afirma que:

Como consecuencia de lo anterior, la norma que regula la inhabilidad especial para el ejercicio de un cargo público, contenida en el artículo 49 de la LOSEP, anteriormente citado, respecto

de la destitución de un servidor público dispuesta por la Contraloría General del Estado, se aplica de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, antes indicada, sin el requisito previo de sumario administrativo.¹⁵¹

En este sentido, es necesario señalar que, si el Procurador resalta la especialidad de cada norma, entonces no puede remitirse a otra norma para determinar su alcance. Esto porque, en primer lugar, la Logce no establece como norma supletoria a la Losep. En segundo lugar, porque la destitución planteada en la Logce no estipula el efecto jurídico de la inhabilidad.

Por otro lado, para sostener que la inhabilidad es un efecto de la destitución disciplinaria, esto es, por Losep; se recoge el criterio del Procurador cuando afirma que la notificación hecha al Ministerio del Trabajo “*no constituye una sanción en sí misma, sino que es un acto de publicidad para efectos del registro que mantiene dicho Ministerio*”.¹⁵² Es decir, a causa de destitución, la consecuencia es registrar. Así pues, el Procurador se contradice al señalar por un lado la especialidad de cada una de estas normas y, por otro lado, remitirse subsidiariamente a la Losep.

Ahora bien, como se indicó, en Ecuador se considera que la inhabilidad es una consecuencia jurídica de la destitución mas no una sanción accesoria como en Venezuela, por ejemplo. La inhabilidad no tiene autonomía para ser impuesta ya que siempre dependerá de la destitución.

Sin embargo, como se vio de las resoluciones de destitución analizadas, el Contralor dispone a quien él considera la autoridad nominadora para que ejecute la destitución, pero, a la par, él sí ejecuta la inhabilidad. Así, se entra en el ilógico de que una sanción no se ejecuta, pero sí se ejecuta su consecuencia, la inhabilidad. De ahí, la importancia de considerar como sanciones diferentes la destitución y la inhabilidad. Si no, como en el ejemplo del exalcalde Estrada, se dispondrá la destitución de alguien que ya no ejerce cargo público, utilizando a la destitución como un medio y no como un fin. Más allá que, a criterio propio, la inhabilidad es para destituciones efectuadas en el marco de la Losep.

Así pues, ahora el problema ya no sería quién es competente para ejecutar la destitución sino quién es competente para imponer y ejecutar la inhabilidad. La inhabilidad y la destitución siempre estarán ligadas. Sin embargo, por lo antes visto, los sancionados por la Contraloría siguen en ejercicio de sus cargos sin perjuicio que consten con registro de inhabilidad para ejercicio de cargo público, lo cual hace perder la eficacia de la sanción impuesta.

¹⁵¹ Ecuador PGE, *Oficio No. 00549*, 16 de marzo de 2019, 8.

¹⁵² *Ibíd.*, 15.

Por lo indicado, se ratifica que el CGE por más potestad sancionadora que ostenta, sus resoluciones de destitución para funcionarios de elección popular son inejecutables y hasta ineficaces, con lo cual se pierde la búsqueda de la moral pública y/o la recta administración de fondos públicos. Aunado a que, en la práctica, las potestades de la CGE se ejercen más en el ámbito del control de legalidad que de control fiscal. De ahí que, resulta imperativo que se cuente con un régimen legal claro para estos casos, donde sean los jueces quienes tengan autoridad suficiente para mantener el orden público y, de forma objetiva, preservar la recta administración pública.

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

Actualmente, el marco jurídico ecuatoriano generaliza a toda persona que presta servicios para el Estado y lo denomina funcionario o servidor público indistintamente. Sin embargo, el problema de la naturaleza jurídica de las formas vinculación al servicio público y su clasificación ha sido un punto de debate amplio desde la doctrina jurídica. Es por ello por lo que no se puede desconocer que, dentro del personal que ejerce el servicio público, existen mínimamente funcionarios políticos, así como funcionarios de gestión o administrativos.

