

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO
DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

“EL PAPEL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO EN LA
NUEVA ESTRUCTURA ESTATAL, ESTABLECIDA A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008”

LEÓNIDAS SALOMÓN CHILQUINGA CASTILLO

DIRECTOR: DR. JORGE CEVALLOS DILLON

QUITO, 18 DE AGOSTO DE 2014

AGRADECIMIENTO

No existen palabras para agradecer infinitamente a todos y cada una de las personas que me han apoyado y motivado en esta etapa tan importante de mi vida.

Sin embargo quiero agradecer a mis padres Luis y Mercedes, quienes incondicionalmente han estado a lo largo de toda mi vida siendo un verdadero ejemplo de rectitud, honestidad, trabajo y sobre todo amor. Así mismo a mis hermanos María Isabel, María de Lourdes y Luis David quienes me han cuidado desde el día en que nací y a los cuales respeto y admiro profundamente. A mi tía Elba, quien pacientemente estuvo a lo largo de mi niñez y juventud. Extiendo además este agradecimiento al resto de mi familia, ya que cada uno de ustedes ha estado guiándome para ser un hombre de bien.

Expreso también, mis más sinceros agradecimientos al Dr. Jorge Cevallos Dillon, maestro y amigo, por ser una valiosa guía académica, profesional y personal en mi etapa universitaria, el cual además, aceptó el reto de colaborarme en la elaboración de la presente disertación.

Agradezco infinitamente además a todos quienes forman parte de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, ya que gracias a sus enseñanzas tanto académicas como personales han hecho que el ser parte de esta institución sea un signo de respeto y admiración.

A mis amigos y amigas, con quienes pasamos tantos momentos juntos, apoyándonos en aquellos difíciles momentos, y de quienes me llevo el mejor de los recuerdos.

Finalmente a ti prima querida que desde el cielo nos miras y nos cuidas.

ABSTRACT

La presente investigación busca establecer el papel real de la Procuraduría General del Estado en consideración a las funciones otorgadas constitucionalmente, las conferidas en diferentes cuerpos normativos e interpretaciones de ellas a través de sentencias emitidas por la Corte Constitucional. Esto, con el propósito de vislumbrar la labor efectiva que realiza dicha institución dentro del aparato estatal establecido a partir de la actual Constitución.

El estudio realizado inicia en el primer capítulo con el análisis etimológico del concepto “Procurador”, se presenta una noción histórica desde la aparición de la institución, su evolución hasta llegar a determinar cómo está ubicada en la vigente Constitución. Por otro lado, también se ha considerado el modo de selección de la máxima autoridad de esta entidad bajo los preceptos establecidos en la Constitución de 1998 y durante la Asamblea Constituyente. Finalmente se desarrolla un profundo análisis de aquellas facultades otorgadas a la Procuraduría General del Estado en la actual Carta Fundamental, así como en otros cuerpos normativos.

En el segundo capítulo se aborda como tema principal la representación judicial del Estado. Para esto, se inicia examinando como se ejerce esta actividad estatal en nuestro país en relación a la descentralización y autonomía que ha sido dispuesta constitucionalmente. Se estableció las consecuencias jurídicas que produce el ejercicio de tal representación de aquellas instituciones carentes de personería jurídica dentro de los diferentes procesos judiciales instaurados en contra de los organismos del Estado.

El tercer capítulo inicia con el análisis de la facultad que tiene el Procurador General del Estado para absolver consultas sobre la inteligencia o aplicación de las normas. Ya que, de acuerdo a nuestra legislación, estas normas que desarrollan el contenido de lo que es, en esencia, la absolución de consultas, no alcanzan a vislumbrar, lo que en la actualidad constituye esta manifestación de la administración. Por esta razón fue necesario esclarecer inclusive la interpretación dada por la Corte Constitucional, la cual la cataloga como un acto normativo “creador de derecho” en razón del carácter vinculante con el que ha sido atribuida y las consecuencias jurídicas que ha traído consigo dicha interpretación.

En el capítulo cuarto se consideró como punto de inicio de estudio, el análisis correspondiente a las facultades de control otorgadas al Procurador General del Estado. Así, tomando en consideración los diferentes niveles y tipos de control que la doctrina ha establecido, las reformas legales que se han producido en relación a las atribuciones de control que gozaba el Procurador General del Estado y las políticas de gestión dispuestas por la propia Procuraduría, procedimos a verificar el verdadero alcance de las funciones de control conferidas a ella a fin de determinar si su labor se mantiene en el ejercicio del control propiamente dicho o se ha transformado en un mero observador pasivo del actuar de la administración pública. Me he apoyado en datos estadísticos elaborados por la propia Procuraduría General del Estado, que demuestran el verdadero nivel que tiene esta institución en relación a su facultad de control establecida constitucionalmente y como de cierta manera, la misma ha sido transferida a otros entes estatales.

En cuanto al capítulo quinto, se procedió a realizar un estudio comparado con la legislación de Argentina y Colombia sobre el papel de las instituciones semejantes a la Procuraduría General del Estado. Se concluye con la presentación de un cuadro comparativo, a fin de poder visualizar con mayor detenimiento las diferencias y semejanzas que tienen éstas.

En el último capítulo se determinan aquellas normas e instituciones nacionales que ostentan facultades paralelas a aquellas conferidas a la Procuraduría General del Estado. Así, se inicia con el análisis del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación a las facultades otorgadas a la Corte Nacional del Justicia. De igual forma, se analiza las normas contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y con la Ley Orgánica del Servicio Público, en cuanto a la unificación de competencias entre la Procuraduría General del Estado y el Ministerio de Relaciones Laborales, determinadas mediante la Resolución Nro. 055 de 27 de agosto del 2012, misma que fue emitida por la Procuraduría General del Estado.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
1. LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO	3
1.1 Origen histórico	3
1.2 Naturaleza de la Procuraduría General del Estado	8
1.3 Ubicación de la Procuraduría General del Estado, en el aparato estatal, según la Constitución del 2008	10
1.4 Modo de selección de la Máxima Autoridad de la Procuraduría General del Estado ...	11
1.4.1 Bajo los preceptos establecidos en la Constitución de 1998	11
1.4.2 Situación Jurídica del Procurador General del Estado durante la Asamblea Constituyente	11
1.4.3 Bajo los preceptos establecidos en la Constitución del 2008	15
1.4.4 Requisitos necesarios para poder ser designado como Procurador General del Estado	17
1.5 Facultades otorgadas a la Procuraduría General del Estado en la Constitución del 2008...	19
1.5.1 Sobre el Patrocinio del Estado y de sus instituciones.....	19
1.5.1.1 Sobre el Patrocinio en cuanto a la capacidad de defensa judicial que tiene del Estado y de sus instituciones	19
1.5.1.2 Sobre el Patrocinio en cuanto a la capacidad de supervisión que tiene del Estado y de sus Instituciones	20
1.5.1.3 Sobre el Patrocinio en cuanto a la capacidad de autorización que tiene del Estado y de sus Instituciones	20
1.5.1.4 Sobre el Patrocinio en cuanto al asesoramiento que brinda al Estado y a sus Instituciones	21
1.5.2 Sobre la Representación Judicial del Estado	22
1.5.3 Sobre la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley	22
1.5.4 Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público	23
1.5.5 Facultades otorgadas al Procurador General del Estado en otros cuerpos normativos	24
2. LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL DEL ESTADO EN EL ECUADOR	26
2.1 La Organización de la Actividad Estatal en el Ecuador	26
2.2 La Representación Judicial del Estado (Constitución, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y otros cuerpos normativos)	29
2.2.1 La Función Ejecutiva	31

2.2.2 La Función Legislativa	35
2.2.3 La Función Judicial.....	35
2.2.3.1 Órganos que Ejercen Jurisdicción.....	35
2.2.3.2 Órganos Administrativos	36
2.2.3.3 Órganos Autónomo.....	36
2.2.3.4 Órganos Auxiliares	36
2.2.4 La Función Electoral.....	38
2.2.5 La Función de Transparencia y Control Social	39
2.2.6 Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.....	40
2.2.6.1 De los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales.....	41
2.2.6.2 De los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales.....	41
2.2.6.3 De los Gobiernos Autónomos Descentralizados Metropolitanos	41
2.2.6.4 De los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales.....	42
2.2.6.5 De los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales	42
2.2.7 Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.....	44
2.2.8 Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos	46
2.2.9 ¿Ésta capacidad de Representación Judicial, otorgada a ciertos personeros de las entidades estatales que gozan de personalidad jurídica, es suficiente para comparecer a juicio sin la intervención del Procurador General del Estado?.....	47
2.2.9.1 Sobre el Ejercicio de Supervisión.....	50
3. LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO Y SU FACULTAD DE ABSOLVER CONSULTAS CON CARACTER VINCULANTE	53
3.1 Naturaleza de la Absolución de Consultas con carácter vinculante, por parte de la Procuraduría General del Estado	53
3.1.1 La Naturaleza de la Absolución de consultas del Procurador como una Potestad consultiva de la Administración (Crítica a la posición de la Corte Constitucional):.....	60
3.1.1.1 Categorización personal de la absolución de consulta del Procurador General del Estado.....	67
3.2 Tipos de Interpretación utilizados por la Procuraduría General del Estado	69
3.2.1 La Interpretación Correctora Extensiva.....	73
3.2.1.1 El argumento a simili.....	74

3.2.1.2 El argumento a fortiori.....	74
3.2.2 La Interpretación Correctora Restrictiva	76
3.2.3 Interpretación Sistemática Adecuada.....	79
3.3 Métodos de impugnación al dictamen del Procurador General del Estado.....	82
3.3.1 Métodos de Impugnación Directos	83
3.3.1.1 Método Directo de Impugnación Constitucional.....	83
3.3.1.2 Método directo de Impugnación en vía Ordinaria	85
3.3.2 Métodos de Impugnación por Falta de Aplicación del dictamen o Indirectos	85
3.3.2.1 La Acción por Incumplimiento.....	85
3.3.2.2 Recursos Administrativos	86
3.4 Procedimiento para realizar una Consulta a la Procuraduría General del Estado.	88
3.5 REFLEXION	92
4. LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO Y SUS FACULTADES DE CONTROL DE ACTOS Y CONTRATOS	94
4.1 Tipos de Control	94
4.1.1 Control por razones de oportunidad.....	94
4.1.2 Control realizado por la estructura estatal en base a sus facultades Constitucionales..	94
4.1.3 Control intraorgánico e interorgánico en las instituciones públicas	95
4.1.4 Control de oficio o a petición de parte.....	96
4.2 Facultad de control de actos y contratos del Estado.....	97
4.3 Las políticas de gestión dispuestas por la Procuraduría General del Estado en base a la Resolución Administrativa Nro. 008, para el ejercicio de la facultad de Control	100
5. LEGISLACIÓN COMPARADA	105
5.1 Caso Argentina	105
5.1.1 Estructura de la Procuración del Tesoro de la Nación.....	105
5.1.2 Sobre el Cuerpo de Abogados del Estado.....	106
5.1.2.1 Sobre la Representación Judicial del Estado	107
5.1.2.2 Sobre la instrucción de sumarios administrativos.....	108
5.1.2.3 Sobre la facultad de asesoramiento.....	109
5.1.2.4 Sobre las facultades en la contratación pública	110
5.2 Caso Colombia	111
5.2.1 Estructura de la Procuraduría General de la Nación.....	111

5.2.2 Sobre el Procurador General de la Nación.....	112
5.2.3 Sobre las Facultades del Procurador General de la Nación	112
5.2.3.1 Sobre la Representación Judicial	112
5.2.3.2 Sobre la instrucción de sumarios administrativos.....	115
5.2.3.3 Sobre la facultad de asesoramiento.....	116
5.2.3.4 Sobre las facultades en la contratación pública	116
5.3 Cuadro comparativo	117
6. NORMAS E INSTITUCIONES QUE ESTABLECEN FACULTADES PARALELAS A LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Y OTRAS DE DISTINTA APLICACIÓN	121
6.1 Análisis del Código Orgánico de la Función Judicial en relación a las facultades de la Procuraduría General del Estado.	121
6.1.1 Legitimación pasiva para solicitar la absolución de consulta a la Corte Nacional de Justicia	123
6.1.2 Temas sobre los cuales puede absolver consultas la Corte Nacional de Justicia	124
6.2 Análisis de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en relación a las facultades de la Procuraduría General del Estado	125
6.3 Análisis del Código Tributario en relación a las facultades de la Procuraduría General del Estado.....	126
6.4 Análisis de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en relación a las facultades de la Procuraduría General del Estado	127
6.5 Análisis de Ley Orgánica del Servicio Público en relación a las facultades de la Procuraduría General del Estado	127
7. CONCLUSIONES.....	130
8. PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES	140
9. BIBLIOGRAFÍA.....	142
10. ANEXOS	148

INTRODUCCIÓN

El posicionamiento de la Constitución del 2008, dentro del Estado ecuatoriano, no sólo que trajo consigo el reto de la transformación de la concepción tradicional del llamado “Estado de Derecho” por el denominado “Estado de Derechos y Justicia”, cuya finalidad principal es la aplicación directa de la norma constitucional a fin de garantizar los derechos establecidos en ésta. Sino que además, estableció una nueva concepción de la estructura orgánica del funcionamiento del aparato del Estado, el cual, a partir de su vigencia, ha sufrido una importante transformación tanto en su concepción como en su contenido.

Precisamente, este proceso de cambio en la estructura institucional implementado en la Constitución 2008, principalmente en cuanto a los organismos de control se refiere, ha traído consigo cambios importantes en particular en la naturaleza de la Procuraduría General del Estado, los mismos que han convertido a esta entidad estatal en un organismo de asesoría más que una entidad de control.

Por otro lado, si bien la Constitución de la República del 2008 determinó taxativamente en el artículo 237 las atribuciones del Procurador General del Estado, sin menoscabar las atribuciones que le fueron determinadas mediante ley, no podemos dejar de considerar que, como consecuencia de tales cambios orgánicos determinados en el nuevo orden constitucional, así como de los cambios existentes a nivel de normas de carácter legal, e incluso por sentencias emitidas por la Corte Constitucional, tales atribuciones han sido afectadas, en este sentido tenemos:

En cuanto a la atribución de *representación judicial del Estado* determinada en el artículo 237 de la Constitución de la República, podemos señalar que, el Procurador, teóricamente, ya no estaría ejerciendo a plenitud su atribución como representante judicial del Estado, en razón de que otros cuerpos normativos ,tanto a nivel de ley, de reglamento, e incluso de un decreto Ejecutivo, han contemplado las mismas atribuciones de representación a los distintos personeros de las diferentes instituciones estatales, entregándoles a las máximas autoridades de cada entidad, dicha potestad de representación judicial. Situación que si bien está prevista en el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, han provocado que

el papel del Procurador pareciera convertirse en una mera supervisión de la actividad judicial de las diferentes entidades estatales.

En cuanto a su atribución en *el asesoramiento legal y la absolución de consultas* a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante determinada en el artículo 237 de la Constitución de la República, presento un estudio pormenorizado de la condición que le ha dado la Corte Constitucional al dictamen vinculante del Procurador General del Estado, ya que el máximo organismo de interpretación constitucional mediante sentencia Nro. 002-09-SAN-CC ha manifestado la clara posición de que el dictamen del Procurador crea derecho objetivo y que el mismo, como tal, ingresa al ordenamiento jurídico, condición que iría mucho más allá de aquella facultad de inteligenciar normas que le confirió la carta suprema al Procurador, siendo que su papel cambiaría totalmente de ser un organismo con potestades consultivas a ser un organismo con potestades normativas. En este sentido, analizaremos la interpretación de la Corte, y las inminentes consecuencias jurídicas.

