

# La telaraña legal

## (Segunda parte)

Luis Hidalgo López

*La tipificación de infracciones, atribución exclusiva del Congreso Nacional ejercida al dictar leyes, ha sido usurpada -como un patrimonio histórico de la administración pública-, al ser ejercida contradiciendo el precepto contenido en el numeral 1º del Art. 24 y numeral 2o. del Art. 141 de la Constitución Política, con motivo de expedir Decretos Ejecutivos, Acuerdos Ministeriales o simplemente Resoluciones.*

### LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

#### El Silencio Administrativo Oficial

El derecho de petición reiterado por todas las Constituciones Políticas y recogido en el numeral 15o. del Art. 23 de la Carta Política actual, se ejerce mediante la presentación de una solicitud por escrito dirigida a la autoridad pública competente. La solicitud puede tener tres contenidos: mediante la presentación de una denuncia; mediante la petición del reconocimiento de un derecho, de alcanzar una autorización indispensable para una actividad económica; y mediante reclamos deducidos por los particulares con la presentación de argumentos jurídicos y pruebas en una tramitación, reglada o no, del ejercicio de una justicia administrativa. En este último contenido, es pertinente analizar el tema.

El efecto jurídico tradicional del silencio administrativo consagrado en la legislación<sup>1</sup>, como efecto negativo al derecho de petición no atendido en el plazo o término previsto en ley, fue considerarlo como denegación tácita de la solicitud, efecto negativo que únicamente tenía por objeto posibilitar la continuación y desenvolvimiento del proceso contencioso administrativo, a juicio del recurrente, interponiendo los recursos que correspondan en grado.

El Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado sustituyó el efecto jurídico del silencio administrativo, de negativo a positivo<sup>2</sup>. La sustitución del efecto negativo al efecto positivo del silencio administrativo vino a superponerse a las leyes tradicionales, dentro del principio de la reforma tácita ya analizado.

El principal defecto del texto modernizador fue que prescindió de la Teoría General del Derecho y del Derecho Práctico al no incorporar un efecto jurídico administrativo inmediato, específico y práctico, de la declaración de la aceptación tácita de la reclamación del recurrente. Se limitó a consolar a los recurrentes recordándoles que pueden recurrir ante los jueces con jurisdicción penal, acusando a los funcionarios públicos que no resolvieron dentro del término, de la infracción prevista en el Art. 213 del Código

Penal, infracción que se comete mediante actos volitivos expresos "ordenados o ejecutados", elemento constitutivo del delito muy diferente a la "inexistencia de actos volitivos, de actos de omisión", que fundamentan el silencio administrativo.

Como consecuencia de la reforma tácita de la legislación y de la falta de un efecto jurídico, la administración pública ha reaccionado mediante cuatro prácticas conocidas, para desacatar el efecto positivo del silencio administrativo:

1. Simplemente, lo ignoran. Cuando se alega el efecto positivo del silencio administrativo en una reclamación, en la resolución oficial ni siquiera tienen a bien referirse a la alegación.
2. Afirman que no es aplicable el efecto positivo del silencio administrativo a los reclamos presentados a la institución pública, en razón de que rige para ella un derecho especializado al cual -según el razonamiento oficial- la norma del efecto positivo del silencio administrativo no puede afectarlo.
3. Interpretan que el citado artículo tiende a proteger el derecho a los particulares que tramitan sus peticiones, mas no faculta a éstos para que, acogiéndose a la citada norma legal, pretendan solicitar a un Ministro de Estado que no cumpla con la Ley<sup>3</sup>.
4. Simplemente enfrentan el efecto positivo del silencio administrativo, mediante actos normativos debidamente promulgados, enervando el derecho de petición<sup>4</sup>.

#### La Administración de Justicia por la Contraloría

El Dr. Alfredo Corral Borrero, Contralor General del Estado, en declaraciones a los medios de comunicación<sup>5</sup>, el 25 de abril de 1999 ha hecho conocer que en los primeros cuatro meses del año 1999 ha establecido 1200 "glosas" con un monto estimado de cien mil millones de sucres de responsabilidades. En nuevas declaraciones efectuadas el 5 de julio del mismo año<sup>6</sup>, hace conocer que en los cinco primeros meses de labor ha establecido 2420 "glosas" por un monto total de 220.000 millones de sucres y dos millones de dólares de responsabilidades. "Estos valores deberían

ser repuestos al Estado -declaró-, por medio del Sistema de Rentas Internas, pero ese proceso es más complicado de lo que podría parecer". Finalmente, en el Informe a la Nación, nos hace conocer<sup>7</sup>:

*"Por mandato constitucional la Contraloría tiene potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal".*

*"El establecimiento de responsabilidad civil culposa se fundamenta en el perjuicio económico irrogado a una entidad u organismo..."*

*"En los últimos doce meses se han establecido 4460 glosas, por un monto de 531.100.849.761,67 sucres y 54.754.875,82 dólares..."*

Dos comentarios iniciales se desprenden del Informe:

1. La Constitución otorga a la Contraloría la potestad de determinar responsabilidades civiles culposas; no le otorga potestad para establecer glosas.
2. El Informe no sustenta ninguna relación entre "determinar responsabilidades civiles culposas" y "establecer glosas".
3. La responsabilidad civil culposa se fundamenta en la culpa del servidor que ocasiona un perjuicio a una entidad pública; por ello es culposa. No se fundamenta en el perjuicio irrogado.

Por tanto, cinco son los elementos que serán objeto de análisis:

#### *La Responsabilidad Civil Culposa*

Por qué una persona que ha causado un perjuicio económico a otro -persona natural, jurídica o entidad pública- está obligada en ciertos casos a pagarle o reembolsarle el perjuicio económico; y, por el contrario, no incurre en ninguna responsabilidad en otros casos. Descubrir el fundamento de la responsabilidad civil culposa es al mismo tiempo determinar su campo de aplicación.