Bajo este contexto, el presente trabajo ha analizado a la sanción de destitución en dos ámbitos: desde el control disciplinario y desde el control patrimonial. Para ello, la Corte Nacional de Justicia ya se ha pronunciado en que estos ámbitos no son excluyentes entre sí y que, más bien, un mismo hecho puede generar repercusiones en ambos aspectos. Por lo tanto, el marco legal de Ecuador utiliza esta figura sancionatoria tanto en la Losep como en la Locge.

Cabe dejar en claro que la naturaleza propia de la sanción de destitución tiene nacimiento en el control disciplinario ya que en un principio nació como antítesis a la facultad nominadora que tiene el órgano jerárquico superior de un ente administrativo. Así, la destitución surge de la lógica que, si el máximo órgano jerárquico tiene facultad de nombrar a los servidores, también puede separarlos del servicio público. Con ello toma relevancia el principio de jerarquía, que es fundamental para el desarrollo del régimen disciplinario.

No obstante, el control patrimonial que ejerce la CGE, a través de la historia, ha establecido esta sanción como una medida necesaria frente a la relevancia que implica el recto uso de recursos públicos. Así, en un primer momento los destinatarios subjetivos eran los funcionarios relacionados con cuentas públicas, sin embargo, en la actualidad la responsabilidad determinada por la CGE puede recaer sobre cualquier funcionario.

El preconcepto que nadie está exento de responsabilidad administrativa ha llevado a que se crea que la CGE es el único órgano que puede imponer sanciones de índole administrativa y que puede ejercer esta autoridad contra todo tipo de autoridad. Ejemplo de ello es que estas sanciones de destitución han llegado a ser dirigidas contra autoridades de elección popular. Ante lo cual cabe recordar nuevamente que la destitución se cimenta sobre el principio de jerarquía propio de la responsabilidad disciplinaria y que, su imposición en

materia de control patrimonial estatal obedece a una adaptación que la Locge ha acogido dentro de su especialidad.

Como es verdad, el artículo 48 de la Locge habilita a la CGE para imponer la sanción de destitución y establece su forma de ejecución. Sin embargo, este trabajo ha abordado tres situaciones por las cuales esta habilitación se ha vuelto de imposible ejecución. La primera es la imposibilidad suscitada desde el antecedente histórico de la Loafyc, norma que en un primer momento no distinguió el alcance de la sanción de destitución y posteriormente se vio forzada a introducir el Art. 345-A para distinguir a los funcionarios sujetos a juicio político de los demás servidores. Ello fue una solución no tan acertada para el problema de la generalidad en la redacción planteado por la Loafyc ya que, como acertadamente lo indicó la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad política no exime a la administrativa. No obstante, el problema continúa sin resolver y, como es criterio del autor Patricio Secaira, tampoco se le pueden dar poderes omnímodos a la CGE ya que ello podría degenerar en un arma política que desgaste al Estado democrático.

La segunda situación analizada es la de los destinatarios subjetivos. La Locge mantiene la generalidad de destinatarios planteada desde la Loafyc, por lo tanto, la potestad determinadora de responsabilidad de la CGE puede ser utilizada tanto contra funcionarios de índole administrativo, como los de índole político. Respecto a estos últimos, se los puede someter a dos tipos de controles, el administrativo y el político. En ambos controles, los procesos tienen como sanción más grave la separación de funcionario político ya sea mediante la destitución y la remoción o censura respectivamente. Ello sitúa a la CGE en una posición similar a la de los representantes políticos ya que ambos pueden buscar la desvinculación de la autoridad de elección popular. En este sentido, podría ser un riesgo para los estados democráticos concentrar tan grave sanción en un órgano administrativo que no atiende a representatividad popular directa y que su finalidad no es el castigo sino la preservación técnica del patrimonio estatal.

La tercera situación analizada es la del control de convencionalidad. Mediante los votos concurrentes del caso *López Mendoza vs. Venezuela*, así como la sentencia del caso *Petro Urrego vs. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado las únicas limitaciones que pueden tener los derechos políticos, a raíz del Art. 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, los votos concurrentes resaltaron la importancia que la sanción de inhabilidad y destitución sea impuesta por un órgano judicial, principalmente, en materia penal, caso contrario, se podría estar al arbitrio de las autoridades de turno. Así mismo, en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, la

CorteIDH en sentencia ya señaló que la inhabilidad impuesta por órgano administrativo así sea por corto tiempo, rompe la dinámica democrática de un Estado. Con ello toma relevancia que la destitución sea impuesta por órgano judicial penal ya que se deben observar las garantías del debido proceso.