En cuanto a *controlar con sujeción a la ley los actos y contratos* que suscriben los organismos y entidades del sector público establecido en el referido artículo 237 de la Constitución, cabe entrar a analizar las disposiciones derogatorias que trajo consigo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y sus implicaciones en cuanto a la afectación al pleno ejercicio de esta facultad de control de actos y contratos otorgada al Procurador General del Estado, mismas que han traído un cambio significativo en el verdadero papel que realiza la Procuraduría General del Estado, transformándola, por llamarlo a *grosso modo*, en una entidad, que ha mucho decir, se encargará de la asesoría y vigilancia de la actuación administrativa del Estado, más no del ejercicio de control en sí mismo.

Precisamente, ante todos estos cambios que nacen con la Constitución del 2008, y que se desarrollan en los diferentes cuerpos normativos así como de los correspondientes dictámenes, sentencias y jurisprudencias, han creado una nueva concepción no tradicionalista de la Procuraduría General del Estado, la misma que presentamos a consideración del lector para demostrar el verdadero papel que en la actualidad tiene la Procuraduría General del Estado.

1. LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

1.1 Origen histórico

Como la gran mayoría de las instituciones del derecho que siguen vigentes en la actualidad, el origen de la figura legal del Procurador se halla en el Derecho Romano¹. Tal y como lo describe Núñez Sánchez, esta figura nace en la antigua Roma con el oficio de *Cognitor*², para luego dar paso al oficio del *Procurator*³. Sin embargo, la primera figura legalmente instaurada, la estableció Justiniano, quien fijó aquella institución llamada “*Procurador ómnium bonorum*” quien tenía facultades generales tanto para la administración de patrimonios ajenos como para la representación en el proceso, es decir unificando las laborales que realizaban tanto el *Cognitor* como el *Procurator*.

Según Núñez Sánchez, luego de la caída del imperio Romano, y tras la etapa visigoda, la representación procesal estuvo encomendada al *Prosecutor o también llamado Mandatarius*, quien se diferenciaba de las instituciones creadas en Roma, en razón de que el llamado *Prosecutor* obtenía una remuneración por su trabajo y podía participar indistintamente en causas civiles o penales. Así mismo, tal y como se lo contemplaba en el Derecho Romano, el uso de un representante procesal era voluntario para todos los ciudadanos, sin embargo, el Rey, los Príncipes, los Obispos o algunos otros altos dignatarios, estaban obligados a presentarse en el proceso por medio de un representante procesal, es decir por un *Prosecutor*, a fin de evitar que su participación personal pueda influir o alterar en la correcta administración de justicia. Como se puede observar esta institución poco a poco fue evolucionando, plasmándose la misma, en la monarquía de Alfonso X, en las llamadas Siete Partidas, en donde se estableció en el Título V de la Partida Tercera, lo siguiente:

Ley I. Qué cosa es personero e qué quiere decir. Personero es aquél que recauda o hace algunos pleitos o cosas ajenas por mandado del dueño de ellas. E ha nombre personero porque parece, o está en juicio o fuera de él, en lugar de la persona de otro.

¹Jorge Núñez Sánchez. *Historia de la Procuraduría General del Estado*. Quito: Trama Ediciones, 2008, p. 9.

²En la antigua Roma, el *Cognitor* tenía como única función legal la de ser representante del dominus en el proceso, vid. Id., pp. 9-10.

³El *Procurator*, tenía otras funciones más amplias que la del *Cognitor*, que incluían su actuación fuera del proceso. Para expresarlo sintéticamente, era una especie de administrador general o particular de patrimonios de otras personas, vid Id., p. 10.

Se señala además, las personas que pueden ejercer dicha figura:

Ley II. Quien puede hacer personero. Todo hombre que fuere mayor de veinte y cinco años, e (sic) que no estuviere en poder de otro, así como de su padre o de su guardador, e fuere libre, e (sic) en su memoria, puede hacer personero, sobre el pleito que le pertenezca.

Y también se determina en qué casos un personero puede intervenir, señalando que:

Ley XII. En cuáles pleitos pueden ser dados personeros, e en cuáles non.- Pleitos hay en que pueden ser dados personeros, e otros en que no. De donde decimos, que en toda demanda que haga uno contra otro, ya sea sobre cosa mueble raíz, que puede allí ser dado personero para demandarla en juicio. Más pleito sobre que pueda venir sentencia de muerte, o pérdida de miembro, o desterramiento de tierra para siempre, ya sea movido por acusación, o en manera de riepto, no debe ser dado personero [...].⁴

Siendo entonces que el personero, tal y como se lo concebía en las Siete Partidas, únicamente podía ejercer la representación de otro, en aquellos casos particulares a problemas territoriales, más no en aquellos otros casos que eran de interés general como son las causas penales. De esta manera la figura de personero fue tomando forma, a través de la evolución histórica como aquel que representa a otro en un juicio. Por otro lado y dando un pequeño gran salto en la historia del derecho, esta figura en relación a la época de la Hispanoamérica colonial, apareció en las primeras formas de gobierno y administración territorial, refiriéndose específicamente a los cabildos adquiriendo más bien una relevancia pública.⁵

Estos cabildos los cuales entre sus funciones se encontraban la defensa de la ciudad, la administración de Justicia en primera instancia, el cuidado de la salubridad⁶ y otras tantas, estaban integrados comúnmente por dos alcaldes y por seis regidores o concejales, núcleo administrativo que se complementaba con un cuerpo de funcionarios, de entre los cuales se encontraba al Procurador, quien era un importante funcionario elegido por los regidores y que actuaba como representante legal del Cabildo, éste se encargaba de intervenir en trámites y peticiones hacia la corona, tanto como de participar en casos de venta, compra, repartición de tierras de la administración territorial a la que pertenecía.⁷

⁴ Siete Partidas. Título V de la Partida Tercera. emitidas durante el reinado de Alfonso X (1252-1284).

⁵ Cfr. Jorge Núñez Sánchez, *Historia de la Procuraduría General del Estado*. Óp. cit., p. 11.

⁶ Cfr. Jorge Núñez Sánchez, *Historia de la Procuraduría General del Estado*. Óp. cit., p. 12.

⁷ Cfr. Jorge A. Garcés G. *Libro de Cabildos de la ciudad de Quito*. Quito: Talleres Tipográficos Municipales 1597-1603, Volumen 1, 1937, p. 183.

Así, se fue estableciendo una nueva perspectiva de lo que constituía el ejercicio de representación de los primeros “procuradores”. Ya que, al otorgárseles la representación de una circunscripción territorial completa, se amplió plenamente el ejercicio de su actuación del campo privado e individual a una representación pública y de interés general.

Ahora bien, los antecedentes que dieron como origen al Procurador en el Ecuador, tal y como hoy lo conocemos, da lugar en la gestión presidencial del doctor Isidro Ayora, en el año de 1928, en donde por primera vez apareció el cargo de “Procurador General de la Nación”, dando lugar incluso a una naciente pero frágil Procuraduría General del Estado, cargo que fue creado mediante Decreto Supremo Nro. 188 (*ver documento en anexo 1*), de la siguiente manera:

Art.1°. Créase el cargo de Procurador General de la Nación, que será desempeñada en la Capital de la República, por un abogado que reúna los requisitos exigidos para ser Ministro de la Corte Suprema, sin perjuicio de que pueda trasladarse a cualquier lugar, cuando el caso lo requiera. No tendrá el libre ejercicio de la profesión, ni podrá aceptar otro destino público.

Art.2°. Toda persona demandada contra la Nación o Fisco se citará en la forma legal al Procurador de la Nación, quien podrá contestarla directamente o dar instrucciones para la defensa al respectivo Ministro o Agente Fiscal del lugar en donde se hubiese propuesto la demanda.

Art.3°. Son atribuciones y deberes del Procurador General de la Nación:

- a) Comparecer en cualquiera instancia y ante cualquier Juez o Tribunal, por iniciativa propia o resolución del Poder Ejecutivo, en los juicios que interesan a la Hacienda Pública, con lo cual terminará en éstos la personería de los Ministros o Agentes Fiscales; hecho que se pondrá en conocimiento del Ministerio de Hacienda.
- b) Reclamar Judicialmente de terceros los bienes y demás intereses fiscales, cuando fuere del caso, examinando previamente los antecedentes, así como los títulos de la Nación o el Fisco, e incitar, por medio de los Gobernadores de provincia o directamente, a los Ministros o Agentes Fiscales para que deduzcan las acciones a que hubiere lugar, si no las dedujere el Procurador.
- c) Informarse del curso y estado de los juicios en que, a nombre de la Nación o el Fisco, intervengan los Ministros o Agentes Fiscales; formar un cuadro general de estos juicios y pasarlo trimestralmente a los Ministros de Justicia y de Hacienda.
- d) Vigilar, en la parte relacionada con los intereses de la Hacienda Pública, el desempeño de los Ministros o Agentes Fiscales, incitarles al cumplimiento de sus deberes, haciéndoles las observancias y suministrándoles los datos que el Procurador creyere oportunos para la mejor defensa de los intereses de la Nación o el Fisco.
- e) Hacer los estudios jurídicos necesarios, presentar los informes respectivos y redactar o aprobar la redacción de los proyectos o minutas de los contratos que, a nombre de la Nación o el Fisco, mandaren a Celebrar el Congreso o el Poder Ejecutivo. Exceptuándose los contratos que se hagan por medio de la Dirección de Suministros, a menos que, por la importancia de la materia, el Ministro de Hacienda dispusiere en algún caso que intervenga el Procurador.

- f) Presentar informes relativos a los asuntos en que tengan interés la Nación o el Fisco, cuando los solicitaren el Congreso o cualquiera de los Ministros Secretarios de Estado.
- g) Informarse del estado de los bienes y del curso de los contratos y obras nacionales, y dar parte de lo que observare a quien corresponda, para que se dicten las medidas concernientes al interés público.
- h) Concurrir al Consejo de Estado para dar los informes que se le pidieren.
- i) Dar el dictamen que cualquiera de los Ministros de Estado solicitare sobre la inteligencia o aplicación de una ley en cualquier asunto relacionado con el interés público.
- j) Informar anualmente al Congreso acerca de sus gestiones, indicando lo que estimare conveniente para la mejor defensa de los intereses que le están encomendados.
- k) Ejercer las funciones que por Ley le corresponden al Defensor del Fisco, cargo que queda suprimido.

Art.4°. En todo lo concerniente al ejercicio de sus funciones, el Procurador de la Nación Solicitará por escrito o a la voz, a las oficinas públicas, los datos que necesitare acerca de los juicios, contratos, bienes o rentas; y, si no le fuesen suministrados, acudirá al Ministerio respectivo.

Art.5°. Respecto de los personeros de asistencia pública, tendrá el Procurador General de la Nación las mismas atribuciones y deberes que, por esta Ley, le corresponden con relación a los Ministros y Agentes Fiscales.

Art. 6°. El Procurador de la Nación será de libre nombramiento y remoción del Poder Ejecutivo y tendrá para el desempeño de su cargo, un Secretario Abogado, que no podrá ejercer la profesión, y los demás empleados que se fijaren en el Presupuesto; empleados que nombrará y removerá el Procurador, con aprobación del Presidente de la República. Podrá también emplear los Agentes Judiciales que fueren necesarios.

Art. 7°. Los señores Ministros de lo Interior y Justicia y de Hacienda quedan encargados de la ejecución del presente Decreto.⁸

Como un paréntesis histórico, debemos contextualizar además que esta figura también tuvo un surgimiento en el ocaso de la República de Colombia o más conocida como Gran Colombia, es decir en el año de 1830, en donde mediante la ley del 11 de mayo de 1830⁹, se crea el Ministerio Público, institución que en un comienzo fue ejercida a través del Procurador General de la Nación, el cual tenía atribuciones para defender a la Nación ante los Tribunales y Juzgados, velar por la observancia de las leyes, además de promover ante cualquier autoridad, sean estas civiles, militares o eclesiásticas, los intereses nacionales.¹⁰

Tornándonos de vuelta a la realidad ecuatoriana, la Asamblea Nacional de 1938, mediante el Decreto dictado con fecha 2 de marzo de 1939, dispuso que: “Art. 1.- Se ha establecido la Procuraduría General de la Nación, cuyas funciones y atribuciones se determinan en las leyes

⁸Decreto Supremo Nro. 188. Registro Oficial Nro. 706 de 02 de agosto de 1928.

⁹ N.B. Norma emitida en desarrollo de la Carta Fundamental de la República de Colombia de 29 de abril de 1830. (ahora conocida como la Gran Colombia).

¹⁰ Cfr. Jorge Núñez Sánchez. *Historia de la Procuraduría General del Estado*. Óp. cit., p. 17.

especiales, ratifica la existencia de este órgano del Estado”. Otorgando de esta manera, vida jurídica institucional a la Procuraduría General de la Nación dentro del aparato estatal del país. Con posterioridad, el Dr. José María Velasco Ibarra, mediante Decreto Supremo Nro. 547, promulgado en el Registro Oficial Nro. 52 de 2 de Agosto de 1944 (*ver documento en anexo 2*), confiere autonomía a la Procuraduría de la Nación¹¹, sin embargo a dicha institución se la adscribe a la Presidencia de la República, lo que conlleva a restringir en cierta parte la autonomía otorgada. Debemos mencionar también que dicho Decreto añadió la atribución de emitir informes sobre los contratos cuya cuantía sea mayor a los cien mil sucres y también de aquellos contratos que a juicio del Congreso o Ministerio del ramo sean importantes para el Estado, atribución que de una u otra manera perduró hasta el año 2008 como veremos con posterioridad.

Y es hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1945, que la llamada Procuraduría General de la Nación, adquirió el carácter de organismo Constitucional¹², ya que con anterioridad a esta fecha, como se pudo observar, únicamente fue regulada mediante Decretos Supremos. Casi concluyendo esta reseña histórica debemos señalar que, si bien la Constitución de 1979 no produjo grandes cambios para ésta institución, las reformas constituyentes de 1998 trajeron como novedad la instauración de dicha entidad como un organismos jurídico de Control, agrupándola precisamente con las entidades de Control del Estado.

Y por último, tras la elaboración del Proyecto de Constitución por parte de los Asambleístas Constituyentes mismo que fue aprobado mediante referéndum y puesto en vigencia con la publicación en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, se estableció constitucionalmente a la Procuraduría General del Estado en el artículo 235, como *un organismo técnico jurídico*, que tiene como fundamento vigilar el desenvolvimiento jurídico dentro de las actividades del Estado, así como la defensa de su patrimonio y de sus intereses.

¹¹ Cfr. Procuraduría General del Estado. *Síntesis Histórica de la Procuraduría General del Estado*. En: <http://www.pge.gob.ec/es/procuraduria/resena-historica.html>, (acceso 01-02-2013, 18h29).

¹² Cfr. Jorge Núñez Sánchez. *Historia de la Procuraduría General del Estado*. Óp. cit., pp.18.

1.2 Naturaleza de la Procuraduría General del Estado

Nuestro actual ordenamiento jurídico concibe constitucionalmente a la Procuraduría General del Estado de la siguiente manera:

Art. 235.- La Procuraduría General del Estado es un organismo público, técnico jurídico, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado por la Procuradora o Procurador General del Estado, designado para un período de cuatro años.¹³

Para poder entender su alcance, iremos disgregando el contenido del mencionado artículo con el fin de determinar lo que representa la Procuraduría General del Estado en el Ecuador:

En primer lugar se determina que es un *organismo público*: entendiéndose a este como un ente social con estructura jurídica y competencia determinada, al cual se le confía la ejecución de una actividad estatal.¹⁴

Luego se señala que se constituye como un organismo *técnico Jurídico*: lo que significa que esta institución, se convierte en un ente colaborador del Estado, en cuanto al análisis técnico responsable del ordenamiento jurídico estatal, claro con limitación de las normas constitucionales facultad otorgada a la Corte Constitucional¹⁵, respondiendo a una necesidad derivada de lograr la correcta utilización de las normas que rigen a las entidades del sector público.