Existe el principio general de que todo hecho de acción u omisión del ser humano que causa un perjuicio económico a otro obliga a aquel, por cuya culpa se ha producido, a repararlo. La obligación de reparación y pago es una obligación legal que nace de la falta cometida<sup>8</sup>.

La responsabilidad del autor de la falta se llama civil por oposición a la responsabilidad penal y porque el derecho civil no la considera sino desde el punto de vista de la reparación pecuniaria del perjuicio y no de la sanción penal. La legislación privada ecuatoriana exige dos elementos -culpa y perjuicio-, unidos en forma copulativa en una relación de causalidad, en un nexo causal de causa-culpa a efecto-perjuicio, para la determinación de una responsabilidad civil a una persona natural o jurídica -imputación al autor culposo-, mediante la creación legal de una obligación jurídica para indemnizar o reembolsar el costo de un perjuicio económico causado a otra u otras personas agraviadas, públicas o privadas, preceda o no una relación jurídica expresa y directa entre ellas.

Este principio está recogido por el derecho privado en el Art. 1480 del Código Civil, que declara que las obligaciones nacen "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos". Es del hecho -no de la injuria o daño- de donde nace la obligación jurídica de la responsabilidad civil.

El derecho público ecuatoriano recoge los mismos principios y relación de causalidad del derecho privado. El Art.

212 de la Constitución Política, en concordancia con el Art. 20 de la misma, determina que la culpa o dolo presuponen la determinación de la responsabilidad civil culposa para reembolsar el perjuicio a la entidad pública o para repetir la indemnización pagada por el Estado. La causa de la obligación jurídica es la culpa o el dolo, no el perjuicio causado. El Art. 341 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control reitera el principio al declarar que "cuando por la acción u omisión de los servidores respectivos se haya producido perjuicio económico a la entidad u organismo". Es de la acción u omisión culposa de los empleados públicos -no del perjuicio económico- de donde se genera la obligación jurídica de la responsabilidad civil culposa.

#### *El Perjuicio Económico*

Daño o perjuicio, en su sentido natural y obvio, significa todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona física o moral (honra, afecciones, libertad, crédito, salud, etc.) o en sus bienes<sup>9</sup>.

De lo que se sigue que el perjuicio o daño irrogado puede ser de dos tipos: a) perjuicio económico, detrimento patrimonial, daño emergente y lucro cesante, con una valoración en dinero de características líquida, pura, clara y determinada; y, b) daño moral, por afectar a la honra, buen nombre, prestigio, libertad, crédito, expectativas sociales, etc., que no tiene una valoración en dinero de las características del primero y, por tanto, requiere de un proceso de valoración y apreciación.

Al perjuicio económico, como una especie, se lo conoce como daño material o físico en tanto en cuanto constituye un agravio en los bienes, en el patrimonio, y no en los atributos morales o sociales de la persona<sup>10</sup>.

El resarcimiento del perjuicio comprende, por lo general, no sólo el perjuicio positivo por disminución del patrimonio -daño emergente- sino también el perjuicio negativo por ganancia dejada de obtener en la gestión afectada -lucro cesante-.

La forma más clara del perjuicio es la pérdida o el deterioro de un bien corporal que pertenece a otro: destrucción de una casa por un incendio culposo, avería de un automotor por colisión debido a conducción imprudente, pérdida de objetos muebles por falta de cuidado. El importe del perjuicio se calcula fácilmente de acuerdo con el valor del objeto. Es igual a ese valor si la cosa ha quedado completamente destruída, fuera de uso o desaparecida. Se calcula de acuerdo con el importe de la reparación, si la cosa puede ser reparada, o, en caso contrario, teniendo en cuenta el valor de los restos. En la teoría jurídica se lo conoce como el perjuicio directo.

El perjuicio puede consistir, además, en una disminución del valor de los elementos del patrimonio del afectado, particular o entidad pública, sin lesión material directa sobre el patrimonio. Si el afectado tiene la obligación de llevar contabilidad, al ocurrir una disminución en los elementos del activo o un alza en los elementos del pasivo, su patrimonio resultará disminuído exactamente en el monto del perjuicio. Bien entendido que el patrimonio de una persona natural o jurídica es el activo menos el pasivo. En la teoría jurídica es conocido como el perjuicio indirecto.

En el derecho privado, el Art. 2241 del Código Civil ordena que "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización". En general, desde el artículo citado hasta el Art. 2257, el Cód-

go se refiere al daño económico en los bienes del agraviado, al perjuicio económico de carácter patrimonial individual. Involucra al daño emergente y al lucro cesante, al perjuicio directo y al perjuicio indirecto.

En el derecho público, el numeral 17 del Art. 303 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control limita al "perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo" y en el Art. 341 de la misma Ley a que "se haya producido perjuicio económico a la entidad u organismo"; esto es, se refiere al perjuicio directo, esto es al perjuicio en los bienes y, además, al perjuicio en el patrimonio de la entidad u organismo del sector público. Parecería no involucrar al perjuicio indirecto, esto es al lucro cesante. No considera en absoluto el perjuicio moral.

En donde sí difiere el derecho privado del derecho público es en los procedimientos, solemnidades, jurisdicción y competencia del juzgador. En el ámbito del derecho civil es indispensable recurrir a los servicios de la administración de justicia, mediante el ejercicio de una acción judicial deducida ante juez competente. En el ámbito del derecho público, corresponde a la Contraloría la comprobación de que el acto administrativo es culposo, por acción u omisión; la evidencia comprobada del perjuicio resultante del acto culposo en una relación de causalidad encasillado en uno o más de los prototipos; la valoración del perjuicio económico directo o indirecto y la determinación de la responsabilidad civil al empleado público culposo imputado, mediante la notificación de rigor (predeterminación).

### La Culpa

La noción de culpa está considerada en un estado intermedio entre el dolo<sup>11</sup> y la fuerza mayor<sup>12</sup>.