La cuarta situación analizada es la del principio de especialidad y la diferencia entre inhabilidad y destitución. Para ello se partió entre diferenciar a la inhabilidad de la destitución. La primera es la separación de la vinculación con el servicio público. La segunda es la falta de capacidad para ejercer el mismo u otro cargo público. En Ecuador, a diferencia de otras legislaciones, la inhabilidad carece de autonomía y se la ha planteado como un efecto de la destitución. No obstante, este planteamiento no nace en la Locge sino en la Losep.

Como se ha señalado a lo largo de presente trabajo e inclusive lo ha mencionado la sentencia No. 176-2009 de la Corte Nacional de Justicia, una cosa es la responsabilidad administrativa disciplinaria y otra es la responsabilidad administrativa patrimonial. La primera observa el principio de jerarquía, la segunda busca la recta utilización de los recursos públicos. La primera tiene asidero en la Losep, la segunda se rige bajo la Locge. De ahí que, considerando que en materia administrativa sancionatoria rige el principio de especialidad y por regla se prohíben interpretaciones extensivas, la única norma que establece la inhabilidad como efecto de la destitución es la Losep, mas no la Locge. Esto genera que el órgano contralor rompa el principio de legalidad y se extienda hacia una ley que no es de su materia para imponer una suerte de doble sanción, destitución más inhabilidad.

El presente trabajo citó cuatro ejemplos prácticos de destituciones impuestas por la CGE pero que en la práctica solo una se llegó a concretar, la situación del cantón Arajuno. En este caso, como se hizo notar, la resolución emitida por el Concejo Cantonal hasta modificó la base legal citada con tal de deponer en funciones a quien en ese entonces fungía de Alcalde. De ahí que, en ese contexto la única forma de llegar a ejecutar plenamente una destitución fue amañando las normas.

En los otros tres casos, aunque no se llegaron a ejecutar, se deja claro que el Contralor General del Estado dispuso la destitución, pero además la inhabilidad. En la práctica, más puntualmente en el caso citado del cantón Manta, el Contralor dispuso la destitución del exalcalde Estrada pero ejecutó la inhabilidad directamente, lo cual privó al señor Estrada de terciar en un proceso eleccionario seccional por esas fechas.

En los dos casos restantes, el caso de la Prefectura de Manabí, así como del Asambleísta Calle, los cuerpos colegiados respectivos no ejecutaron la destitución por las impugnaciones judiciales presentadas por los sancionados. No obstante, sí se ejecutó la

inhabilidad ya que el Contralor General del Estado dispuso directamente al Ministro del Trabajo, el registro respectivo.

Con estos casos se ve que inclusive en la práctica la ejecución de la sanción de destitución tiene problemas serios al momento de ser impuesta, lo que la conlleva a perder eficacia y por tanto disuadir su efecto intimidatorio, lo cual no es bueno para un Estado de Derecho, peor para un estado de derechos, ya que aumenta la probabilidad de irrespeto al marco normativo.

Por consiguiente, desde un análisis de evolución normativa, el problema de la destitución de autoridades de elección popular está vigente desde la Loafyc. La Locge no lo ha solucionado y mantiene su generalidad de trato sin distinción para estos funcionarios.

Ello acarrea que el marco normativo interno no esté en armonía con el marco convencional y por tanto la destitución e inhabilidad son impuestos y ejecutados por un órgano administrativo mas no judicial como manda la Convención Americana para los Derechos Humanos.

A esto se suma que el marco legal ha sido aplicado de forma extensiva y supletoria lo cual está vedado en este tipo de procedimientos. Por ello resulta importante analizar que la destitución y la inhabilidad son categorías jurídicas distintas y que, en el caso de Ecuador, la segunda es efecto de la primera, pero ello para efectos de control disciplinario ya que en materia de control patrimonial estatal no se ha previsto legalmente ese efecto.