En cuanto a la *autonomía administrativa*, ésta debe ser entendida como la no dependencia a ningún organismo del Estado, ya que si esta dependiera de algún otro órgano estatal, podría existir conflicto de intereses desnaturalizando el ejercicio de sus funciones como órgano técnico jurídico del Estado.

En cuanto a la autonomía presupuestaria y financiera debemos mencionar que la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado hace referencia al patrimonio y fondos propios, de esta institución, determinando que:

¹³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 235. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹⁴ Cfr. Miguel Acosta Romero. *Teoría General del Derecho Administrativo*. 4ª. Ed., México: Porrúa, 1981, p. 60.

¹⁵ N.B. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 429 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito

Art. 14.- [...] El Presupuesto de la Procuraduría General del Estado se financiará de la siguiente forma:

- a) Con los recursos económicos que le sean asignados en el Presupuesto General del Estado;
- b) Nota: Literal derogado por numeral 3. de Derogatorias de Ley No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008 .
- c) Con los ingresos propios que le asignen las leyes y los que obtenga por las donaciones, ayudas Internacionales y préstamos no reembolsables.¹⁶

Cabe señalar que aquellos ingresos directos que gozaba esta institución en razón del propio ejercicio de sus funciones (cobros por autorizaciones de contratos de instituciones públicas) fueron derogados con la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto lo analizaremos en el capítulo cuarto en razón de la eliminación de aquella atribución de emitir informes razonados y motivados sobre aquellos contratos que celebran las instituciones del Estado.

No obstante de todo lo anteriormente señalado, cabe mencionar que la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado concibe a la Procuraduría como *un organismo público de control*¹⁷, rezago de la armonía que tiene esta Ley publicada en 2004, con la Constitución de 1998. Situación que en la actualidad según nuestro mandato constitucional, no se debe concebir a la Procuraduría como un organismo de naturaleza de control, sino que de entre sus varias facultades se encuentra la de controlar los actos y contratos de las entidades del Estado, atribución que incluso ha sido vaciada como lo veremos así mismo en el capítulo cuarto de esta disertación.

Por lo dicho, en base a los nuevos preceptos establecidos, concebimos a la Procuraduría General del Estado, como un organismo técnico limitado a colaborar jurídicamente con las entidades del Estado en base a las facultades otorgadas, primordialmente en aras del

¹⁶ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 14. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril del 2004.

¹⁷N.B. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 1 de la LOPGE, la Procuraduría General del Estado es un organismo público de control, con personería jurídica, patrimonio y fondos propios, autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado legalmente por el Procurador General del Estado. Tendrá su sede en la Capital de la República y podrá establecer delegaciones distritales o provinciales, de acuerdo a sus necesidades administrativas.

cumplimiento del *principio de legalidad*¹⁸, que está llamado a su cumplimiento por toda autoridad pública.

1.3 Ubicación de la Procuraduría General del Estado, en el aparato Estatal, según la Constitución del 2008

Como un antecedente histórico debemos dar luz de como la Constitución de 1998 ubicaba orgánicamente a la Procuraduría General del Estado, estableciendo un Título entero para determinar a los organismos de control, siendo así que el Título Décimo¹⁹ agrupaba: la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, las Superintendencias; en un solo conjunto de organismos designados a la tarea de controlar las actividades tanto estatales como privadas en el marco de sus competencias.

En cambio la Constitución de la República del 2008²⁰, ubica a la Procuraduría General del Estado en la sección cuarta del Capítulo Séptimo, referente a la *Administración Pública*; sin embargo, dentro del Capítulo Quinto referente a la Función de Transparencia y Control Social, se agrupan a los actuales órganos de control, siendo así que se encuentran en este; el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Contraloría General del Estado, las Superintendencias y la Defensoría del Pueblo.

Como se puede evidenciar, el Legislador Constituyente, no agrupó como un organismo de naturaleza controladora, a la Procuraduría General del Estado como se lo realizó en la Constitución de 1998, ubicándola más bien, en aquella sección referente a la administración pública, hecho que acota a lo anteriormente señalado, en cuanto al cambio de naturaleza que ha sufrido este órgano del Estado, de ser un organismo puramente de control de la actuación de las entidades estatales, a ser un órgano colaborador técnico jurídico en la actividad del Estado.

¹⁸ N.B. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 226 de la Constitución de la República, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

¹⁹Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial Nro. 1 de 1 de agosto de 1998.

²⁰Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

1.4 Modo de selección de la Máxima Autoridad de la Procuraduría General del Estado

1.4.1 Bajo los preceptos establecidos en la Constitución de 1998

Anteriormente, bajo la organización estatal establecida en la Constitución de 1998, la cual se manejaba bajo los preceptos clásicos de división de poderes, es decir, aquella división en Ejecutivo, Legislativo, y Judicial, en la que cada poder abarcaba una esfera propia y sobre todo sin ninguna interferencia entre estos poderes²¹, se establece la designación del Procurador General del Estado, de la siguiente manera:

Art. 214.- La Procuraduría General del Estado es un organismo autónomo, dirigido y representado por el Procurador General del Estado, designado para un período de cuatro años por el Congreso Nacional, de una terna enviada por el Presidente de la República.²²

Como se puede observar la designación en sí, le correspondía al entonces Congreso Nacional, de una terna enviada por el Presidente de la República, designación que se la realiza precisamente a través de la Función Legislativa, con el fin de legitimar a través de los representantes del pueblo la designación del Procurador General del Estado. Sin embargo, hay que considerar que si el Congreso era el ente nominador a través de la terna enviada por el Presidente, existía la posibilidad de que se conformen acuerdos o compromisos políticos para conformar una mayoría que lo designe.

1.4.2 Situación Jurídica del Procurador General del Estado durante la Asamblea Constituyente

Ahora bien, antes de iniciar el análisis sobre ésta institución estatal dentro de la Constitución de la República del 2008, debemos estudiar la situación jurídico-política por la cual atravesó, hasta llegar al retorno inmediato a la juridicidad²³, es decir hasta el establecimiento de la Constitución vigente en la actualidad. En este sentido, debemos partir de la transformación político-estructural y renovadora constitucional que empezó a sufrir el país

²¹ Cfr. Mélanges Carré de Malberg, *El Espíritu de las Leyes y la Separación de Poderes*. París: Eisenmann, 1933, pp.83-84.

²² Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 214. Registro Oficial Nro. 1 de 1 de agosto de 1998.

²³ Rodrigo Borja. *Derecho Político y Constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica. 1991, p. 157

a partir de la convocatoria a Consulta Popular realizada por el Presidente, recién electo de ese entonces, economista Rafael Correa Delgado, a fin de convocar a una Asamblea Constituyente, producto de una completa inestabilidad política que mantuvo el Ecuador décadas anteriores, las cuales produjeron debilidad de las instituciones y desconfianza en los tradicionales partidos políticos, de esta manera es que mediante Decreto 002 de 15 de enero del 2007 (*ver documento en anexo 3*), se determinó:

Artículo 1.- Convocar a Consulta Popular para el día domingo 18 de marzo del 2007, para que el pueblo se pronuncie afirmativamente o negativamente sobre la siguiente pregunta:

¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?.²⁴

Dicha Consulta Popular fue aprobada por el pueblo ecuatoriano, en donde el 81.72% de los votantes correspondientes a 5,354,595 sufragios votaron por el sí²⁵, y a pesar, de que tal consulta fue sujeto de gran oposición²⁶, la Asamblea se consolidó ejerciendo sus plenos poderes a partir del Mandato Constituyente Nro. 01, desde el 29 de noviembre del 2007.

Como se puede observar, claramente en la manifestación de la voluntad del soberano, su decisión fue que mediante el Poder Constituyente se transforme el marco institucional y se elabore una nueva Constitución, es así que la Asamblea Constituyente auto-declara que sus decisiones están por encima de cualquier norma del ordenamiento positivo, como se lo dispuso en el segundo inciso del artículo 2 del Mandato Constituyente Nro 1, el cual señala:

Art. 2.- Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.²⁷

²⁴Decreto 002. Artículo 1. Suplemento del Registro Oficial No. 8, de 25 de enero del 2007.

²⁵Consejo Nacional Electoral, *Resultados Oficiales Consulta Popular 15 de Abril del 2007*. En <https://app.cne.gob.ec/Resultados2007/>, (acceso 05-02-2013, 14h24).

²⁶N.B. Tal es el caso de la acción de Inconstitucionalidad propuesta por el Presidente del Congreso Nacional, en contra de la Resolución No. PLE-TSE-2-1-3-2007, mediante la cual se procedió a convocar a Consulta Popular para la convocatoria de la Constituyente de Plenos Poderes.

²⁷Mandato Constituyente Nro. 1. Artículo 2. Suplemento del Registro Oficial Nro. 223 de 30 de noviembre del 2007.

De esta manera se empezó a reestructurar la vieja institucionalidad del Estado, así como la elaboración de la nueva Constitución, de este modo, en el caso en particular del Procurador, se emanó el llamado Mandato Constituyente Nro. 7 (*ver documento en anexo 4*), mediante el cual, a través del artículo único: “[se designa] provisionalmente al doctor Diego García Carrión, como Procurador General del Estado [disponiendo además que] dicha designación podrá ser revocada en cualquier tiempo sin que, en ningún caso, constituya derecho adquirido alguno”²⁸.

El antecedente de este Mandato Constituyente en particular, se encuentra en la renuncia presentada por el ex Procurador General del Estado Dr. Xavier Garaycoa Ortiz, de fecha 18 de abril de 2008, quien venía ejerciendo provisionalmente dicho cargo desde el 01 de marzo del 2007, nombrado por el Congreso Nacional de ese entonces, y que lo siguió ejerciendo con posterioridad a la instalación de la Asamblea Constituyente en razón de la designación provisional que hizo dicha Asamblea, a fin de que éste siga ejerciendo el cargo en mención²⁹.

Este es uno de los claros ejemplos, en los que se puede evidenciar como la Asamblea Constituyente no solo que se encontraba investida con las facultades para crear una nueva Constitución, sino que de igual forma se encargó de normar aquellas situaciones fácticas que acontecían en ese momento, algunas como la anteriormente señalada, las cuales eran emitidas con el fin de estructurar y organizar el aparato estatal, así como aquellas otras, encaminadas a regular problemas sociales determinados, como las regulaciones laborales constantes en el Mandato Nro. 8, referente a las tercerizaciones y contratos colectivos³⁰ o regulaciones tarifarias al consumo de energía eléctrica³¹ en el Mandato Nro. 15.

Doctrinariamente, tales manifestaciones referentes a la reestructuración de los aparatos estatales, en particular, son muy debatibles y precisamente en relación al tema a desarrollar, cabe hacerse la pregunta: *¿La Asamblea Constituyente, pudo haberse atribuido competencias*

²⁸Mandato Constituyente Nro. 7, Artículo Único. Suplemento del Registro Oficial Nro. 321 de 22 de abril del 2008.

²⁹N.B. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 8 del Mandato Constituyente Nro. 1, se declararon concluidos los períodos para los que fueron designados los siguientes funcionarios: Contralor General del Estado, Procurador General del Estado, sin embargo provisionalmente se designó a Xavier Garaycoa Ortiz como Procurador General del Estado.

³⁰ Mandato Constituyente Nro. 8, Suplemento del Registro Oficial Nro. 330 de 06 de mayo del 2008

³¹ Mandato Constituyente Nro. 15, Suplemento del Registro Oficial Nro. 393 de 31 de julio del 2008.

del poder constituido, es decir del Legislativo y Ejecutivo (determinadas en la Constitución de 1998), para poder designar al Procurador General del Estado?

Partiendo de la noción tangible, sobre la cual la llamada Asamblea Constituyente ejercía un poder constituyente originario³². Tomando el razonamiento de la resolución del Tribunal Constitucional, dentro del Proceso Nro. 0043-07-TC (*ver documento en anexo 5*), de 26 de febrero de 2008:

El titular del poder constituyente puede asumir no solo la función constituyente, sino todos y cada uno de los poderes delegados al Estado en la Constitución vigente, incluido por supuesto el poder legislativo. [...]Si el titular del poder constituyente puede generar un orden dado, es obvio que puede ejercer las funciones que constituye.³³

Entonces, resulta totalmente razonable afirmar que la Asamblea Constituyente pudo realizar designaciones (como en el caso específico del Procurador General del Estado), recesos (como lo hizo con los 57 diputados del entonces Congreso Nacional), o regulaciones como las anteriormente señaladas, ya que, si bien todas estas competencias estaban atribuidos a los poderes constituidos³⁴, los cuales en definitiva fueron extintos a partir de la disposición derogatoria³⁵ constante en la Constitución del 2008, el someterse a ellos, hubiera provocado una total contradicción a la manifestación de la voluntad del soberano, es decir someterse al propio poder constituido, conllevando de esta manera a irse en contra de su propio fin. Debemos considerar además que toda limitación tanto legal como constitucional no pueden limitar al poder constituyente originario ya que al ser precisamente, un poder extraordinario, su ejercicio

³² El poder constituyente originario no admite limitaciones positivas, es decir, que ninguna norma positiva puede condicionar el contenido que el constituyente originario de al nuevo texto constitucional, pues, dicho poder creador (que es el que crea la Constitución) no está sometido a su creación, vid. RESOLUCION N° 0008-07-TC, de 19 de Abril de 2007 emitida por el Tribunal Constitucional.

³³ Tribunal Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad Nro. 0043-07-TC*, de 26 de febrero de 2008. Suplemento del Registro Oficial Nro 286 de 03 de marzo del 2008.

³⁴ Aquellos que son reglados jurídicamente, vid. Tribunal Constitucional. RESOLUCION N° 0008-07-TC, p. 27.

³⁵N.B. “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.” Disposición Derogatoria, Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008

no se fundamentará en ningún precepto regulatorio anterior a este, sino que más bien que lo crea y lo instaure.

Es claro, que en la práctica sería imposible que la Asamblea Constituyente se hubiere encontrado limitada totalmente a la elaboración de una Constitución, ya que la organización para la elaboración de la misma, constituía la necesidad de que se emitan ciertos parámetros, en este caso mandatorios, para poder conseguir el fin último de ésta. Además que, en la manifestación del pueblo, se legitimó precisamente la actuación de la Asamblea Constituyente a fin de transformar el marco institucional del Estado.

1.4.3 Bajo los preceptos establecidos en la Constitución del 2008

A partir de la vigencia de la Constitución de la República del 2008, nacida desde Montecristi, se dio una nueva perspectiva a la clásica tridimensionalidad de la separación de poderes, dando origen a una nueva concepción, de la cual nacieron dos nuevos poderes a los ya establecidos anteriormente, que son: la Función de Transparencia y Control Social; y, la Función Electoral.