Despojada, por tanto, de toda intencionalidad tendiente a ocasionar un perjuicio, se la define como "la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse"<sup>13</sup>.

En sentido amplio la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un perjuicio y resultar imputable al autor como consecuencia de su libre determinación. En sentido estricto, en cambio, el acto culposo tiene su origen en la impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación, negligencia del agente, en la realización del hecho o del acto jurídico administrativo, con abstracción de cualquier querer doloso. Gira, por eso, en torno a la idea de previsibilidad. Es decir la culpa significa la no previsión de un evento que es perfectamente previsible en el instante en que se manifiesta la voluntad del agente, debiendo estimarse como previsible aquello que se pudo o se debió preveer poniendo el debido cuidado. Si no se pudo preveer, o si previsto no pudo evitarse, se estaría en presencia del caso fortuito. Es importante resaltar que la evaluación para determinar si ha habido o no culpa debe retrotraerse al instante en que se manifestó la voluntad del agente y no a las actuales circunstancias de evaluación.

Según el modo como se manifiesta, la culpa puede consistir en un acto positivo, esto es cuando se ha hecho algo que se estaba obligado a no hacer -culpa por acción-; o cuando no se hubiera hecho algo que se estaba obligado a hacer -culpa por omisión-, omitiendo el deber jurídico de hacerlo.

Según la intensidad de la culpa, históricamente se la dividió en culpa lata, como la omisión de la diligencia que

hasta el hombre menos previsor suele cumplir; culpa leve, como la falta de la diligencia ordinaria que un buen padre de familia acostumbra a poner en sus cosas; y culpa levísima, como la falta de cuidado que tendría un diligentísimo padre de familia. El Código Civil ha recogido esta división, modificando la conceptualización de una u otra.

Según la relación en que se da la diligencia, esto es de la existencia o inexistencia de una relación jurídica civil, laboral, de servicio civil o mercantil entre el agente culposo y el agente agraviado, se divide la culpa entre contractual y extracontractual.

La culpa contractual se considera tradicionalmente como la acción u omisión voluntaria que, sin ánimo de perjudicar, impide el desarrollo normal de una obligación jurídica contratada<sup>14</sup>. En cuanto a la intensidad de la culpa, se regula basándose en criterios de utilidad de las partes de la relación contractual, conforme se encuentra definida en las reglas del Art. 1590 del Código Civil.

La culpa extracontractual se refiere a la culpa incurrida por el agresor por un daño en contra del agredido, con relación de causalidad entre culpa y daño, sin que medie una relación contractual civil o mercantil entre el ofensor y el ofendido.

La imputabilidad se refiere a que haya sido cometido por una persona dotada del discernimiento necesario para darse cuenta del hecho o acto jurídico que ejecuta, esto es en consideración a la capacidad jurídica delictual y cuasidelictual del agente, capacidad que genera el nexo de causalidad. Cuando falta el nexo de causalidad, no hay -no puede haber jurídicamente- determinación de responsabilidad civil culposa, aunque exista un perjuicio económico evidente.

En el ámbito del derecho público, como reina de las normas de la materia, se encuentra el Art. 20 de la Constitución que regula la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o "de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos". En este caso el Estado tendrá el derecho de repetición para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hubieren causado los perjuicios. Se trata de una determinación de responsabilidad civil culposa, en este supuesto constitucional, establecida por la Función Judicial.

De lo que se sigue que la fuente de obligación jurídica de los funcionarios y empleados públicos es la declaración judicial del dolo o culpa grave incurrida -causa- para ser obligados al pago del perjuicio -efecto- valorado como indemnización, dentro del trámite de la acción de repetición de lo pagado por el Estado. Es claro que la Constitución establece la relación de causalidad estudiada en la doctrina jurídica.

En cuanto a la graduación de la intensidad de la culpa como fuente de obligación jurídica para la acción de repetición del perjuicio, se refiere exclusivamente a la culpa grave o dolo. La culpa leve y la culpa levísima, según el Art. 20 de la Constitución Política, no son fuente de obligación para la acción de repetición de la indemnización pagada por el Estado.

En este contexto constitucional, se encuentra el Art. 212 que trata de la determinación de las responsabilidades civiles culposas, que no requieren de declaración judicial, pero

sí de demostración y determinación de la culpa por parte de la Contraloría General del Estado.

En cuanto a la graduación de la intensidad de la culpa, el Art. 327 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y el numeral 4o. Art. 10 del Reglamento de Responsabilidades, imputan la culpa leve. Involucran, por tanto, a la culpa grave; y excusan a la culpa levísima.

En definitiva, son consistentes todos los elementos constituyentes del cuasidelito regulado en la doctrina jurídica, en el derecho civil y en el derecho público, que pueden configurar un principio universal de fácil comprensión y aplicación: **No hay responsabilidad civil sin culpa.**

Si la culpa jurídica no produce un efecto, esto es un perjuicio económico ocasionado a un tercero, inexistente la relación de causalidad jurídica para la responsabilidad civil culposa. Por lo dicho, el análisis causal de la responsabilidad civil culposa no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley.

De lo que se infiere que sin la relación de causalidad jurídica comentada no hay posibilidad jurídica de establecer e imputar una responsabilidad civil culposa que ostente caracteres de legalidad, legitimidad y eficacia, tanto en el derecho privado cuanto en el derecho público. Para evadirlo, la Contraloría continúa estableciendo glosas contraviniendo su atribución Constitucional.