Así mismo, la práctica observa que la Contraloría no ha ejecutado sanciones de destitución por mano propia ya que ha preferido derivarla a órganos colegiados que los considera como autoridades nominadoras, cuando la nominación de una autoridad de elección popular es la ciudadanía directamente. Lo que sí se ejecutado es el efecto de inhabilidad lo cual ha alcanzado la finalidad de privar al sujeto sancionado de terciar en procesos electorales, situación que es reprochada desde la perspectiva de la CorteIDH.

Por consiguiente, en el contexto normativo ecuatoriano actual no existen criterios bajo los cuales se puedan ejecutar las resoluciones de destitución contra autoridades de elección popular impuestas por parte de la Contraloría General del Estado.

Recomendaciones

Adecuación del artículo 48 de la Locge con la finalidad que se acople a lo determinado por la CorteIDH, es decir, aclararlo para que no sea aplicable a autoridades de elección popular

dado que, de seguirse aplicando de forma amplia, se está violando el derecho de elección que tuvieron los ciudadanos.

Adicionamiento de una acción judicial que tenga por objeto la sanción de destitución de autoridades cuyo efecto alcance a la inhabilidad del ejercicio del cargo, por responsabilidad administrativa.

Categorización la responsabilidad administrativa, atendiendo a la naturaleza del funcionario político o administrativo como parámetro y límite del control de la CGE.

Limitación de las actuaciones de la CGE, en su práctica, al ámbito de la responsabilidad fiscal.

Bibliografía

- Aristóteles. *La Política*. FV Éditions, 2014. <https://es.scribd.com/read/287200366/La-Politica#>.
- Bulrich, Rodolfo. *Principios generales de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: D'Artagnan Editora, 2017.
- Campos Díaz Barriga, Mercedes. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el caso del agua en México*. 1.a ed. Serie Doctrina jurídica 25. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12397>.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7.a ed. Vol. 2. 2 vols. vols. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. <http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/DERECHO%20ADMINISTRATIVO%20-%20TOMO%20II%20-%20JUAN%20CARLOS%20CASAGNE.pdf>.
- CGRCostaRica. *Allan Brewer Venezuela*, 2015. <https://www.youtube.com/watch?v=EoDQEItYepE&feature=youtu.be>.
- Coibán, Erika. “Control gubernamental del gasto público en el Estado constitucional: reflexiones a propósito de la aprobación de las facultades sancionadoras de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional”. *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho* 71 (2013): 443–45.
- Contraloría General del Estado. *Reseña histórica de la Contraloría General del Ecuador*. Quito: Contraloría General del Estado, 1977.
- Corte IDH. “Voto Concurrente Razonado del Juez Diego García-Sayán, Sentencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso López Mendoza vs. Venezuela de 1 de septiembre de 2011”. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, 1 de septiembre de 2011. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.
- CorteIDH. “Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas)”. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Accedido 12 de marzo de 2021. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

- . “Sentencia de 8 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)”. *Caso Petro Urrego vs. Colombia*, 8 de julio de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.
- . “Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)”. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.
- . “Voto Concurrente Razonado del Juez Eduardo Vio Grossi, Sentencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso López Mendoza vs. Venezuela de 1 de septiembre de 2011”. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, 1 de septiembre de 2011. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.
- De la Garza, Iván. “La responsabilidad política de los servidores públicos en el sistema presidencial mexicano: el juicio político”. *Estado, derecho y democracia en el momento actual*, 15 de abril de 2008, 173–96.
- De La Guerra, Eddy. “Presupuesto, gasto público y compra pública responsable en Ecuador”. *Revista Foro 25* (2016): 57–84.
- Ecuador. *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Suplemento del Registro Oficial 303, 19 de octubre de 2010.
- . *Constitución de la República de Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984.
- . *Ley Orgánica de Administración Financiera y Control*. Registro Oficial 337, 16 de mayo de 1977.
- . *Ley Orgánica de Contraloría General del Estado*. Suplemento del Registro Oficial 595, 12 de junio de 2002.
- . *Ley Orgánica de Hacienda*. Registro Oficial 488, 16 de noviembre de 1927.
- . *Ley Orgánica de Servicio Público*. Suplemento del Registro Oficial 294, 6 de octubre de 2010.
- . *Reformas a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicada en el Registro Oficial n.º 337, de 16 de mayo de 1977*. Registro Oficial 870, 9 de julio de 1979.
- Ecuador CGE. *Manual General de Auditoría Gubernamental*. Registro Oficial 107, 19 de junio de 2003.
- . *Resolución No. 15296*, 18 de julio de 2016.
- . *Resolución No. 45138*, 19 de octubre de 2018.