Dentro de la Función de Transparencia y Control Social, se encuentra El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quien tiene la atribución para designar al Procurador General del Estado, en este sentido la Constitución determina que:

Art. 208.- Serán deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, además de los previstos en la ley: [...] 10. Designar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las superintendencias de entre las ternas propuestas por la Presidenta o Presidente de la República, luego del proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente. 11. Designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, luego de agotar el proceso de selección correspondiente. 12. Designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, luego de agotar el proceso de selección correspondiente.³⁶

En este mismo sentido, el artículo 236 de la Constitución de la República determina que:

Art. 236.- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social nombrará a la Procuradora o Procurador General del Estado, *de una terna que enviará la Presidencia de la República*. La

³⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 208. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

terna se conformará con criterios de especialidad y méritos y estará sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana; quienes la conformen deberán reunir los mismos requisitos exigidos para ser miembros de la Corte Constitucional. (las cursivas me pertenece).³⁷

Como se puede observar, la norma constitucional señala que la designación realizada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, es únicamente en base a la terna propuesta por el Ejecutivo, la cual se sujetará al proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente. Esta situación debe ser analizada de manera independiente, en tal sentido, la discrecionalidad del Ejecutivo para proponer las ternas sobre las cuales se realizará tal designación, es un rezago de la estructura estatal naciente del Ecuador, ya que como se pudo observar en el ya citado Decreto Supremo Nro. 188, emitido por el Presidente Interino Dr. Isidro Ayora: “El Procurador de la Nación será de libre nombramiento y remoción del Poder Ejecutivo”³⁸, situación que era bastante entendible en ese tiempo, en razón de que el Procurador de esa época se constituía como un funcionario de la administración pública central el cual no contaba con la autonomía de la que hoy goza privilegiadamente al igual que otras autoridades. En este sentido, su forma de designación fue un tema de discusión dentro del Acta Nro. 22 de la Asamblea Constituyente (*ver documento en anexo 6*), en donde la Asambleísta Constituyente Catalina Ayala³⁹ manifestó:

¿Por qué ponemos bajo el control del Ejecutivo a la Procuraduría General del Estado? [...] La Procuraduría General del Estado, tiene que emitir informes que pueden inclusive afectar a los ministerios o a los ministros, al ponerlo debajo de la Función Ejecutiva le estamos quitando independencia. Quizá deberíamos dejar al Contralor y al Procurador General del Estado como independientes, no debajo de ninguna función ni Ejecutiva ni Legislativa ni judicial [...]”⁴⁰.

Precisamente, si ésta institución ejerce, de manera general el control de legalidad tanto de actos como de contratos que suscriban los organismos y entidades de todo el sector público, incluyendo al Ejecutivo –*entendida ésta como Administración Central e Institucional*- y que; constitucionalmente se ha establecido su autonomía, es decir la independencia con la cual ejercerá sus funciones, resulta totalmente inconveniente entonces que tal funcionario nazca del

³⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 236. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

³⁸ Supra, pag. 5

³⁹ N.B. Abogada Catalina Ayala, Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador: Julio del 2001, por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador.

⁴⁰ Acta Nro. 22 de la Asamblea Constituyente de 27 de febrero de 2008, página 70, intervención de la Asambleísta Ayala Catalina.

seno del Ejecutivo. Como se lo ha determinado en la Constitución de la República del 2008, dicha designación se la pudo haber determinado al igual que los procedimientos de designación establecido para otras autoridades de control, tal y como se lo hizo en los casos del Contralor General del Estado y del Defensor del Pueblo, los cuales, si bien son designados por el Consejo de Participación Ciudadana, estos no son elegidos de entre los candidatos elegidos por el Ejecutivo (ternas), sino que, para sus designaciones se realizarán los correspondientes concursos públicos de mérito y oposición, de entre todos y todas los ciudadanos ecuatorianos de conformidad con el artículo 69 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

1.4.4 Requisitos necesarios para poder ser designado como Procurador General del Estado

Para ser designado como Procurador General del Estado, se deben cumplir ciertos requisitos, los cuales han ido cambiando a través del tiempo, en este sentido podemos observar como la Constitución de 1998, señala que para poder ejercer este cargo se deberá reunir los requisitos exigidos para ser Ministro de la Corte Suprema de Justicia, los cuales eran:

Art. 201.- Para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se requerirá:

1. Ser ecuatoriano por nacimiento.
2. Hallarse en goce de los derechos políticos.
3. Ser mayor de cuarenta y cinco años.
4. Tener título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas.
5. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas, por un lapso mínimo de quince años.
6. Los demás requisitos de idoneidad que fije la ley.⁴¹

Actualmente los requisitos para poder ejercer este cargo, han variado en cierta medida, ya que se requiere cumplir con los requisitos establecidos para ser designado como miembro de la Corte Constitucional, tal y como lo preceptúa el artículo 236 de la Constitución de la República de 2008, requisitos que consisten en:

Art. 433.- Para ser designado miembro de la Corte Constitucional se requerirá:

1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos.
2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país.
3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años.

⁴¹ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 201. Registro Oficial Nro. 1 de 1 de agosto de 1998.

4. Demostrar probidad y ética.

5. No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político. La ley determinará el procedimiento para acreditar estos requisitos.⁴²

Como se puede observar el primer requisito, es decir el de *ser ecuatoriano*, ha tenido una variación que se denota en la amplitud que tienen este concepto, ya que anteriormente, con la Constitución de 1998, se determinaba que se debía ser *ecuatoriano por nacimiento*, requisito que abarca únicamente a los ecuatorianos, nacidos en suelo ecuatoriano (IUS SOLI) o los nacidos en el extranjero de padres ecuatorianos (IUS SANGUINIS). Sin embargo nuestra actual constitución extiende las posibilidades de cumplir dicho requisito, ya que al determinar únicamente el “ser ecuatoriano” amplía la capacidad a aquellos que obtengan la nacionalidad ecuatoriana por medio de la naturalización, es así, que el inciso final del artículo 6 de la Constitución de la República vigente señala que:

Art. 6.- [...]Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.

*La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad. (las cursivas me pertenecen)*⁴³

Es decir que en la actualidad, este cargo así como otros, establecidos en la Constitución, podrían ser desempeñados por extranjeros naturalizados en el país.

Así mismo, en comparación a la anterior Constitución, los requisitos han sido reducidos, como aquel sobre la edad, el cual determinaba: *ser mayor de cuarenta y cinco años de edad* y que en la actualidad ha sido eliminado, los requisitos académicos de ser *doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas* a tener título de tercer nivel en Derecho, los años de ejercicio profesional de *quince* a diez años; y, por último se agregó aquel de no pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.

En definitiva, los requisitos que deben cumplir aquellas personas que desean postularse para ejercer este alto cargo del Estado, han sido disminuidos a partir de la vigencia de la Constitución de la República del 2008, lo cual conllevaría a determinar que las propuestas (ternas) del Ejecutivo puedan ser conformadas más fácilmente, sin embargo se debe considerar

⁴² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 433. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

⁴³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 6. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008

que la falta de experiencia podría jugar un papel en contrario al momento del ejercicio del mencionado cargo público.

1.5 Facultades otorgadas a la Procuraduría General del Estado en la Constitución del 2008

Constitucionalmente, se ha encargado a esta Institución estatal cuatro funciones principales, inherente a su naturaleza, que son:

Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

1. La representación judicial del Estado.
2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.
3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.
4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.⁴⁴

1.5.1 Sobre el Patrocinio del Estado y de sus instituciones

En cuanto a esta atribución podemos señalar que el patrocinio con el que ha sido atribuido constitucionalmente se ve desarrollado en cuerpos normativos inferiores, incluso ampliando su papel, ya que no solo se encargara de la intervención judicial en sí misma dentro de los procesos judiciales de las diferentes instituciones estatales, sino que además se le ha atribuido con potestades de supervisión, asesoramiento y autorización tanto en los mismos procesos judiciales como en aquellos procedimientos alternativos de solución de conflictos e incluso aquellos procedimientos administrativos en los que el Estado o sus instituciones se encuentren inmersos. De esta forma tenemos que:

1.5.1.1 Sobre el Patrocinio en cuanto a la capacidad de defensa judicial del Estado y de sus instituciones

En relación a los juicios, la Procuraduría General del Estado realiza una intervención directa externa e interna, y la misma debe ser dividida en dos:

⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 237. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

i) *La defensa judicial del Estado como un ente Unitario (Patrocinio Externo):* Es aquella que se la ejerce a nombre del Estado ecuatoriano dentro de los procesos judiciales que corresponda aquella jurisdicción extranjera, facultad conferida en el literal d) del artículo 5) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

ii) *La defensa judicial del Estado en relación a sus instituciones (Patrocinio Interno):* El artículo 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, prevé un mecanismo para determinar los casos en que la Procuraduría General del Estado puede comparecer a juicio como parte procesal, de este modo, se ha establecido que la representación obligatoria como tal, únicamente la ejercerá en aquellas instituciones que carezcan de Personería Jurídica.

1.5.1.2 Sobre el Patrocinio en cuanto a la capacidad de supervisión que tiene del Estado y de sus Instituciones

En relación a la supervisión, es claro que el Procurador realiza una vigilancia respecto del ámbito procesal en el que ésta inmiscuida la actividad estatal, así como de otros procedimientos de interés del Estado, así:

i) *En cuanto a los procesos Judiciales:* Ejerce la facultad de supervisión, en relación a aquellas instituciones del Estado que tenga personería jurídica, tal y como lo dispone el numeral c) del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

1.5.1.3 Sobre el Patrocinio en cuanto a la capacidad de autorización que tiene del Estado y de sus Instituciones

i) *En cuanto a los procedimientos arbitrales:* Precisamente, al gozar las instituciones del Estado, de la suficiente capacidad para transigir, se debe considerar que al momento de que dichas entidades públicas, requieran someterse en primer lugar, al arbitraje internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación, deberán contar con la respectiva autorización del Procurador General del Estado. Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 *Ibídem*, las instituciones del Estado que quisiesen someterse al arbitraje en el Ecuador –*sin haberse pactado un convenio arbitral con anterioridad*- deberán realizar la respectiva consulta

al Procurador General del Estado a fin de que éste emita su dictamen favorable en relación a la conveniencia de la utilización de este método alternativo a la solución de conflictos de acuerdo al caso en cuestión. De igual forma, en la contratación pública, únicamente procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado conformidad con lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución de la República.

ii) Autorización en cuanto a los procesos judiciales en casos de desistimiento o transacción por parte de las Instituciones Públicas: Tal y como lo dispone el artículo 12 de la LOPG, en aquellos juicios en que las instituciones estatales lleguen a un acuerdo dentro del juicio o desistan del mismo por intereses institucionales, deberán solicitar la autorización al Procurador General del Estado cuando la cuantía de los juicios sea indeterminada o mayor a los USD \$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estado Unidos). Únicamente el informe favorable de este, permitirá que las instituciones públicas puedan desistir o transar respectivamente.

1.5.1.4 Sobre el Patrocinio en cuanto al asesoramiento que brinda al Estado y a sus Instituciones

Esta labor es prestada por la Procuraduría General del Estado a fin de que las diferentes entidades públicas encuentren una guía jurídica que colaboren en la demanda o defensa de los intereses estatales tanto en procesos y acciones judiciales, en los procedimientos alternativos de solución de conflictos, así como también de los procesos administrativos. Precisamente, ejemplificando lo anteriormente señalado, podemos observar la colaboración que presta en aquellos procedimientos administrativos referentes a indemnizaciones por daños y perjuicios de los causados por autoridades o personal de las entidades públicas o de aquellos que prestan servicios públicos, de ésta manera el artículo 209 del ERJAFE, señala que tales reclamaciones serán puestos en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal⁴⁵.

⁴⁵NB. Art. 209.- De la responsabilidad patrimonial.- Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, los particulares exigirán directamente a las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios de los que provinieren el

1.5.2 Sobre la Representación Judicial del Estado

La representación judicial del Estado, es aquella facultad Constitucional determinada al Procurador, con la finalidad de que este funcionario o sus delegados actúen ya sea como actor o demandado dentro de un juicio en representación de las instituciones del Estado. Sin embargo la llamada *representación judicial del Estado*, ha encontrado un limitante, ya que en base a lo dispuesto en el literal b) del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, únicamente se encuentra obligada de representar a aquellas entidades públicas carentes de personería jurídica. Precisamente, en el segundo capítulo de esta disertación, analizaremos aquellas entidades a las cuales la Procuraduría General del Estado tiene la obligación de representar, y aquellas entidades que por mandato legal deben ejercer su propia defensa, y de esta forma verificar el efectivo cumplimiento de su atribución a fin de vislumbrar su verdadera labor dentro del Estado.

1.5.3 Sobre la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley

El fundamento principal de esta facultad, se encuentra en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República. Debemos señalar que los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado, para absolver aquellas consultas jurídicas planteadas por los diferentes organismos estatales son de carácter vinculante, es decir de aplicación obligatoria para dichos organismos. Precisamente este carácter vinculante, ha sido tema de gran discusión, sin embargo, en la actualidad la Corte Constitucional se ha pronunciado referente a este tema en particular, mediante algunas sentencias constitucionales que veremos en el capítulo tercero, Pero que en síntesis, la posición de la Corte ha sido catalogarla como un acto normativo, creador de derecho objetivo. Lo que daría como resultado un cambio completo en la labor del Procurador General del Estado, siendo que el mismo, aunque resulte un tanto incongruente, se

presunto perjuicio, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal. Están legitimados para interponer esta petición, los particulares a quienes las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios les hubieren irrogado perjuicios. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo Nro. 2428, publicado en el Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo del 2002.

constituya incluso como legislador o más bien dicho como un organismo con potestades normativas. Por esta razón, resulta indispensable y necesario determinar la verdadera naturaleza de la absolución de consultas por parte de la PGE, sus alcances y limitaciones, incluso las correspondientes vías de impugnación que pueden ser accionadas por parte de los administrados. Es por eso que a este tema en particular, le hemos dedicado un capítulo entero para su análisis, ya que tales pronunciamientos al momento de su aplicación, en consideración de su concepción normativa pudieran afectar incluso a las atribuciones de otras funciones del Estado.

1.5.4 Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público

Como parte de las obligaciones fundamentales que el Estado tiene con sus administrados, precisamente se encuentra, la de satisfacer las necesidades de estos, en tal sentido, la Administración cuenta con algunas herramientas que le ayudarán a cumplir con dicha finalidad. La Contratación Pública se convierte en una de las principales herramientas por la cual se viabilizan, la prestación de servicios o la realización de obras. Esto en razón de que el Estado, como tal, se encuentra imposibilitado de realizar todo de manera autónoma⁴⁶. Por lo que, en la actualidad, esta herramienta, se constituye en un instrumento vital para el funcionamiento del aparato estatal.

Debemos considerar que toda la actuación de la administración pública, en cuanto al cumplimiento de los procedimientos legales dentro de la contratación que las instituciones del Estado llevan con los particulares, se encuentra controlada por mandato Constitucional, de este modo, se ha establecido esta facultad otorgada al Procurador General del Estado en el artículo 237 de la Constitución referente al control de actos y contratos administrativos que suscriban las entidades del sector público, sin embargo la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴⁷, limitó esta facultad de la PGE, ya que derogó el literal f) del Artículo 3 de la LOPGE, que obligaba a los contratistas particulares y a las entidades contratantes a

⁴⁶ Cfr. José Roberto Dromi. *Instituciones del Derecho Administrativo*. Argentina: Editorial Astrea A. y R. Depalma, 1973, p. 289.

⁴⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Suplemento del Registro Oficial Nro. 395de 04 de agosto de 2008.

solicitar el informe previo sobre el cumplimiento de aquellos requisitos constitucionales, legales y reglamentarios que debían cumplir para poder celebrarlos.

Por esta razón es necesario analizar de una forma profunda, las consecuencias que ha producido la derogatoria de esta facultad privativa que tenía la Procuraduría General del Estado, encontrándonos en una situación en que si bien los procesos contractuales del Estado, en la actualidad, pueden ser más ágiles, los mismos han dejado de ser controlados en esta etapa del proceso de la contratación, con la consecuencia de que no se advierta que estos no cumplan con los requisitos formales establecidos. Por otro lado, no podemos negar la existencia de regulaciones tendientes a determinar responsabilidades en cuanto a la inobservancia de la normativa⁴⁸ referente a la contratación pública, situación que se vuelve tangible y real pero totalmente tardía, ya que precisamente un control preventivo tendiente a precautelar los intereses de la Administración que realizaba la Procuraduría General del Estado, evitaba la posterior determinación de *responsabilidades administrativas, civiles y penales* a causa de la carencia de este mismo control. De esta forma tomo las palabras de aquel adagio popular que menciona: *no hay mejor remedio que la prevención*. Por lo que, resulta totalmente indispensable verificar si la Procuraduría General del Estado aún mantiene algún nivel de control o si más bien su facultad Constitucional dispuesta en el numeral 4 del artículo 237 ha quedado vaciada por la derogatoria señalada.