#### *Las glosas*

La institución de las glosas es un concepto histórico. Desde la época colonial hasta el 28 de octubre de 1974<sup>16</sup>, todas las entidades públicas tenían su "rindente o cuentadante", con obligación de presentar, mes a mes, para estudio del Tribunal de Cuentas, hasta el año 1927, y de la Contraloría General de la Nación, a partir de tal año, las cuentas del movimiento de ingresos y gastos de los fondos fiscales y municipales a su cargo. El Tribunal de Cuentas o el Contralor General de la Nación, según el período histórico, estudiaba dichas cuentas y, si las encontraba correctas, notificaba con un "finiquito" de la cuenta al cuentadante. Si el Contralor hiciera observaciones a la cuenta presentada a su estudio, formulaba "las glosas" respectivas. El precepto de todas las versiones históricas se encontraba recogido en el Art. 305 de la derogada Ley Orgánica de Hacienda de 1927. La rendición de cuentas se suprimió en el año 1974 y, por ende, los rindentes o cuentadantes.

El efecto jurídico de perdurar en el tiempo el establecimiento de glosas, por parte del señor Contralor General del Estado en funciones, es grave y riesgoso, y sus efectos jurídicos son impredecibles. El Art. 119 de la Constitución Política dispone que "... los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley ...". Revisada la Constitución Política no se encuentra ninguna atribución otorgada al señor Contralor General en funciones para "establecer glosas". Si eventualmente las leyes le asignaran la atribución legal de "establecer glosas", esas disposiciones legales se encontrarían "... en contradicción con la Constitución o alterarían sus prescripciones", conforme al Art. 272 de la Constitución y, por tanto, tales disposiciones legales no tendrían valor. Bien entendido que la atribución de "establecer glosas" está en contradicción con la atribución de "... determinar responsabilidades civiles culposas ..." asignada al señor Contralor General en funciones por el Art. 212 de la propia Constitución.

Puede sostenerse, como consecuencia jurídica, que el acto jurídico administrativo de "establecer glosas", emitido por el señor Contralor General del Estado en funciones, por sí o a través de delegado, sería un acto jurídico administrativo ilegítimo por exceso de poder, al no encontrarse fundamentado en ninguna atribución constitucional y, por tanto, violatorio, por omisión, del precepto del Art. 119 de la Constitución; acto jurídico ilegítimo de "notificación de glosas" que podría ser impugnado -entre otras acciones- mediante la interposición de un recurso de amparo, que tiende "... a evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución...", acorde con el contenido del recurso previsto en el Art. 95 de la Constitución Política. Corriendo el riesgo del doble criterio judicial, ya examinado.

Establecer glosas significaría que la Contraloría General del Estado está haciendo supervivir en el tiempo la derogada Ley Orgánica de Hacienda referidos a las glosas, en todas las versiones históricas<sup>17</sup>, como si las glosas se trataran -para la Contraloría- de un derecho real adquirido según una ley derogada<sup>18</sup> que subsiste bajo el imperio de otra nueva, a pesar de enfrentar preceptos legales y conceptuales de fondo de la Constitución Política y de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Esta realidad explicaría por qué el señor Contralor General del Estado en funciones continúa denominando como "glosas" a la observación formulada a las cuentas contables (no a las cuentas presentadas para su estudio por los rindentes y cuentadantes), fundando la glosa en el perjuicio y eximiéndose de determinar la responsabilidad civil culposa cuya potestad exclusiva le otorga la Constitución Política.

#### *La recaudación de las glosas*

Muchas son las excusas; pero la realidad es que las glosas no se pagan por los glosados y el Estado no recauda los perjuicios ocasionados al patrimonio estatal identificado en glosas. Esta realidad tiene una doble causa:

La primera, en el proceso de determinación de responsabilidades civiles culposas, la Contraloría General del Estado irrespeta los preceptos constitucionales y legales y se apega al proceso de establecimiento de glosas a la cuenta presentada por el rindente y cuentadante, función que la ha venido ejerciendo desde la época colonial, en uso, hoy en día, de inexistentes facultades. La falta de juridicidad contralora posibilita ejercer el derecho a la defensa por parte de los glosados, en variadas formas, con enormes expectativas jurídicas de triunfar en la controversia frente a la deleznable posición jurídica de la Contraloría General del Estado.

La segunda, porque la Contraloría General del Estado quebranta un principio general del derecho procesal: para entrar en fase de ejecución de una resolución administrativa, se requiere que aquélla se encuentre ejecutoriada o firme. Al regular la etapa de ejecución de las resoluciones confirmatorias de responsabilidades civiles culposas -no de glosas- de la Contraloría General del Estado, el Art. 337 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control dispone que se ordenará la emisión de los títulos de crédito cuando las resoluciones se encuentren ejecutoriadas. A continuación, el Art. 338 de la misma Ley, interpreta y define cuándo se entenderán ejecutoriadas tales resoluciones. Sin embargo, en la resolución confirmatoria de glosas, an-

tes de la ejecutoria del acto administrativo, la Contraloría General del Estado ordena intempestivamente la emisión de títulos de crédito a cargo de los glosados. La consecuencia jurídica de la violación legal de la Contraloría es obvia: los glosados, al ejercer su derecho a la defensa, solicitan y obtienen la anulación de los títulos de crédito ordenados emitir con violación de los Arts. 337 y 338 de la LOAFYC.

### La Jurisdicción Coactiva

La coactiva sirve para la recaudación de obligaciones tributarias no pagadas por los contribuyentes y su ejercicio se encuentra regulado por el Código Tributario, con recurso de excepciones ante los Tribunales Distritales de lo Fiscal.

Sirve, además, para la recaudación de los perjuicios irrogados al Estado como consecuencia de la determinación de las responsabilidades civiles culposas firmes demostradas por la Contraloría General del Estado, con recurso de excepciones ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, según la LOAFYC y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Sirve, en general, para la recaudación de las obligaciones no tributarias de los créditos no tributarios de particulares ligados con un vínculo civil o mercantil con el Estado y sus instituciones; para la ejecución de contribuciones para el sostenimiento de las Superintendencias de Compañías o de Bancos<sup>19</sup> y para la recaudación de préstamos, aportes y fondo de reserva insolutos para con el IESS<sup>20</sup> con recurso de excepciones ante el Juez de lo Civil, según el Código de Procedimiento Civil.