- . *Resolución No. 48046*, 15 de enero de 2019.
- Ecuador Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, Intercultural y Plurinacional del cantón Arajuno. *Acta 001 de Sesión Extraordinaria del GAD Municipal del Cantón Arajuno*, 15 de noviembre de 2018.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo. “Sentencia”. *Juicio n.º 06-2008*, 26 de mayo de 2009.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo. “Sentencia”. *Juicio n.º 126-2005*, 24 de septiembre de 2007.
- Ecuador PGE. *Oficio No. 00549*, 16 de marzo de 2019.
- El Telégrafo. “Consejo Provincial rechazó destitución del prefecto Mariano Zambrano”. *El Telégrafo*, 13 de diciembre de 2018, sec. Política. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/3/consejo-rechazo-destitucion-prefecto zambrano>.
- . “Contraloría destituyó a 22 autoridades en tres años”. *El Telégrafo*, 7 de enero de 2019. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/3/contraloria-destituyo-a-22-autoridades>.
- El Universo. “Hermuy Calle seguirá como asambleísta hasta que haya dictamen del juez”. *El Universo*, 10 de abril de 2019. <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/04/10/nota/7279085/hermuy-calle-seguira-como-asambleistas-hasta-que-haya-dictamen-juez>.
- Espinoza, Kenia, y Egil Ramirez. “Fundamentos históricos y filosóficos de la potestad sancionadora de la administración pública”. *Eumed*. Accedido 27 de febrero de 2019. <http://www.eumed.net/rev/cccss/04/evrb.htm>.
- Fernández, José Antonio. *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y la intervención general de la administración del Estado*. Madrid: Civitas, 2011.
- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho administrativo*. 1.a ed. Ciudad de México: Secretaría de Gobernación / Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. <https://www.inehrm.gob.mx/recursos/Libros/Elderechoadministrativo.pdf>.
- Figueroa, Aimée. *La auditoría superior de México en el horizonte internacional de la fiscalización superior*. México: Cámara de Diputados, LX Legislatura. Comisión de Vigilancia : Auditoría Superior de la Federación, 2007.

- http://cijurep.uatx.mx/maestrias/2015/PoliticPublicas/Fiscalizacion/Aimee_la%20ASF%20en%20el%20horizonte%20internacional.pdf.
- . “Separación de poderes públicos y entidades fiscalizadoras superiores”. *Revista Foro* 18 (2012): 31–43.
- Flores-Dapkevicius, Rubén. “La teoría general del control en Uruguay”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 22 (2010): 133–55.
- . *Manual de derecho público*. Vol. 2. 2 vols. Editorial B de F, 2007.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. 12.a ed. 2. Buenos Aires: Thomson Civitas : La Ley, 2006.
- García, María. “El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional”. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2018. <https://eprints.ucm.es/48083/1/T40038.pdf>.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: primeras obras*. 1.a ed. Vol. 5. 11 vols. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012. https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/tomo5.pdf.
- . *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Primeros manuales*. 1.a ed. Vol. 8. 11 vols. 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014. https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf.
- . *Tratado general de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo*. 1.a ed. Vol. 8. 11 vols. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. <https://www.gordillo.com/tomo8.php>.
- Granda, Víctor. “El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)”. Universidad Andina Simón Bolívar, 2016. [http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434654/El+Derecho+de+Control+y+su+relación+con+las+modificaciones+constitucionales+y+jurídicas+en+los+modelos+políticos+y+económicos+en+Ecuador+\(1990-+2015\)/c163d485-d1d5-4c71-8296-7ecffa117f4a](http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434654/El+Derecho+de+Control+y+su+relación+con+las+modificaciones+constitucionales+y+jurídicas+en+los+modelos+políticos+y+económicos+en+Ecuador+(1990-+2015)/c163d485-d1d5-4c71-8296-7ecffa117f4a).
- Guerrero, Francisco. *Nueva visión del derecho administrativo*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2019.
- Ivanega, Miriam Mabel. *Instituciones del Derecho Administrativo*. 2.a ed. Derecho Administrativo 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. <https://es.scribd.com/read/436270491/Instituciones-de-derecho-administrativo-2-ed#>.