1.5.5 Facultades otorgadas al Procurador General del Estado en otros cuerpos normativos

Hasta ahora hemos descrito, aquellas facultades otorgadas dentro de la normativa constitucional debiendo revisar otras facultades otorgadas mediante ley. Así: el Procurador General del Estado preside el *Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas* de conformidad con lo preceptuado en el artículo 12 de la Ley de Sustancias

⁴⁸NB. Precisamente el Art. 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, ha determinado que las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores que tengan a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de los contratos públicos serán responsables por su legal y correcta celebración. Añadiendo además que la Contraloría General del Estado establecerá las responsabilidades que hubiere lugar en cuanto a esta materia se refiere.

Estupefacientes y Psicotrópicas⁴⁹, entidad que tiene como finalidad combatir y erradicar la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Sin menoscabar lo anteriormente señalado, cabe mencionar que la Procuraduría General del Estado a través de su Centro de Mediación, interviene en la solución de controversias que existieren entre las entidades del sector público, y éstas, con las personas jurídicas y naturales del sector privado⁵⁰. Este centro fue creado el 27 de julio de 1999, mediante Resolución Nro. 004 del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura.

Con todos estos antecedentes históricos, así como normativos, concluyo el primer capítulo de esta disertación, con el que doy a conocer el origen de la Procuraduría General del Estado en el año de 1928, sus facultades originarias, así como la evolución de aquellas que le competen en la actualidad, por otro lado, se ha analizado su actual naturaleza considerándola como un organismo técnico jurídico, así como su ubicación dentro del actual ordenamiento. Por otro lado, se procedió a realizar el estudio del modo de selección de su máximo representante, el Procurador General del Estado, en especial de los requisitos que se debe cumplir para ejercer dicho cargo. Finalmente se elaboró una clasificación de sus facultades partiendo de las normas constitucionales referentes al tema, e iniciar de esta manera el punto de discusión de esta disertación, el cual se concentrará en determinar principalmente si esta institución está cumpliendo con las funciones que le han sido otorgadas y como consecuencia de esto, determinar el verdadero papel que cumple dentro del Estado.

⁴⁹ Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Artículo 12. Suplemento del Registro Oficial Nro. 732 de 27 de diciembre de 2004.

⁵⁰ Procuraduría General del Estado. *Centro de Mediación*. En: <http://www.pge.gob.ec/es/centro-mediacion/centro-de-mediacion.html> (acceso: 31-03-2013, 20h16).

2. LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL DEL ESTADO EN EL ECUADOR

2.1 La Organización de la Actividad Estatal en el Ecuador

Para iniciar el estudio del presente capítulo, es imprescindible determinar a quién se representa. De esta forma, tomando las palabras del jurista Julio César Trujillo, el Estado “[es aquella] persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones y, por tanto, titular del patrimonio perteneciente a todo el Ecuador”⁵¹, la cual se encuentra constituida por una comunidad de personas, asentada en un espacio físico totalmente delimitado, intrínsecamente dotada del poder suficiente para organizarse y organizar la vida de todos sus elementos, proveyéndose de los medios necesarios para subsistir con independencia de todo poder extraño⁵² y cuya finalidad consiste en el bien común, es decir, aquellas condiciones de vida social, mediante las cuales, las personas puedan lograr con mayor facilidad su propia perfección⁵³.

Precisamente, el Estado, como todas las personas jurídicas, a fin de lograr aquellos fines que justifican la existencia del mismo, debe expresar su voluntad, a través de un sinnúmero de actos jurídicos. Voluntad que corresponde a la comunidad que la constituye, y nuestro ordenamiento jurídico ha previsto la forma en que el Estado pondrá de manifiesto su actuación, en este sentido, la actual Constitución ha determinado en el segundo inciso del artículo 1, que: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.⁵⁴ (las cursivas son mías)

En consecuencia, la actuación estatal, según el mandato Constitucional, será ejercida a través de los órganos del poder público, lo que constituye que nuestro sistema jurídico

⁵¹Julio César Trujillo. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006, p. 52.

⁵² Cfr. Id., p. 53.

⁵³ Cfr. Julio Tobar Donoso. *Elementos de la Ciencia Política*. Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1981, p. 147.

⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

constitucional, en parte, ha adoptado aquella doctrina referente a la Teoría del Órgano⁵⁵, cuyo fundamento, en términos concretos, se refiere a que; la persona jurídica “Estado”, expresa su voluntad, a través de los distintos órganos que lo integran (tal y como se pudo apreciar en el mandato constitucional anteriormente transcrito). Y gracias al aporte de Kelsen, quien contribuyó a ésta teoría el concepto fundamental de imputación⁵⁶, se configuró la misma, no solo a efectos de división del trabajo estatal, sino que la actuación y las consecuencias que derivan de tales órganos le es atribuida al Estado, es decir que el propio Estado se constituye en un centro de imputación al que se atribuyen las consecuencias del obrar de sus órganos.

Y precisamente para que estos órganos puedan ejecutar cualquier tipo de acto, declaración, contrato, etc., es que acuden a la persona física, quien se encargará, en base a sus atribuciones, de ejecutar las actividades a nombre del Estado, convirtiéndose de esta manera en titular del órgano de acuerdo a la medida en que se ejerce la actividad estatal. En este sentido es que el jurista Vicente Santamaría de Paredes manifiesta, que:

Cada órgano estatal está ocupado por una o varias personas, llamadas titulares de los órganos, quienes ligan con sus actos al Estado en la medida en que despliegan actividad oficial dentro de los límites de su competencia. Esto significa que en la medida que obran a nombre del Estado, son titulares de sus órganos y por lo tanto los actos suyos se imputan al Estado⁵⁷.

De esta forma al entregársele a ciertos personeros públicos la capacidad de representación – *legal, judicial, extrajudicial*- de los órganos a los que representa, constituye que los mismos se conviertan, de manera individual, en titulares de su institución y por otro lado, aquellos facultados, para obligar y hacer valer los derechos de la entidad estatal a la que representan. Como lo mencionamos anteriormente, en el Ecuador, dicha teoría es aplicada de forma parcial, ya que toda la actuación de los diferentes órganos que existen no le es atribuida única y

⁵⁵ La teoría del órgano, fue formulada por primera vez por el jurista germano Otto von GIERKE en 1883, dicho autor asevera que los servidores del Estado no deben reputarse personas ajenas al mismo, representantes; antes bien, se incrustan en la organización estatal como una parte integrante o constitutiva de la misma, es decir, entre el órgano y la persona jurídica (el Estado) se da una relación de unidad de identidad, vid. Mélanges Carré de Malberg, *El Espíritu de las Leyes y la Separación de Poderes*. París: Eisenmann, 1933, pp.83-84.

⁵⁶ Cfr. Teoría General del Derecho y del Estado, Hans Kelsen, Traducido por Eduardo García Máynez Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda Edición, 1979, p. 231.

⁵⁷ Vicente Santamaría de Paredes. *Teoría General del Derecho Administrativo*, DEPALMA, Bs. Aires, 1985, pp. 25 En., Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil-Ecuador: EDILEX, 2011, p.283.

directamente al mismo, en razón de que existen órganos estatales que gozan de personalidad jurídica propia, lo que constituye que el mismo órgano se convierta en centro de imputación propio en la relación jurídica: órgano público-administrados, constituyéndose de ésta manera ya no en un órgano sino más bien, en un ente autónomo, independiente e individual, basta pensar en organismos autónomos del Estado como son las Superintendencias, la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo⁵⁸, así también los Gobiernos Autónomos Descentralizados, y así, centenares de órganos que en la actualidad gozan de personalidad jurídica propia, independiente y separada a la del Estado y que realizan sus actividades de manera separada.

Precisamente este fenómeno de independencia estatal ha ido incrementándose cada vez más, en razón de la descentralización, la cual se plasma en nuestra actual Constitución de manera expresa, de la siguiente manera:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.⁵⁹

Dando lugar de esta forma, a la existencia de una universalidad de entidades estatales que gozan de personalidad jurídica propia, generando que las mismas se conviertan en organismos totalmente independientes y separados del Estado. Esta situación de autonomía, puede resultar un tanto tendenciosa, ya que si existen dentro del mismo una división de personalidad individual por cada entidad estatal, esto daría como resultado, un fraccionamiento total de lo que constituye el Estado en sí mismo. Situación que ya fue claramente prevista con anterioridad por juristas como el doctor Jorge Zavala Egas quien manifiesta que: “[si bien] cualquier órgano de la persona jurídica 'Estado' puede llegar a tener personalidad jurídica

⁵⁸ N.B. El artículo 204 de la Constitución de la República determina que La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

propia, corre el peligro inequívoco de vaciar al Estado de sus órganos y dejarlo como simple referencia ideal”⁶⁰.

Por otro lado y volviendo a la referida teoría del órgano, debemos señalar que la misma es apreciable, en mayor medida, en relación al ejercicio de las actividades de la Función Ejecutiva, ya que como lo señala el artículo 9 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva: “Art. 9.- PERSONALIDAD JURIDICA.- La Administración Pública Central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene personalidad jurídica única [...]”⁶¹. Por lo tanto, en este caso todos los órganos dependientes de la Función Ejecutiva, excepto los de la administración pública institucional, carecen de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, la actividad de dichos órganos, le serán imputados directamente al Estado.

Y es en base precisamente a esta premisa, de la cual se desprende que en el Ecuador existen órganos que gozan de personalidad jurídica propia como son las Superintendencias, la Contraloría General del Estado, los distintos niveles de Gobiernos Autónomos Descentralizados, etc., a diferencia de otros que no la tienen como los Ministerios, y dependencias de éstos; como son las Secretarías Nacionales, Secretarías Técnicas, Direcciones y Subdirecciones etc., es que iniciamos el estudio de la representación Judicial por parte del Procurador General del Estado en el Ecuador, ya que la presente situación de tener o no personalidad jurídica ha tenido cierta injerencia en el ejercicio de las atribuciones del Procurador como personero judicial del Estado.

2.2 La Representación Judicial del Estado (Constitución, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y otros cuerpos normativos)

Antes de iniciar el presente análisis, es necesario considerar que si bien el Procurador General del Estado, está en la capacidad legal de comparecer en cualquier juicio en el que se encuentre inmerso alguna institución del Estado –y que generalmente así lo hace- tal como lo disponen los literales b) y c) del artículo 3 de la LOPGE, su intervención se realizará obligatoriamente

⁶⁰Jorge Zavala Egas. *Derecho Administrativo*. Guayaquil-Ecuador: editorial Edino, 2005, p. 107.

⁶¹ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 9. Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo del 2002.

en aquellos casos en que dichas instituciones, carezcan de personería jurídica. En este sentido, es primordial analizar en qué casos la intervención de la PGE se vuelve obligatoria y necesaria y en qué casos simplemente su labor se enfocará a la supervisión y eventual intervención de los mismos.

Cotidianamente, la participación del Procurador General del Estado, dentro de los juicios en los cuales el Estado, sea parte como actor o demandado, se encuentra determinada en lo prescrito en la LOPGE, cuerpo legal que en su artículo 3, referente a las facultades del Procurador, determina lo siguiente:

b) Representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que *carezcan de personería jurídica*, en defensa del patrimonio nacional y del interés público;[...]

[...]c) *Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica* o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público.⁶² (las cursivas me pertenecen)

Es decir, que si tomamos literalmente el sentido de la presente norma, consideraremos que existe una condición *sine qua non*, para que el Procurador General del Estado comparezca obligatoriamente, dentro de un juicio. Precisamente dicha condición consiste en que la institución pública u organismo del Estado, el cual se encuentre inmerso en un litigio, carezca de personería jurídica, en este caso, el llamado legítimo a intervenir y representar al órgano estatal es el Procurador General del Estado. Caso contrario, es decir, cuando el órgano o entidad estatal, goce de la llamada personería jurídica, deberá ejercer su propio patrocinio y defensa⁶³, sin perjuicio de la facultad de supervisión e incluso intervención que tiene el Procurador aun cuando las entidades estatales gocen de tal personería jurídica, tal y como lo dispone el artículo 7 de la LOPGE:

Art. 7.- De la representación de las instituciones del Estado.- Las entidades y organismos del sector público e instituciones autónomas del Estado, con personería jurídica, comparecerán por intermedio de sus representantes legales o procuradores judiciales [...].⁶⁴

⁶² Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 3. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril de 2004.

⁶³ NB. Siendo los mismos responsables civil, administrativa y penalmente del cumplimiento de tal obligación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la LOPGE.

⁶⁴ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 7. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril de 2004.

Precisamente si consideramos que el Procurador es el Representante Judicial del Estado y que su ejercicio varía en consideración a que el órgano, goce o no de personería jurídica, es necesario verificar qué órganos y entidades del Estado poseen personería jurídica. Para esto tomaremos como base lo preceptuado en el artículo 225 de la Constitución de la República, que determina los órganos e instituciones que conforman al Estado:

Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.⁶⁵

2.2.1 La Función Ejecutiva

Tal como lo señala el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), esta Función se divide en dos: por un lado la Administración Pública Central, la cual se encuentra conformada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, así como de los Ministerios y órganos dependientes o adscritos a ellos. Y por otro, la Administración Pública Institucional; conformada por las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia, Vicepresidencia o a los Ministerios de Estado, y las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

Como ya lo manifestamos anteriormente, los órganos de la Administración Pública Central, en el ejercicio de sus competencias carecen de personería jurídica propia. Es decir que, tanto los Ministerios Sectoriales como Coordinadores, así como las Secretarías, Subsecretarías, Jefaturas y Subjefaturas y demás entidades desconcentradas –*carentes de personería jurídica*

⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 225. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

propia- serán representados judicialmente de manera obligatoria por el Procurador General del Estado.

Sin embargo, debemos señalar que dentro de las diversas normativas que regulan la organización y funcionamiento *-Estatutos Orgánicos Funcionales-* de las diferentes entidades pertenecientes a la Administración Pública Central de la Función Ejecutiva, existe una peculiar similitud, y es que, en la gran mayoría de estas normativas existe la determinación clara y precisa del otorgamiento de la representación legal, judicial y extrajudicial a un solo individuo y es precisamente que estas facultades de representación comúnmente le ha sido conferido al Ministro o a la máxima autoridad de la entidad desconcentrada. Un claro ejemplo es el Estatuto por Procesos del Ministerio de Industrias y Productividad (*ver documento en anexo 7*), el cual determina en su artículo 12 referente a las atribuciones y responsabilidades del Ministro: “[...]e.- Representar legal, *judicial* y extrajudicialmente ante organismos nacionales e internacionales a la institución.”⁶⁶ (las cursivas son mías). Así mismo, tenemos lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad (*ver documento en anexo 8*), el cual señala de igual manera que al Ministro encargado de esta Cartera de Estado le corresponde: “[...]a.- Ejercer la representación legal, *judicial* y extrajudicial del Ministerio de Coordinación de la Producción, Empleo y Competitividad.”⁶⁷ (las cursivas son mías).