Sirve, en fin, para la recaudación de multas impuestas como sanción a los contraventores por los juzgadores administrativos competentes<sup>21</sup>. Para el ejercicio del derecho de defensa hay que dilucidar, caso por caso, la atribución y competencia del recurso de alzada y del Juez Ordinario que le correspondería conocer y tramitar el juicio de excepciones.

### Los Comisarios Municipales

Les corresponde a los Comisarios Municipales aplicar las sanciones previstas en la Ley de Régimen Municipal siguiendo el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Penal para el juzgamiento de las contravenciones<sup>22</sup> de Policía.

Del juzgamiento de las contravenciones realizado por el Comisario Municipal, si se trata de sanción prevista en la Ley de Régimen Municipal, se puede interponer recurso jerárquico de apelación para ante el Alcalde Municipal<sup>22</sup>. En el caso del Distrito Metropolitano de Quito el recurso jerárquico de apelación se interpone ante el Alcalde Metropolitano<sup>24</sup>.

Los Comisarios Municipales están facultados, además, para juzgar a los infractores a la Ley de Pesas y Medidas y sus Reglamentos, con posibilidad del infractor de interponer el recurso jerárquico de apelación ante el Director Nacional de Pesas y Medidas<sup>25</sup>, no el Alcalde Municipal.

Les corresponde a los Comisarios Municipales, en adición, el juzgamiento a las infracciones penadas por el Código de la Salud, mediante un procedimiento especial distinto del empleado para las contravenciones de policía. Del resultado del juzgamiento puede interponerse recurso de apelación ante el Ministro de Salud Pública<sup>26</sup>, previo depósito "en garantía" de un cheque certificado por el máximo

de la pena de multa que corresponda a la infracción objeto del juzgamiento.

Compete a los Comisarios Municipales el juzgamiento y sanción de innumerables infracciones tipificadas en leyes y en legislación secundaria, como las infracciones tipificadas en el Reglamento para el Manejo de los Desechos Sólidos<sup>27</sup>; las infracciones en materia de alimentos en la vía pública tipificadas en el Reglamento de Control Sanitario de Alimentos<sup>28</sup>; juzgar las infracciones establecidas en el Reglamento de Distribución de Alimentos con Fines Benéficos<sup>29</sup>; juzgar las infracciones por acaparamiento de artículos de primera necesidad<sup>30</sup>; el juzgamiento por el sacrificio o desposte de ganado vacuno menor de dos años con fines comerciales, o de ganado mayor en sitios no autorizados<sup>31</sup>; las infracciones al Reglamento para la Elaboración, Conservación y Venta de Chicha<sup>32</sup>; de las infracciones al Reglamento de Cruces de Caminos con Vías del Ferrocarril<sup>33</sup>; de las infracciones al Reglamento para Funcionamiento de las Casas de Juegos de Azar<sup>34</sup>; de las infracciones a la Gestión de Productos Químicos Peligrosos<sup>35</sup>. Generalmente en esta explícita entrega de jurisdicción y competencia a los Comisarios Municipales no se regula el recurso jerárquico de apelación de la resolución de juzgamiento, que podría interponer el infractor.

Además de esta variada normativa explícita, las Ordenanzas Municipales que regulan la administración del Impuesto de Patente Municipal, del Impuesto a los Activos Totales, de Anuncios y Carteles, de Ocupación de la Vía, de Ornato y Fábrica, del Servicio de Rastro, de Ocupación de Mercados, de Explotación de Canteras, de Espectáculos Públicos, en lo principal, dictadas por los Concejos Municipales y muchas de ellas consideradas como tributarias, con dictamen favorable del Ministerio de Finanzas<sup>36</sup>, tramitadas con intervención del Ministerio de Gobierno para ser aceptadas a ser promulgadas en el Registro Oficial, asignan jurisdicción y competencia a los Comisarios Municipales para el juzgamiento y sanción de una gran casuística de infracciones penales tipificadas en ellas. El Comisario Municipal cuenta con el auxilio de la Policía Municipal, tanto para hacer comparecer al infractor, cuanto para ejecutar su resolución de juzgamiento.

La tipificación de infracciones realizada en los Acuerdos Ministeriales antes identificados, y en ordenanzas municipales sin fundamento jurídico en ley expresa, quebrantan la garantía prevista en el numeral 1º. del Art. 24 y en el numeral 2º. del Art. 141, de la Constitución Política que dispone que solo por ley se tipificarán las infracciones penales, administrativas o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la Ley, garantía que se la identifica en doctrina como la "previsión en ley de infracciones sancionadas con una pena".

### Justicia en actividades privatizadas

El CONATEL en ejercicio de la atribución y competencia legal y reglamentaria, mediante resoluciones explícitas regulatorias de los servicios, ha creado y tipificado infracciones penales y administrativas, enumeradas: en el Art. 89 del Reglamento General de los Servicios de Radiocomunicaciones; en el Art. 42 del Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular; en el Art. 42 del Reglamento para Homologación de Equipos Terminales; en el Art. 25 del Reglamento para la Provisión de Segmento Especial; y, en el Art. 44 del Reglamento de Telefonía Pública de Prepago.

Reiteradamente le otorga jurisdicción y competencia al Superintendente de Telecomunicaciones para el juzgamiento de las infracciones tipificadas por resolución y, es de esperarse que dicho funcionario haya hecho uso, o pretendido hacer uso, de tal jurisdicción y competencia otorgada por resolución.

El caso es que en un proceso tan delicado de la privatización o concesión de los servicios de telecomunicaciones, que requieren de acierto y juridicidad legal en las reglas de juego regulatorias, en razón de la seguridad jurídica reclamada por el concesionario para proteger la inversión extranjera, el CONATEL no coadyuva con un estricto y fiel cumplimiento al precepto constitucional. Solo por ley se puede tipificar un acto o actos como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, para que tal tipificación tenga validez y efectos jurídicos. No se puede tipificar infracciones penales o administrativas por simple resolución, tipificación que se encuentra reservada exclusivamente al Congreso Nacional en tanto en cuanto apruebe leyes. Ni siquiera la Legislatura tiene atribución jurídica para tipificar infracciones mediante Resolución Legislativa.