- . *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*. 1.a ed. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- Lozano, Juan, Valeria Merino Dinari, y Transparencia Internacional Latinoamérica y el Caribe (Organization), eds. *La hora de la transparencia en América Latina: el manual de anticorrupción en la función pública*. 1.a ed. Ética y transparencia. Buenos Aires: Gránica, 19986.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. 3.a ed. Vol. 1. 7 vols. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- Martínez, Manuel. “La ética, nuevo objetivo de la gestión pública”. *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 10 (1997): 19–32.
- Muñoz, Astrid. “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo”. *Revista de Administración Pública* 187 (2012): 97–139.
- Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5.a ed. Madrid: Tecnos, 2017.
- Ochoa, Héctor, y Sandra Charris. “Propuesta de un modelo de control fiscal para el Estado colombiano; el sistema de control fiscal”. *Revista Estudios Gerenciales* 19, n° 89 (2003): 13–42.
- Ortega, Román. “La competencia judicial frente a sanciones disciplinarias consistentes en retiro del servicio”. *Revista de Derecho Público* 37 (2016): 4–32. doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redepub.37.2016.08>.
- Ortiz, Jorge, y José Cruz. “¿La fiscalización superior abona en el fortalecimiento del Estado de derecho? Una revisión internacional”. *GIGAPP Estudios* 55 (2017): 1–19.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I: Introducción, organización administrativa y empleo público*. 23.a ed. Vol. 1. 2 vols. Madrid: OPEN Ediciones Universitarias, 2013.
- Parejo, Luciano. “La vigilancia, la supervisión y el control administrativos (reflexiones sobre su formación, evolución y situación actual)”. En *El control de la actividad estatal*, 1.a ed., 1:734. Buenos Aires, Argentina: Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2016. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-parejo-vigilancia.pdf>.
- RAE. “autoridad | Diccionario de la lengua española”. *Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario*, 12 de marzo de 2021. <https://dle.rae.es/autoridad>.
- . “destituir | Diccionario de la lengua española”. *Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario*, 22 de agosto de 2020. <https://dle.rae.es/destituir>.

- . “dignatario, dignataria | Diccionario de la lengua española”. *Diccionario de la lengua española-Edición del Tricentenario*, 28 de febrero de 2021. <https://dle.rae.es/dignatario>.
- Rivas, María. “La responsabilidad de servidores públicos y de terceros”, *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil*, 16, n° 1 (2013): 187–200. doi:<https://www.revistajuridicaonline.com/2003/01/la-responsabilidad-de-los-servidores-pblicos-y-de-terceros/>.
- Rojas, Verónica. “El caos de la multiplicidad de los sistemas de responsabilidad disciplinaria”. En *Aportes para un estado eficiente: ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Primera edición. Lima: Palestra Editores, 2012.
- Royo-Villanova, Segismundo. “El concepto de funcionario público y la relación de función pública en el nuevo derecho español”. *Revista de Administración Pública* 44 (1964): 9–24.
- Santiso, Carlos. “Los préstamos del BID a las instituciones”. *Revista de la CEPAL* 83 (2004): 171–90.
- Santofimio G., Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. 1.a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Sayagués Laso, Enrique, y Daniel Hugo Martins. *Tratado de derecho administrativo*. 8.a ed. Clásicos jurídicos uruguayos. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.
- Villegas del Solar, Gustavo, y Gustavo Olivares. “El poder contralor”. *Themis: Revista de Derecho* 3 (1985): 60–63.
- Visintini, Giovanna, y María Cellurale. *¿Qué es la responsabilidad civil?: fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.