Con esta información y el análisis anteriormente realizado, cabe mencionar que la representación judicial dispuesta en estas normas, constituye una clara vulneración a las atribuciones conferidas constitucionalmente a la Procuraduría General del Estado, ya que como tantas veces lo hemos señalado en base a lo preceptuado en el artículo 5 de la LOPGE, las entidades que carecen de personería jurídica son instituciones incapaces de comparecer a juicio. Su actividad judicial únicamente se encuentra facultada a los personeros de la Procuraduría General del Estado. Ésta opinión es compartida por Jorge Zabala Egas quien manifiesta: “[...] cuando se demanda a un Ministerio o a un órgano desconcentrado (Jefatura

⁶⁶ Estatuto por Procesos del Ministerio de Industrias y Productividad. Artículo 12. Edición Especial del Registro Oficial Nro. 342 de 28 de septiembre del 2012.

⁶⁷ Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos del Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad. Artículo 14. Edición Especial del Registro Oficial Nro. 399 de 19 de Febrero del 2013.

Provincial de Salud, por ejemplo) lo que hay que alegar es la falta de capacidad procesal o incapacidad para obrar en juicio.”⁶⁸, opinión igualmente compartida por la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional, en donde, hace más de una década ya se había establecido que los órganos que carecen de personería jurídica propia no pueden ser parte procesal. Estableciéndose en el proceso Nro. 181-2000 (*ver documento en anexo 9*) que:

[...]El recurrente invoca como infringido el artículo 7 y 8 del Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio de Gobierno que dice: Art. 7.- Son funciones del Ministro: d.- representar judicial y extrajudicialmente al Ministerio. Pero como queda indicado, el único facultado para representar al Estado es el Procurador General del Estado. La representación judicial del Estado nace de la Constitución Política de la República del Ecuador, *por lo que la norma del Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio de Gobierno, que establece como función del Ministro, la de representar judicialmente al Ministerio, no puede interpretarse literalmente porque de hacerlo significaría contravenir la norma jerárquicamente superior.*⁶⁹ (las cursivas son mías)

En este mismo sentido, resulta que no solo se estaría contraviniendo con las facultades constitucionales que posee el Procurador General del Estado, sino que además, se debe considerar el grave perjuicio que puede ocasionar el que las instituciones estatales comparezcan a juicio sin tener personería jurídica. Precisamente la propia Corte Nacional de Justicia dentro de la Resolución Nro. 0097-2010 dentro del juicio Contencioso Administrativo Nro. 0463-2009 (*ver documento en anexo 10*) (misma que actualmente es considerada jurisprudencia en razón de encontrarse en un mismo punto de derecho con las Resoluciones Nro. 0012-2009, 008-2009) determina además las consecuencias del actuar dentro de procesos judiciales de aquellas entidades que carecen de personería jurídica, en particular en cuanto a recursos se refiere, señalando que:

La señora Gloria Vidal Illingworth, en su calidad de Ministra de Educación, dentro del término establecido en el artículo 10 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial número 312, de 13 de abril de 2004, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, el 11 de mayo de 2009, dentro del juicio seguido por el señor Vicente Gilberto Reascos Vallejo contra los recurrentes; la sentencia en mención acepta la demanda y, “...declara la ilegalidad del acto administrativo impugnado, por

⁶⁸ Jorge Zavala Egas, *Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 110.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. *Caso Ministro de Gobierno vs. Joffre Velasco Arellano y otra*. Causa Nro. 261-99, Sentencia de 24 de abril del 2000. Registro Oficial Nro. 83 de 23 de mayo del 2000.

consiguiente dispone que la Administración demandada, restituya al actor la diferencia de remuneración, computada entre el cargo de profesor que ostenta y la que corresponde a la de Rector del establecimiento educativo del que fue removido; la que se calculará desde la fecha de la remoción hasta cuando la sentencia se ejecutorie.”. Concedido el recurso y por haberse elevado el expediente a esta Sala, ella avoca conocimiento del caso y, para resolver lo pertinente, considera: (...) TERCERO.- Por disposición expresa del artículo 3 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la Administración Pública Central tiene personalidad jurídica única y está conformada por los Ministerios determinados en el artículo 16 del citado cuerpo normativo. *El Ministerio de Educación, integra la Función Ejecutiva y carece de personería jurídica; es decir, no tiene capacidad legal o aptitud jurídica para comparecer en juicio, por lo que correspondía y corresponde al Procurador General del Estado representar y ejercer el patrocinio del Estado y sus instituciones, de acuerdo con lo que prescriben los artículos 3, letras a) y b), y 5, letra b), de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*, misma que se halla vigente desde su publicación en el Registro Oficial número 312, de 13 de abril de 2004, y a partir de esa fecha, se establece la obligatoriedad de contar, aún en procedimientos administrativos, con el Procurador General del Estado en asuntos planteados contra organismos y entidades del sector público, *so pena de nulidad*; en concordancia con los artículos 28 y 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en consecuencia, la Sala, atenta la finalidad primigenia de la casación, que es la defensa del derecho positivo vigente, *no admite a trámite el recurso de casación deducido por la Ministra de Educación y Cultura, porque carece de personería jurídica.*⁷⁰ (el resaltado me pertenece)

Como se puede observar, el resultado de actuar dentro de un juicio, por aquellos personeros propios de las entidades desconcentradas que carecen de personería jurídica (como son los Ministerios, Secretarías, Direcciones, etc.), da como resultado que los órganos jurisdiccionales, en este caso la Corte Nacional de Justicia, determinen la clara y evidente falta de capacidad de éstos para obrar en juicio y en el caso que nos ocupa pudimos observar como por este motivo se declaró la inadmisión del recurso de casación. Por último, debo señalar que a pesar de que estas entidades legalmente no puedan comparecer como parte procesal dentro de un juicio, existe una solución en base a lo dispuesto en los Arts. 2 y 6 de la LOPGE, ya que en caso de que las instituciones carentes de tal personería (Administración Pública Central) quisieran comparecer directamente a juicio, deberán solicitar se les confiera la correspondiente delegación⁷¹ por parte de la Procuraduría General del Estado, para de esta

⁷⁰ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Caso Vicente Gilberto Reascos Vallejo vs. Procurador General del Estado, Ministro de Educación*. Causa Nro. 0463-2009. Sentencia de 07 de abril del 2010.

⁷¹ NB. “Art. 6.- (...) El Procurador General del Estado podrá delegar por escrito el ejercicio del patrocinio o defensa del Estado y de los organismos y entidades del sector público, a funcionarios de la

manera, poder ejercer el patrocinio de su institución y así legitimar su actuación dentro del proceso.

2.2.2 La Función Legislativa

En relación a ésta función del Estado, nuestra Constitución vigente es clara, ya que como lo determina el artículo 118, la Función Legislativa será ejercida por la Asamblea Nacional, misma que como lo señala el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, aparte de ser unicameral, goza de: “[...] personería jurídica y autonomía económica-financiera, administrativa, presupuestaria y de gestión”⁷². Constituyéndose de ésta forma, en un organismo independiente, que tiene la calidad de sujeto procesal dentro de un juicio.

En este sentido, debemos considerar que la anterior ley que regulaba a esta Función estatal, no contemplaba el otorgamiento de personería jurídica propia al máximo órgano de dicha Función. Tal reconocimiento legal, fue incorporado a partir de la vigencia de la actual Ley Orgánica de la Función Legislativa, lo que significa que la misma podrá comparecer por sí misma a juicio a través de sus propios personeros.

2.2.3 La Función Judicial

Esta Función del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 de la Constitución de la República se compone: “[de] órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos”⁷³, de esta manera tenemos que:

2.2.3.1 Órganos que Ejercen Jurisdicción

Son órganos jurisdiccionales aquellos que gozan de: “[...] la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos

Procuraduría General del Estado; y, a asesores jurídicos, procuradores, procuradores síndicos y abogados de otras entidades del sector público. El delegado que actuare al margen de los términos e instrucciones de la delegación, responderá administrativa, civil y penalmente, de modo directo y exclusivo, por los actos u omisiones verificados en el ejercicio de la delegación. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril del 2004.

⁷² Ley Orgánica de la Función Legislativa. Artículo 3. Suplemento del Registro Oficial Nro. 642 de 27 de julio de 2009.

⁷³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 177. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.”⁷⁴. Según la clasificación determinada en el primer inciso del artículo 178 de la Constitución estos son: la Corte Nacional de Justicia, las Cortes Provinciales, los Tribunales y Juzgados de Primer Nivel, las y los Jueces de Paz.

2.2.3.2 Órganos Administrativos

Dentro de la Función Judicial existe un único órgano administrativo que es el Consejo de la Judicatura, el cual de conformidad con lo preceptuado en el artículo 254 del Código Orgánico de la Función Judicial, se encargará además del gobierno, vigilancia y disciplina de esta función del Estado.

2.2.3.3 Órganos Autónomos

Como organismos autónomos de la Función Judicial se encuentran la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado de conformidad con lo dispuesto en el cuarto inciso del artículo 178 de la Constitución.

2.2.3.4 Órganos Auxiliares

Finalmente, la Función Judicial, según lo dispuesto en el artículo 178 ibídem tendrá como órganos auxiliares al servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales. Así mismo el Código Orgánico de la Función Judicial determina que también serán parte de los órganos auxiliares los Síndicos y los liquidadores de costas.

Si bien esta función del Estado, carece de instituciones que gocen de personería jurídica propia, nuestra legislación ha dispuesto ciertas normas procedimentales que han limitado la actuación del Procurador General del Estado en dicha función estatal. Así, conforme lo dispuesto en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, norma que hace relación a los juicios contra el Estado por inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria, específicamente en relación a la actuación de los órganos jurisdiccionales clasificados en el numeral 2.2.3.1, se ha dispuesto que el

⁷⁴ Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 150. Suplemento del Registro Oficial Nro. 544 de 09 de marzo del 2009.

legitimado pasivo (demandado) en estas acciones contra el Estado, no será precisamente el Procurador General del Estado, sino el propio Presidente del Consejo de la Judicatura⁷⁵, norma que deja de lado, el tradicional procedimiento para representar a los órganos del Estado.

Así mismo, en el referido cuerpo normativo se ha dispuesto que el ejercicio de la representación judicial de esta Función del Estado, a pesar de no gozar legalmente de personería jurídica, lo ejercerá el Director General del Consejo de la Judicatura, tal y como lo dispone el artículo 280 del Código Orgánico de la Función Judicial, en donde se dispone:

Art. 280.- Funciones.- (Sustituido por el Art. 10 de la Ley s/n, R.O. 490-2S, 13-VII-2011).-A la Directora o al Director General le corresponde: [...] 2. Ejercer la Representación legal, judicial y extrajudicial de la Función Judicial”⁷⁶.

Por lo tanto, a pesar de que ningún órgano de la Función Judicial goce de personería jurídica propia, esta norma ha facultado a que dicha función y por ende sus organismos sean representados por este personero diferente al Procurador General del Estado. Dicha facultad, además ha sido entregada a los máximos representantes de los órganos autónomos de la Función Judicial como son el Fiscal General del Estado, como lo dispone el numeral 1 del artículo 284 del COFJ, el cual señala “Art. 284.- [...]Compete al Fiscal General del Estado: [...] Representar judicial y extrajudicialmente a la Fiscalía General”⁷⁷. De la misma forma al Defensor Público en el numeral 1 del artículo 288 que manifiesta: “Art. 288.- Competencias del

⁷⁵ N.B. “Art. 32.- Juicio contra el estado por inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria.(Reformado por el Art. 1 de la Ley s/n, R.O. 038-S,17VII2013). El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo contencioso administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello.

El legitimado pasivo en estas acciones será la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura, que podrá comparecer a través de delegado [...]” (las cursivas me pertenecen). Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 544 de 09 de marzo del 2009.

⁷⁶ Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 280. Suplemento del Registro Oficial Nro. 544 de 09 de marzo del 2009.

⁷⁷ Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 284. Suplemento del Registro Oficial Nro. 544 de 09 de marzo del 2009.

defensor público.- Compete al defensor público: “[...] 1. Representar legalmente, judicial y extrajudicial a la Defensoría Pública”⁷⁸.

2.2.4 La Función Electoral

Como se lo mencionó en el primer capítulo, esta es una incorporación que realizó la actual Constitución, misma que es ejercida por dos entes en particular que son: El Consejo Nacional Electoral, y el Tribunal Contencioso Electoral. El primero: cuya finalidad se remite a organizar, dirigir, vigilar y garantizar los procesos electorales del país. Y el segundo, quien es el encargado de administrar justicia en última instancia en materia electoral y dirimir conflictos internos de las organizaciones políticas.

Además, se debe considerar lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia:

Art. 18.- La Función Electoral garantiza el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía. La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Estos órganos tendrán sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomía administrativa, financiera y organizativa y *personalidad jurídica propia* y se financiarán con recursos del Presupuesto General del Estado.⁷⁹ (las cursivas son mías).

Podemos observar que las instituciones que forman parte de esta Función del Estado gozan de personalidad jurídica propia, constituyéndose de esta manera como centro de imputación directo de sus actuaciones. De esta manera, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador –Código de la Democracia- concedió al Presidente del Consejo Nacional Electoral las atribuciones de: “Art. 32.- La Presidenta o Presidente tiene las siguientes atribuciones: [...]1. Ser la máxima autoridad administrativa y nominadora del Consejo Nacional electoral y representarlo legal, judicial y extrajudicialmente de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales”⁸⁰. Situación similar ocurre con el Presidente del Tribunal Contencioso electoral, a quien el artículo 71 le atribuye a ser: “[...]1. La máxima autoridad administrativa y

⁷⁸ Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 288. Suplemento del Registro Oficial Nro. 544 de 09 de marzo del 2009.

⁷⁹ Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador. Artículo 18. Suplemento de Registro Oficial Nro. 578 de 27 de abril de 2009.

⁸⁰ Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador. Artículo 32. Suplemento de Registro Oficial Nro. 578 de 27 de abril de 2009.

nominadora; y ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial del Tribunal Contencioso Electoral.”⁸¹

2.2.5 La Función de Transparencia y Control Social

De igual manera esta Función del Estado nació dentro del sistema orgánico institucional del Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, misma que está conformada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quien, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social: “[es] el encargado de promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsar y establecer los mecanismos de control social y las designaciones de las autoridades correspondientes de acuerdo con la Constitución y la ley.”⁸² Este organismo estatal como podemos observar goza de personalidad jurídica propia tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el cual dispone:

Art. 3.- Naturaleza.- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social es un organismo de derecho público, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa. Forma parte de la Función de Transparencia y Control Social. ⁸³

Por otro lado, debemos mencionar las otras instituciones que conforman la mencionada Función que son: la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo, las Superintendencias de Bancos y Seguros, Compañías⁸⁴; de Telecomunicaciones⁸⁵; de Economía Popular y Solidaria⁸⁶; de Control del Poder de Mercado⁸⁷; de la Información y la

⁸¹ Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador. Artículo 71. Suplemento de Registro Oficial Nro. 578 de 27 de abril de 2009.

⁸² Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Artículo 1. Suplemento del Registro Oficial Nro. 22 de 09 de septiembre del 2009.

⁸³ Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Artículo 3. Suplemento del Registro Oficial Nro. 22 de 09 de septiembre del 2009.

⁸⁴ NB. Art. 431.- La Superintendencia de Compañías tiene personalidad jurídica y su primera autoridad y representante legal es el Superintendente de Compañías. Ley de Compañías. Registro Oficial Nro. 312 de 05 de noviembre de 1999.

⁸⁵ NB. A pesar de que esta entidad no se le ha concedido de manera taxativa personalidad jurídica propia, la actual Constitución en su Art. 204 señala que todas las superintendencias tendrán personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

⁸⁶ NB. Art. 146.- Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.- El control de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario estará a cargo de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, que se crea como organismo técnico, con jurisdicción nacional,

Comunicación⁸⁸, las cuales no solo la ley les ha dotado de personalidad jurídica propia, sino que la misma es aseverada y reiterada en el artículo 204 de la Constitución de la República en cuanto se señala que:

Art. 204.- La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

De esta manera se ha podido verificar también, que las entidades de esta Función del Estado también gozan de completa autonomía.