### Juzgamientos como en botica

La tipificación de infracciones penales, administrativas o de otra naturaleza, atribución exclusiva del Congreso Nacional ejercida al dictar leyes, ha sido usurpada -como un patrimonio histórico de la administración pública-, al ser ejercido contradiciendo el precepto constitucional contenido en el numeral 1º. del Art. 24 y numeral 2o. del Art. 141 de la Constitución Política, con motivo de expedir Decretos Ejecutivos, Acuerdos Ministeriales o simplemente Resoluciones.

Parecería que la administración pública considera a la sociedad civil como una cáfila de malandrines, para imponer el cumplimiento de las regulaciones públicas mediante sanciones. No considera a la sociedad civil como una sociedad responsable, que procede por convencimiento. El examen de la normativa presupone que su cumplimiento por la sociedad debe proceder por miedo a la amenaza de una pena, denominada multa, clausura, decomiso y en algunos casos, aprehensión personal.

Las infracciones tipificadas y su juzgamiento por parte de los empleados públicos "competentes", constituye una parte de la legislación secundaria manifiestamente inconstitucional e ilegal, que afecta la relación derecho-deber de la sociedad con los estamentos públicos, en términos doctrinarios; y que podría estar produciendo ingresos libres de impuestos a los juzgadores administrativos competentes, en términos prácticos.

## 3.- LA ESPERANZA

### LA CODIFICACIÓN DE LAS LEYES

Quienes redactaron la vigente Constitución Política captaron el problema de la Telaraña Legal y orientaron su solución mediante la creación de la Comisión de Legislación y Codificación, cuya función principal es: "recopilar y ordenar sistemáticamente la legislación ecuatoriana".

Recopilar en el sentido de conocer que la República cuenta con 881 Leyes, 1279 Decretos Legislativos con fuerza de Ley, 156 Decretos Leyes de Emergencia Económica, 44 Codificaciones, 19 Códigos y 923 Decretos Supremos; todos ellos vigentes.

Sistematizar en el sentido de conocer el texto de toda la normativa anterior para diseñar un método de sistematización, a base de elementos jurídicos unificantes que propendan a enlazar todos los preceptos de la normativa en reglas de conducta únicas, definidas, coherentes y claras. Como resultado de la sistematización puede lograrse la unificación de varias leyes en una sola ley concebida en áreas de materias generales.

Si la Comisión resolviera "codificar por codificar", su trabajo se verá recompensado con la aprobación de 3.302 codificaciones. Sin embargo, esta forma de trabajar mantendría las incoherencias jurídicas existentes entre un precepto de una ley y otro precepto de otra ley, sobre la misma materia jurídica.

### LA DESREGULACIÓN

Es indispensable una recopilación de la normativa secundaria para someterla a examen de cumplimiento de la limitación constitucional. Toda normativa dictada con exceso de poder legal y constitucional constituye un acto jurídico ilegítimo y, por tanto, es jurídicamente necesario derogarla.

El Presidente de la República tiene la función de "Avocación"<sup>37</sup> para examinar y decidir la derogatoria expresa de los acuerdos ministeriales y resoluciones de la administración pública central que constituyan actos jurídicos ilegítimos. Hay el precedente de que la Presidencia lo ha hecho en dos oportunidades<sup>38</sup>. Sin embargo, la administración pública ha continuado con su práctica de emitir actos ilegítimos por exceso de poder, como fue puntualizado.

Es indispensable, en consecuencia, volver en la tarea de desregular, como primer paso, y de crear controles para que el fenómeno no vuelva a repetirse, como segundo paso. Estas tareas bien podrían ser otra obra de la modernización del CONAM.

### LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ORDINARIA

El principal problema de la administración de justicia como sistema se encuentra en el desequilibrio entre la capacidad instalada y la demanda de servicios, especialmente entre la capacidad y servicios requeridos de los jueces de base.

Ampliar la capacidad instalada tiene un costo enorme que la crisis financiera estatal no podrá sostenerlo. Queda como única fuente de financiamiento eliminar la justicia gratuita, con las excepciones previstas en el Art. 207 de la Constitución Política.

El Consejo Nacional de la Judicatura tiene atribución constitucional para fijar el monto de las tasas por servicios judiciales. Es de desear que su producto sirva para equilibrar la relación oferta - demanda y no se destine al aumento de remuneraciones.

Podría simplificarse el procedimiento procesal, muchas veces ritualista (como reproducir todo lo favorable de autos e impugnar lo desfavorable) o solemne (como requerir la presencia del juez para un elevado número de diligencias de prueba) o inútil (preguntar por escrito a los testigos sin conocer de su declaración) o peligroso (calificar o descalificar, en sentencia, la acusación particular) o injusto (orden de prisión preventiva por años).

Podría revisarse el contenido jurídico de la "Verdad Procesal", con oportunidad de instaurar la justicia oral, para proteger el principio sin perjuicio de las alegaciones orales de los recurrentes. Como puede observarse, es una materia difícil de ser innovada, por constituir reglas procesales que garantizan la eficiencia y efectividad del derecho a la acción y, fundamentalmente, del derecho de defensa. Alterar el derecho procesal sin suficiente meditación y análisis de las consecuencias, podría ser más dañino el remedio que la enfermedad.

#### LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Parte del problema se solucionará con la implementación del "Principio de Unidad Jurisdiccional" a cargo del Consejo Nacional de la Judicatura. Sin embargo, para conseguirlo requerirá de decisión política del organismo, aparejada de financiamiento para la elaboración de los estudios jurídicos de recopilación de la normativa involucrada, análisis, elaboración de los documentos de trabajo, reuniones para alcanzar consensos y para la tramitación y convencimiento a los estamentos superiores.