2.2.6 Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado

Dichas entidades que surgieron como necesidad en cuanto a la división del poder del Estado Central en razón del territorio, se encuentran constituidas, conforme lo dispone el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, por los llamados Gobiernos Autónomos Descentralizados: Regionales, Provinciales, Metropolitanos o Cantonales y de las Parroquias Rurales, estableciéndose además un régimen especial para la provincia de Galápagos.

personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera y con jurisdicción coactiva. Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero. Registro Oficial Nro. 444 de 10 de mayo del 2011.

⁸⁷NB. Art. 36.- Autoridad de Aplicación.- Créase la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, misma que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley. Su domicilio será la ciudad de Quito, sin perjuicio de las oficinas que pueda establecer el Superintendente en otros lugares del país. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Suplemento del Registro Oficial Nro. 555 de 13 de octubre del 2011.

⁸⁸ NB. Art. 55.- Superintendencia de la Información y Comunicación.- La Superintendencia de la Información y Comunicación es el organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; que cuenta con amplias atribuciones para hacer cumplir la normativa de regulación de la Información y Comunicación. Ley Orgánica de Comunicación. Suplemento del Registro Oficial Nro. 22 de 25 de junio del 2013.

2.2.6.1 De los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales

Son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera, con funciones y competencias descentralizadas que se encuentran establecidas a nivel regional. Su órgano máximo de legislación y fiscalización es el Consejo Regional, el cual, es conformado por Consejeros y Consejeras, el cual será presidido por el Gobernador o Gobernadora Regional, quien es la máxima autoridad del Ejecutivo del Gobierno Descentralizado Regional, quien a su vez es elegido por votación popular. Además cuenta con un Vicegobernador o Vicegobernadora, quien es la segunda autoridad del GAD⁸⁹ regional, mismo que es elegido del seno del Consejo Regional (Artículos 30-39 COOTAD).

2.2.6.2 De los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales

Son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera, con funciones y competencias descentralizadas que se encuentran establecidas a nivel provincial. Su órgano máximo de legislación y fiscalización es el Consejo Provincial, el cual, es conformado por Alcaldes o Alcaldesas de los diferentes cantones de cada provincia, Concejales o Concejales -en caso de ausencia del Alcalde o Alcaldesa-, el Vice prefecto o Vice prefecta, por los representantes de los Gobiernos Parroquiales Rurales. Éste Consejo será presidido por el Prefecto o Prefecta, quien es la máxima autoridad del Ejecutivo del Gobierno Descentralizado Provincial y quien será elegido en binomio junto con el Vice prefecto o Vice prefecta de la Provincia por votación popular. (Artículos 40-52 COOTAD).

2.2.6.3 De los Gobiernos Autónomos Descentralizados Metropolitanos

Éstos constituyen regímenes especiales de gobierno del nivel cantonal, llamados Distritos Metropolitanos. Éste tipo de Gobiernos Autónomos Descentralizados han sido establecidos por consideraciones demográficas y de *conurbación*⁹⁰. De igual forma, son consideradas personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y

⁸⁹ Gobierno Autónomo Descentralizado.

⁹⁰ Según la Real Academia de la Lengua, Conurbación es: el conjunto de varios núcleos urbanos inicialmente independientes y contiguos por sus márgenes, que al crecer acaban formando una unidad funcional, vid. RAE. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=conurbacion> (acceso: 03-06-2013, 16:11).

financiera, con funciones y competencias descentralizadas que se encuentran establecidas a nivel cantonal. Su órgano máximo de legislación y fiscalización es el Concejo Metropolitano, el cual, es conformado por Concejales o Concejales Metropolitanas elegidos por votación popular, de acuerdo a la ley. Este Concejo será presidido por el Alcalde o Alcaldesa Metropolitano, el cual, es la máxima autoridad del Ejecutivo del Gobierno Descentralizado Metropolitano quien a su vez es elegido por votación popular. Además cuenta con un Vicealcalde o Vicealcaldesa Metropolitano, quien es la segunda autoridad del GAD⁹¹ Metropolitano, mismo que es elegido por el Concejo Metropolitano de entre sus miembros. (Artículos 83-92 COOTAD).

2.2.6.4 De los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales

Son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera, con funciones y competencias descentralizadas que se encuentran establecidas a nivel cantonal. Su órgano máximo de legislación y fiscalización es el Concejo Municipal, el cual, es conformado por Concejales o Concejales Municipales elegidos por votación popular, de acuerdo a la ley. Éste Concejo será presidido por el Alcalde o Alcaldesa, el cual, es la máxima autoridad del Ejecutivo del Gobierno Descentralizado Municipal quien a su vez es elegido por votación popular. Además cuenta con un Vicealcalde o Vicealcaldesa, quien es la segunda autoridad del GAD municipal, mismo que es elegido por el Consejo Municipal de entre sus miembros. (Artículos 53-62 COOTAD).

2.2.6.5 De los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales

Son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera, con funciones y competencias descentralizadas que se encuentran establecidas a nivel de parroquias rurales. Su órgano máximo de Gobierno es la Junta Parroquial Rural, la cual, es conformada por vocales elegidos y elegidas por votación popular, de acuerdo a la ley. Ésta Junta será presidida por el Presidente de la Junta Parroquial Rural, el cual es la máxima autoridad del Ejecutivo del Gobierno Descentralizado Parroquial Rural, quien a su vez, es elegido de entre los miembros de la Junta Parroquial. (Artículos 63-71 COOTAD).

⁹¹ Gobierno Autónomo Descentralizado.

De ésta manera, hemos disgregado la organización de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, los cuales como se ha verificado, en razón de su autonomía política, administrativa y financiera, han sido dotados por el legislador, de personalidad jurídica propia, para ejercer la rectoría, ejecución, planificación y control de su respectiva circunscripción territorial, es decir que su actividad es totalmente independiente y autónoma. Incluso se ha establecido como se realizará el ejercicio de la Representación Judicial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. De ésta forma tenemos que el artículo 359 del COOTAD dispone lo siguiente:

Art. 359.- Servidores de libre nombramiento y remoción.- El procurador síndico, el tesorero, los asesores y los directores de los gobiernos regional, provincial, metropolitano y municipal, son funcionarios de libre nombramiento y remoción designados por la máxima autoridad ejecutiva del respectivo nivel de gobierno. Estos funcionarios serán designados previa comprobación o demostración de sus capacidades en las áreas en que vayan a asesorar o a dirigir.[...]

[...]La representación judicial del respectivo gobierno autónomo descentralizado la ejercerá el procurador síndico conjuntamente con el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado, a excepción de las juntas parroquiales rurales que podrán contratar a profesionales del derecho a través de convenio de cooperación con los otros niveles de gobierno autónomo o descentralizado o su entidad asociativa. [...]⁹²

Concluyendo de esta manera, que la actividad de la representación judicial de cualquier nivel de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, con excepción de las juntas parroquiales rurales, la ejercerán el Procurador Síndico de cada Gobierno Autónomo Descentralizado en conjunto con el Ejecutivo de cada GADs, es decir con el *Gobernador Regional* en el caso del Gobierno Autónomo Descentralizado Regional; el *Prefecto* en el caso del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial; el *Alcalde o Alcalde Metropolitano* en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales o Metropolitanos respectivamente.

Por último debemos mencionar que el término Procurador Síndico, no se lo debe asociar de ninguna manera a la Procuraduría General del Estado, sino que estos funcionarios, los cuales se encuentran en cada nivel de Gobierno Autónomo Descentralizado, son personeros de libre nombramiento y remoción que pertenecen directamente a cada GADs, tal y como lo señala el artículo precedente, por lo que es fácil concluir que, el ejercicio de la representación judicial

⁹² Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 359. Suplemento del Registro Oficial Nro. 303 de 19 de octubre de 2010.

por parte del Procurador General del Estado, no se ejerce directamente en relación a ningún nivel de Gobiernos Autónomos Descentralizados, por lo que de igual forma, la labor del PGE, se limitará, en muchas veces, a la supervisión de los diferentes procesos judiciales pertenecientes a estos órganos de gobierno descentralizados.

2.2.7 Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado

Es claro que en nuestro país, desde hace unos años se ha propendido a la creación de órganos tendientes a ejercer potestades estatales, prestación de servicios públicos o el desarrollo de actividades económicas que debe asumir el Estado, dichas entidades, Según Roberto Dromi, son consideradas como entidades autárquicas, éste autor manifiesta que dichas entidades son: “[...]personas jurídicas estatales exclusivamente administrativas, es decir, entes descentralizados con funciones administrativas o de gestión de servicios públicos”⁹³. Un claro ejemplo de éstas son: el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, -IESS-, el cual tiene como finalidad garantizar la seguridad social a los ecuatorianos, por otro lado tenemos aquellos organismos encaminados a *regular y controlar* ciertas actividades que le corresponden al Estado, como por ejemplo el Servicio de Rentas Internas, -SRI-, cuya finalidad se encuentra en la recaudación de impuestos. También se han creado aquellos organismos tendientes a garantizar la eficiencia en la prestación de los Servicios Públicos, como es el caso en materia educativa: el Consejo Nacional de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, CEAACES o el Consejo de Educación Superior, CES, quienes según la Ley Orgánica de Educación Superior, son los encargados de velar por la calidad, eficiencia y evaluación permanente de las instituciones de Educación Superior. Por último también existen aquellos que fueron creados para desarrollar actividades económicas, tal es el caso del Banco Nacional de Fomento, BNF o incluso el Banco Central del Ecuador BCE.

Todas estas entidades que han sido creados por la propia Constitución o por la correspondiente ley de la materia, han sido dotadas de personalidad jurídica propia, a fin de distribuir de una

⁹³Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires-Madird: editorial Ciudad Argentina, 2004, p. 732.

manera descentralizada la potestad estatal, de esta forma, estas entidades, en el ejercicio de su actividad estatal, gozan de total independencia y autonomía, convirtiéndose así en centro de imputación directa de las actividades que ejercen por mandato legal o constitucional.

Al igual que en los anteriores casos, podemos observar cómo se deja de lado la intervención del Procurador General del Estado cuando dichas entidades que se constituyen en personas jurídicas en sí mismas, son parte de algún proceso judicial, como actoras o demandadas. De esta manera debemos señalar lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley de Seguridad Social, en donde se pone de manifiesto que: “[...] el Director General ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial [...] del IESS”⁹⁴.

Incluso en ésta misma normativa se ha dispuesto en el artículo 300, que:

Art.300.-Prescendencia del Ministerio Público y del Procurador General del Estado en juicios del IESS.- No será menester la intervención del Ministerio Público ni del Procurador General del Estado en los juicios de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que intervenga el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social⁹⁵

De esta forma, y considerando que en la actualidad el Ministerio Público ha sido reemplazado por la Fiscalía General del Estado, la norma anteriormente transcrita, excluye de forma directa, la intervención obligatoria del Procurador General del Estado en aquellos juicios en que dicha institución sea parte procesal.

Igualmente, el Banco Central del Ecuador, al ser constituido como una persona jurídica de derecho público, tal como lo dispone el artículo 303 de la Constitución de la República así como el artículo 50 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado⁹⁶, se ha constituido como un ente descentralizado. Más aún, al verificar la forma de representarse judicialmente se pudo confirmar, que el Procurador General del Estado ha quedado relegado en la actuación judicial de esta institución, ya que como lo dispone el literal i) del artículo 70 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario Y Banco del Estado, quien comparecerá en los

⁹⁴Ley de Seguridad Social. Artículo 30. Suplemento del Registro Oficial Nro. 465 de 30 de Noviembre del 2001.

⁹⁵ Ley de Seguridad Social. Artículo 300. Suplemento del Registro Oficial Nro. 465 de 30 de Noviembre del 2001.

⁹⁶ N.B. Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado. Registro Oficial Nro. 196 de 26 de enero del 2006.

juicios en que el Banco Central del Ecuador sea parte o interesado, será el Gerente General de tal institución.

2.2.8 Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos

Estas últimas entidades han sido creadas con el fin de abastecer aquellos servicios públicos, de los cuales los distintos niveles de los gobiernos autónomos descentralizados, no han podido prestar a los administrados. En este sentido, tenemos aquellas entidades públicas encargadas de la prestación del servicio público de agua, electricidad, telefonía, etc., como es la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, EPMAPS, o aquellas destinadas a la limpieza de la ciudad como la Empresa Pública Metropolitana de Aseo, EMASEO, cuya labor se concentra en la recolección de residuos sólidos, así como de la limpieza de los espacios públicos de la ciudad de Quito. Debemos mencionar, además, que estas llamadas Empresas Públicas, empezaron a tomar mayor relevancia a partir de la vigencia de la actual Constitución de la República del 2008, por lo preceptuado en el artículo 315, así como por la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 48 de 16 de octubre del 2009. En este sentido, es apreciable que dichas entidades encaminadas a gestionar sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, y el aprovechamiento de recursos naturales o de bienes públicos, no solo que se han constituido dentro de los distintos niveles de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sino que, en la actualidad existen una variedad de Empresas Públicas creadas por ley que actúan a nivel nacional, tal es el caso de Empresas Públicas como la Corporación Nacional de Telecomunicaciones –CNT EP- la cual se encarga de prestar servicios de telecomunicaciones a nivel nacional, otro es el caso de -EP Petroecuador- quien a nivel nacional incursiona en el sector hidrocarburífero, -ENFARMA EP- Empresa Pública de Fármacos, creada a fin de aprovisionar y abastecer de medicamentos al país.

Todas estas Empresas Públicas, tanto las que han sido creadas para funcionar a nivel de Gobiernos Autónomos Descentralizados, así como aquellas que funcionan a nivel nacional, son reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, esta norma, tal como lo dispone el artículo 1 de la misma dispone que se encargará de:

Art. 1.- **Ámbito.**- [...] regular la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República.⁹⁷

Esta misma normativa define en su artículo 4 a las Empresas Públicas como: “[...]entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión”⁹⁸. Por lo que; su actividad es totalmente independiente y autónoma, de igual forma se ha establecido que la representación judicial de éstas la ejercerá el Gerente General⁹⁹ de las mismas, tal como se lo dispone en el artículo 11; y, el correspondiente liquidador, cuando éstas entren al proceso de liquidación, entrando en contraposición nuevamente con las facultades del Procurador General del Estado como todas las anteriores entidades descritas.

2.2.9 ¿Ésta capacidad de Representación Judicial, otorgada a ciertos personeros de las entidades estatales que gozan de personalidad jurídica, es suficiente para comparecer dentro de juicio como actor o demandado sin la intervención del Procurador General del Estado?

Precisamente si consideramos, lo dispuesto en el primer inciso del artículo 7 de la LOPGE el cual señala:

Art. 7.- De la representación de las instituciones del Estado. Las entidades y organismos del sector público e instituciones autónomas del Estado, con personería jurídica, comparecerán por intermedio de sus representantes legales o procuradores judiciales.

El patrocinio de las entidades *con personería jurídica y entidades autónomas* de conformidad con la ley o los estatutos respectivos, incumbe a sus representantes legales, síndicos, directores

⁹⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 1. Suplemento del Registro Oficial Nro. 48 de 16 de octubre del 2009.

⁹⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 4. Suplemento del Registro Oficial Nro. 48 de 16 de octubre del 2009.