Es jurídicamente indispensable institucionalizar las consecuencias jurídicas del cambio del silencio administrativo con efecto negativo a efecto positivo dispuesto por el Art. 28 de la Ley de Modernización, mediante la urgente reforma a la Ley, a fin de que sea acatado irrestrictamente por todos los administradores públicos, sin sanciones consecuenciales y posibilitándoles su continuación en el cargo.

Para obtener la adhesión jurídica irrestricta al precepto constitucional de determinar responsabilidades civiles culposas -no de glosar- del señor Contralor General del Estado en funciones, parecería que la sociedad nada efectivo puede proponer. Sería la pugna de opiniones de diosecillos menores contrapunteando con un dios mayor, en el Olimpo de los griegos. En el fondo se trataría de combatir una estrategia institucional cargada de nostalgia por perdurar las atribuciones contraloras discrecionales del pasado histórico; del inexacto convencimiento de ser la única entidad anticorrupción del sector público; y del ningún deseo profesional de los abogados de la Contraloría de regular -en ley- los efectos jurídicos para aplicar con acierto el moderno mandato constitucional, de "determinar responsabilidades civiles culposas". Frente a estas actitudes, nada concreto se puede proponer, excepto expresar el deseo de que las actitudes sean erradicadas con juridicidad.

Respecto de los Comisarios Municipales, es indispensable elevar los requisitos de idoneidad profesional. No

puede ser, el cargo, patrimonio de estudiantes o egresados de una facultad universitaria de derecho. En cuanto son juzgadores, con jurisdicción y competencia especiales, su nombramiento debe provenir de las Cortes Superiores de Justicia del Distrito de la Municipalidad, mediante concurso de merecimientos, con el requisito fundamental de ser abogados o doctores en Jurisprudencia. Habría que unificar, en fin, la legislación que les confiere jurisdicción y competencia y que regula los recursos de alzada.

Igual cambio debe introducirse para el nombramiento de los Intendentes de Policía y Comisarios Nacionales, juzgadores natos de las contravenciones de policía y, por ende, aplicadores de penas privativas de la libertad, con iguales requisitos de idoneidad profesional.

Los demás juzgadores de la función ejecutiva, con jurisdicción y competencia creada por resolución, acuerdo ministerial o decreto ejecutivo, su atribución juzgadora debe ser eliminada de plano, por ser manifiestamente inconstitucional e ilegal. Un decreto ejecutivo es suficiente para conseguir el propósito.

#### DEBER DE LAS UNIVERSIDADES

La Telaraña Legal está presente en nuestro país en razón de que abogados ecuatorianos, asesores del sector público que expide normativa principal -la legislatura- y secundaria -la administración pública-, han coadyuvado a su construcción.

Las Facultades de Derecho se han dedicado eficientemente a la formación de estudiantes en la carrera de abogados, abandonándoles en su desempeño profesional en el entorno jurídico. Los Colegios de Abogados, en materia de investigación jurídica, en nada colaboran a la capacitación del abogado, a diferencia de -por ejemplo- la Federación Médica, o los Colegios de Contadores y de Economistas.

Parece necesario que las Facultades de Derecho de las Universidades se preocupen de abrir talleres de capacitación dirigidos a los abogados, ofertando servicios de adiestramiento en el uso de tecnología informática; estudios de coherencia de la nueva Constitución con las leyes y sus proyectos; recursos jurisdiccionales especializados no estudiados en las aulas universitarias, como los de inconstitucionalidad, de amparo, de habeas data, de habeas corpus, de casación, de impugnación de los actos administrativos en sede y jurisdiccional, etc.; aplicación de convenios internacionales y del derecho comunitario a controversias judiciales, etc.

#### NOTAS

1. Art. 41 del Reglamento General de la Ley de Defensa Contra Incendios. Acuerdo Ministerial No. 596, Registro Oficial No. 834 de 17 de mayo de 1979.  
Arts. 336 y 350 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.  
Art. 18 de la Ley que Regula las Empresas Privadas de Salud y Medicina Prepagada, Ley No. 8, Registro Oficial No. 12 de 26 de agosto de 1998.  
Art. 24 del Decreto de Creación de la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, Decreto Supremo No. 869, Registro Oficial No. 99 de 17 de agosto de 1966.  
Arts. 102, 127 y 234 del Código Tributario, Decreto Supremo No. 1016-A, Suplemento del Registro Oficial No. 958 de 23 de diciembre de 1975.

## NOTAS

2. El artículo 28 dispone que la petición debe ser resuelta en un término no mayor a quince días, " salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto". Sin embargo, el Art.127 del Estatuto del régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dictado por Decreto Ejecutivo 1634, Registro Oficial Suplemento No. 411 del 31 de marzo de 1994, dispone que la petición debe ser resuelta "en el plazo máximo de sesenta días", sin constituir norma legal.
3. Texto pertinente del Oficio No. D-MIDUVI-01974, del 28 de julio de 1998, suscrito por el Arq. Diego Ponce Bueno, Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda..
4. El Art. 1 del Acuerdo del Ministro de Salud No. 84, publicado en el Registro Oficial No. 52 de 25 de abril de 1997, dispone: "Todos los precios de comercialización de las medicinas tienen que ser aprobados por este Consejo, única instancia de la administración pública que tiene principios jurídicos para aprobar precios de los medicamentos y que bajo ningún concepto se aceptarán precios que se pretendan establecer bajo la interesada interpretación del Silencio Administrativo, dado por la Industria Farmacéutica".
5. Edición No. 34.392 del Diario El Comercio, correspondiente al Domingo 25 de abril de 1999, página A2.
6. Edición No. 34.463 del Diario El Comercio, correspondiente al Lunes 5 de julio de 1999, página A3.
7. Informe a la Nación, 1998 - 1999, presentado a la Legislatura; Pag. V.
8. Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Traducción de Delia García Daireaux. Ediciones La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1965. Tomo V, página 11.
9. Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Unduraga, Manuel. Curso de Derecho Civil. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1961. Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H. Página 496.
10. Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Ediciones Nauta S.A. 1966. Tomo I. Parte General. Página 583.
11. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Inciso final del Art. 29 del Código Civil.
12. Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. Art. 30 del Código Civil.
13. Cuasidelito. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956. Tomo V, página 166.
14. Puig Peña, Federico. Obra Citada. Página 574.
15. Acción de cobrar al agente doloso o culposo el valor de la indemnización pagada por el Estado o por la entidad.
16. Decreto Supremo No. 1065-A, Registro Oficial 668 de 28 de octubre de 1974.
17. Ley Orgánica de Hacienda de 20 de octubre de 1863, El Nacional s/n de 28 de octubre de 1963, que reguló el Juicio de Cuentas a cargo de los Tribunales de Cuentas.
- Art. 238 de la Ley Orgánica de Hacienda de 14 de noviembre de 1927, de creación de la Contraloría, Decreto Supremo s/n, Registro Oficial No. 488 de 16 de noviembre de 1927.
- Art. 252 de la Codificación de la Ley Orgánica de Hacienda de 15 de noviembre de 1947, Registro Oficial No. 71 de 11 de diciembre de 1947.
- Art. 305 de la Codificación de la Ley Orgánica de Hacienda, Suplemento del Registro Oficial No. 1202 de 20 de Agosto de 1960 (Primer Tomo de la publicación Constitución y Leyes del Ecuador).
18. Ver numeral 9 del Art. 7 del Código Civil.
19. Art. 457 de la Ley de Compañías y Art. 187 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.
20. Art. 212 de la Ley del Seguro Social Obligatorio.
21. Art. 273 de la Ley de Propiedad Intelectual. Art. 40 de la Ley General de Seguros. Art. 628 del Código del Trabajo. Art. 36 de la Ley del Centro de Rehabilitación de Manabí. Art. 17 de la Ley Especial de Desarrollo Turístico. Art. 20 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Art. 157 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre. Art. 36 de la Ley Especial de Telecomunicaciones. Art. 101 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado. Art. 24 de la Ley de Facilitación de Exportaciones y del Transporte Acuático. Art. 163 de la Ley de Minería. Art. 17 de la Ley de Sus-

**NOTAS**

tancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Art. 21 de la Ley Especial de Petroecuador y sus Empresas Filiales. Art. 6 de la Ley de Impuesto a la Exportación de Cacao. Art. 91 de la Ley Forestal y de Conservación de Areas Naturales y Vida Silvestre. Art. 24 de la Ley de Sanidad Animal. Art. 27 de la Ley General de Correos. Art. 24 de la Ley del Centro de Reconversión Económica de Azuay y Cañar. Art. 37 de la Ley del Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas. Art. 19 de la Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda. Art. 142 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Fomento. Art. 38 de la Ley de Aviación Civil. Art. 104 de la Ley de Aguas. Art. 166 de la Ley de Régimen Municipal. Art. 48 de la Ley de Régimen Provincial. Art. 155-V del Código de Policía Marítima.

22. Literal g) del Art. 167 de la Ley de Régimen Municipal. Tomada en cuenta la Reforma proveniente de la Ley No. 104, Registro Oficial No. 315 de 26 de agosto de 1982.

23. Numeral 38 del Art. 72 de la Ley de Régimen Municipal.

24. Art. 21 de la Ley de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito, Ley No. 46, Registro Oficial No. 345 de 27 de diciembre de 1993.

25. Arts. 22 y 23 de la Ley de Pesas y Medidas, Decreto Supremo No. 1456, Registro Oficial No. 468 de 9 de enero de 1974; además, Decreto Supremo s/n, Registro Oficial No. 31 de 17 de agosto de 1925.

26. Arts. 213, 220, 221 y 230 del Código de la Salud, Decreto Supremo No. 188, Registro Oficial No. 158 de 8 de febrero de 1971.

27. Art. 144 del Reglamento para el Manejo de los Desechos Sólidos, Acuerdo Ministerial No. 14630, Registro Oficial No. 991 de 3 de agosto de 1992.

28. Art. 2 del Reglamento de Control Sanitario de Alimentos, Acuerdo Ministerial No. 14381, Registro Oficial No. 966 de 26 de junio de 1992.

29. Art. 19 del Reglamento de Distribución de Alimentos con Fines Benéficos, Acuerdo Ministerial No. 478-A, Registro Oficial No. 560 de 9 de agosto de 1965.

30. Art. 2 del Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial No. 827 de 7 de marzo de 1947.

31. Art. 4 del Decreto Ejecutivo No. 246, Registro Oficial 769 de 19 de marzo de 1943.

32. Art. 12 del Reglamento de Elaboración, Conservación y Venta de Chicha, Resolución Sanitaria s/n, Registro Oficial No. 306 de 3 de septiembre de 1941.

33. Art. 20 del Reglamento de Cruces de Caminos con Vías del Ferrocarril, Decreto Supremo No. 414, Registro Oficial No. 336 de 11 de noviembre de 1936.

34. Art. 12 del Reglamento para el Funcionamiento de las Casas de Juegos de Azar, Decreto Supremo No. 500, Registro Oficial No. 32 de 6 de noviembre de 1935.

35. Art. 27 del Acuerdo Ministerial No. 212, Registro Oficial No. 47 de 15 de octubre de 1998.

36. Art. 5 de la Ley No. 2, Suplemento del Registro Oficial No. 22 de 9 de septiembre de 1992.

37. Acto por el cual el órgano superior puede ejercer una competencia atribuida al inferior. Definición y Art. 59 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo No. 1634, Suplemento del Registro Oficial No. 441 de 31 de marzo de 1994.

38. Decretos Ejecutivos Nos. 1572 y 2497, Registros Oficiales Nos. 402 y 629, de 18 de marzo de 1994 y de 8 de febrero de 1995, en su orden.