⁹⁹ NB. Art. 11.- DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL GERENTE GENERAL.- El Gerente General, como responsable de la administración y gestión de la empresa pública, tendrá los siguientes deberes y atribuciones: [...]1. Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la empresa pública [...]. Ley Orgánica de Empresas Públicas. Suplemento del Registro Oficial, Nro. 48 de 16 de octubre del 2009.

o asesores jurídicos o procuradores judiciales, quienes serán civil, administrativa y penalmente responsables del cumplimiento de esta obligación, en las acciones u omisiones en las que incurrieren en el ejercicio de su función, sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Procurador.¹⁰⁰ (las cursivas me pertenecen)

Así como el Artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el cual determina:

Art. 29.- La representación y defensa de otras *personas jurídicas de derecho público*, y de las personas jurídicas semipúblicas, corresponde a los respectivos personeros legales, sea que litiguen entre sí o contra la Administración del Estado, o con los particulares.¹⁰¹ (Las cursivas me pertenecen)

Podemos observar como las normas transcritas facultaron a que las diferentes entidades que gozan de personalidad jurídica propia, puedan representarse judicialmente a través de sus propios personeros legales sin la necesidad de contar con el Procurador General del Estado. Hecho que complementa, precisamente, a su naturaleza descentralizada, ya que como lo hemos venido señalando, si las mismas se constituyen como centros de imputación directa de su actuación administrativa, resulta completamente razonable que las mismas ejerzan su propia defensa judicial.

Esta situación, es apoyada doctrinariamente también por el jurista Roberto Dromi el cual señala:

[...] La acción debe dirigirse contra la entidad de la cual emanó la resolución impugnada. Esto es, el Estado Central o la entidad Descentralizada de que se trate [...] la Administración Central no puede ser demandada directamente por un acto de los entes descentralizados. Estos tienen personalidad Jurídica y patrimonio propio, ergo, también responsabilidad directa y propia. La Responsabilidad del Estado es indirecta por los actos y hechos de sus Estados menores. [...] Por ello es improcedente la demanda conjunta o la demanda directa o individual contra la Provincia o Estado Mayor. El demandado debe ser el ente descentralizado: autor y emisor del acto lesivo”¹⁰².

Ahora bien, tal como se pudo observar en la descomposición realizada sobre el aparataje estatal ecuatoriano, en la actualidad, existe una universalidad de entidades estatales que gozan de personalidad jurídica propia, en tal razón, nos encontraríamos en la innegable posición de

¹⁰⁰ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 7. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril de 2004.

¹⁰¹ Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa. Artículo 29. Registro Oficial Nro. 338 de 18 de marzo de 1968.

¹⁰² Roberto Dromi. *El procedimiento Administrativo*. Buenos Aires-Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999, p. 104.

que el ejercicio de la representación judicial obligatoria que realiza el Procurador General del Estado se encontraría reducida únicamente a la defensa de los órganos carentes de la misma, es decir a la representación judicial de los órganos pertenecientes a la *Administración Pública Central* de la Función Ejecutiva, que como pudimos observar son los únicos que no tienen personalidad jurídica propia. Incluso cabe señalar, que dentro de estos pocos órganos, se ha limitado de cierta manera el ejercicio de la representación judicial que por mandato Constitucional debiera ejercer el Procurador. En este sentido podemos mencionar que desde el año 2005 el patrocinio del Jefe de Estado y de la Secretaría de la Administración Pública es ejercido por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República tal y como lo dispone el Decreto Ejecutivo Nro. 526 de 20 de septiembre de 2005 (*ver documento en anexo 11*), el cual señala:

Art. 1.- Créase la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República como dependencia de la Presidencia de la República, para el asesoramiento y patrocinio del Jefe de Estado y de la Secretaría General de la Administración Pública.

La Secretaría General de Asesoría Jurídica de la Presidencia de la República estará a cargo de un Secretario General Jurídico con rango de Ministro de Estado, será de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.¹⁰³

En este mismo sentido mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1246 de 08 de agosto de 2008 (*ver documento en anexo 12*), se dispuso:

Art. 1.- Deléguese al Secretario General Jurídico de la Presidencia para que a nombre y en representación del Presidente de la República, comparezca como actor o demandado ante el Tribunal Constitucional, ante los órganos de la Función Judicial, como: Corte Suprema de Justicia, Cortes Superiores de Justicia, tribunales y juzgados de la República, en defensa de los intereses institucionales.¹⁰⁴

Como se puede observar, el presente Decreto Ejecutivo emitido por la Presidencia delegó la Representación Judicial del Jefe de Estado y de la Secretaría General de la Administración Pública al Secretario General Jurídico de la Presidencia, sin considerar las atribuciones del Procurador General del Estado. Sin embargo, a criterio personal, considero que tal atribución debió haber sido emitida mediante el otorgamiento de la correspondiente delegación por parte del propio Procurador General del Estado¹⁰⁵, y no por la Presidencia de la República, en

¹⁰³ Decreto Ejecutivo Nro. 526. Artículo 1. de 03 de octubre de 2005.

¹⁰⁴ Decreto Ejecutivo Nro. 1246. Artículo 1. de 08 de agosto de 2008.

¹⁰⁵ NB. Tal y como en la actualidad se viene realizando las delegaciones emitidas por la Procuraduría General del Estado, a los órganos carentes de personería jurídica.

cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el cual dispone lo siguiente:

Art. 2.- Del Procurador General del Estado.- El Procurador General del Estado es el representante judicial del Estado.

Le corresponde el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la Ley. Podrá delegar la mencionada representación de conformidad con lo establecido en esta Ley.¹⁰⁶

De esta forma, tal delegación contaría con un sustento jurídico mayor, ya que si consideramos que dentro de las atribuciones que se le confiere al Presidente de la República tanto en la Constitución, así como el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se encuentra la representación Extrajudicial más no la Judicial, por lo tanto, nos encontraríamos en la innegable situación de que en tal decreto se habría delegado una atribución –representación judicial- con la que no cuenta el señor Presidente de la República.

2.2.9.1 Sobre el Ejercicio de Supervisión

Finalmente, cabe señalar que en razón del gran nivel de descentralización del Estado promovido por la propia Constitución así como de los diferentes cuerpos normativos que han otorgado de personalidad jurídica propia a casi todos los organismos estatales, pudimos observar que la facultad de Representación Judicial atribuida constitucionalmente a la Procuraduría no está siendo ejercida únicamente por el Procurador, sino que en la práctica el Representante Judicial del Estado se limita casi en su totalidad a *supervisar* los juicios y acciones propuestas ante las diferentes entidades estatales. No obstante recalamos que esto no limita a la Procuraduría General del Estado a intervenir en los mismos, en este sentido, la Corte Constitucional a través de la Sentencia No. 172-12-SEP-CC, emitida por el Pleno de la Corte Constitucional, en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 743 de 11 de julio del 2012 (*ver documento en anexo 13*), en razón de la acción interpuesta por el doctor Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, el cual interpuso acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de mayoría emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del 01 de octubre del

¹⁰⁶ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 2. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril de 2004.

2010, dictada dentro del Juicio No. 395-2006¹⁰⁷, misma que fue interpuesta principalmente a causa del rechazo por parte de la Sala de Casación, de los recursos interpuestos por la Procuraduría General del Estado, lo cual ha generado, tal y como fundamenta el delegado de la Procuraduría, que se violente los derechos de protección a la tutela efectiva e imparcial así como el menoscabo de las atribuciones conferidas al Procurador General del Estado establecidos en el artículo 237 de la Constitución de la República. Por su parte, la Sala de casación argumentó que la Procuraduría General del Estado no es parte procesal en los juicios incoados contra las instituciones públicas que poseen personería jurídica. De este modo en su parte considerativa manifestó que:

Si bien es verdad, el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone que la defensa de las entidades que gozan de personería jurídica corresponde a sus representantes legales y procuradores judiciales, también expresa que la defensa se ejercerá sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Procurador General del Estado contenidos en dicha normativa, particular que guarda conformidad con la disposición constante en el inciso final del artículo 6 ibídem, que se refiere a la intervención del procurador o su delegado, sin límite ni exclusión de las obligaciones de las máximas autoridades y representantes legales de los organismos y entidades del sector público. *Para el caso de las entidades que gozan de personería jurídica, es el Procurador General del Estado quien tiene la potestad para intervenir como parte procesal o solamente como supervisor de un proceso judicial; esto se evidencia de manera clara en el contenido del literal c) del artículo 3 ibídem, donde se dispone de manera inequívoca que la Procuraduría puede supervisar los juicios en que se encuentren involucradas aquellas entidades públicas que sí tienen personería jurídica, sin perjuicio de promoverlos o intervenir como parte de ellos, en defensa del patrimonio nacional e interés público; por lo tanto la negligencia o falta de acuciosidad de una entidad con personería jurídica no limita las facultades de la Procuraduría de velar por el interés público y ejercer*

¹⁰⁷ NB. Este recurso subjetivo de plena jurisdicción (causa Nro 395-2006 Tribunal Distrital Nro. 1 de lo Contencioso Administrativo) fue interpuesto por Jorge Loza Ruales dentro, en contra del acto administrativo emitido por el ex Tribunal Constitucional, por el cual, fue removido de su cargo, éste fue negado en primera instancia. Al llegar a la correspondiente sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia fue resuelto a favor del demandante, ordenándose de ésta forma al Tribunal Constitucional, hoy Corte Constitucional, en el término de 8 días, restituya en el cargo que desempeñaba el señor Jorge Loza Ruales en dicha entidad.

*cuantas acciones constitucionales, judiciales o administrativas estén contempladas en la ley.*¹⁰⁸
(las cursivas son mías).

Finalizo este análisis indicando que en la actualidad el Procurador, como representante judicial del Estado, tiene la potestad suficiente para comparecer en cualquier juicio que se encuentre inmerso alguna institución del Estado, sin limitación alguna, incluso de aquellas entidades que gocen de personería jurídica. Sin embargo, por el alto nivel de descentralización estatal, normativamente su facultad le limitaría a la supervisión de los mismos. Por otro lado, reiteramos que el Procurador se encuentra completamente obligado a comparecer como parte procesal únicamente en aquellos procesos judiciales de las instituciones carentes de tal personería. y que en base a la disgregación que se elaboró del aparataje estatal, nos encontraremos que tal obligatoriedad de representación, se circunscribe a aquellas órganos pertenecientes a la administración pública central de la Función Ejecutiva, dicha situación ha sido consecuencia de los innumerables órganos estatales que gozan, en la actualidad, de personalidad jurídica propia, a los cuales los administrados, procesalmente, podrán exigir de forma directa la responsabilidad de los mismos y debiendo comparecer por sí mismos dentro de los diferentes procesos judiciales.

¹⁰⁸ Corte Constitucional. *Acción Extraordinaria de Protección*. Causa Nro. 172-12-SEP-CC de 26 de abril del 2012. Suplemento del Registro Oficial Nro. 743 de 11 de julio del 2012.

3. LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO Y SU FACULTAD DE ABSOLVER CONSULTAS CON CARÁCTER VINCULANTE

La absolución de consultas sobre la inteligencia o aplicación de las normas, con carácter vinculante, es una potestad que se le ha otorgado constitucionalmente¹⁰⁹ al Procurador, y que además, se encuentra desarrollada en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹¹⁰. Sin embargo, todas aquellas normas que desarrollan el contenido de lo que es, en esencia, la Absolución de Consultas, no alcanzan a vislumbrar que labor realiza el Procurador General del Estado a través de esta atribución. Razón por la cual, resulta necesario adentrarnos en la búsqueda de su verdadera naturaleza, ámbito de aplicación y demás elementos que constituyen esta facultad otorgada al Procurador; de esta forma, en el presente capítulo trataremos de analizar en base a la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina la verdadera naturaleza y el alcance de la facultad de absolver consultas con carácter vinculante, potestad confiada al máximo personero de la Procuraduría General del Estado.

3.1 Naturaleza de la Absolución de Consultas con carácter vinculante, por parte de la Procuraduría General del Estado

Si bien por obvias razones la absolución de consulta emitida por el Procurador General del Estado, constituye una manifestación de la actividad administrativa, es evidente que la misma,

¹⁰⁹ NB. Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: [...] 3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 237. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹¹⁰ NB. Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones: [...] e) Absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas "constitucionales", legales o de otro orden jurídico. El pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley;

Nota: Texto entre comillas declarado inconstitucional por Resolución de la Corte Constitucional No. 2, publicada en Registro Oficial Suplemento 566 de 8 de Abril del 2009. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 3. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril del 2004.

no ha sido encasillada de manera taxativa en alguna clasificación correspondiente a las manifestaciones de la administración, es decir como acto administrativo, acto normativo, acto de simple administración etc.

En este punto es necesario analizar las distintas posiciones que se han planteado en este tema. Por un lado tenemos aquella posición doctrinaria del jurista Rafael Oyarte Martínez, en su publicación *Mecanismos de Impugnación de los Dictámenes del Procurador General del Estado*, quien estima que el dictamen del Procurador General del Estado es:

[...] un verdadero acto sui generis de autoridad pública, al no reunir los elementos y características que permiten calificarlo, en nuestro derecho y bajo nuestras concepciones tradicionales (que han sido objeto de crítica), como un acto normativo, un acto administrativo, un acto de simple administración o un acto complejo.¹¹¹

En este sentido, Rafael Oyarte afirma su posición en base al análisis de cuatro manifestaciones de la administración, de la siguiente manera:

La primera, al situar a la absolución de consultas emitidas por el PGE, *como un acto normativo*; en este sentido, afirma que la misma cumple con ciertos elementos naturales de este tipo de manifestación administrativa, tales como la abstracción, ya que la absolución de consulta: “[...] si bien se puede formular respecto de un caso concreto, [...] la respuesta que da el Procurador General del Estado no solo se referirá a la solución jurídica de ese caso, sino a la interpretación que se le pueda dar a la norma en todos los casos similares”¹¹². Así mismo, en cuanto a su obligatoriedad y permanencia, se estima que la Absolución de consulta cumple con tales características correspondientes a los actos normativos ya que “[...] el dictamen del Procurador General del Estado es obligatorio, so pena de viciar el acto que se dicta inobservado el pronunciamiento¹¹³.” Y que su permanencia se encuentra condicionada en razón

¹¹¹ Rafael Oyarte Martínez. “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”. En: Universidad Andina Simón Bolívar *Foro Revista de Derecho* No. 6, Quito: (2006), p. 213.

¹¹²Id., p. 191.

¹¹³Id., p. 192.

a la definitividad que gozan tales pronunciamientos, una vez que el Procurador se haya manifestado en cuanto a la solicitud de reconsideración del mismo¹¹⁴.

Sin embargo, Oyarte reprocha la naturaleza de los dictámenes emitidos por parte del Procurador General del Estado como acto normativo en cuanto a la *generalidad*¹¹⁵ de los mismos, por otro lado se pone de manifiesto que los pronunciamientos del PGE no constituyen una norma sino, precisamente, la opinión sobre el modo de aplicación de normas sin que pueda reemplazar a las leyes y a las resoluciones interpretativas, y finalmente que tales dictámenes no encuentran una jerarquía dispositiva dentro del ordenamiento jurídico.

La segunda, en relación a la absolucón de consulta emitidas por el PGE, *como un acto administrativo*; ya que si bien el concepto mismo de acto administrativo nos lleva a determinar que es: “[...] toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”¹¹⁶. Es fácil observar que en sí misma, la absolucón de consulta emitida por el Procurador General del Estado no cumple con tales condiciones para definirla como tal; en razón de que la misma nunca se exterioriza de manera individual, al ser ésta emanada siempre con anterioridad a que la administración exteriorice su voluntad. Por lo tanto, una absolucón emitida por el PGE cobra vida o en otros términos, produce efectos jurídicos únicamente a partir de que la Administración consultante emita su decisión -o voluntad administrativa- fundamentándose en lo absuelto por el Procurador.

¹¹⁴ Cfr. Rafael Oyarte Martínez. *Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*. Óp. cit., p. 189-192.

¹¹⁵ NB. El Autor manifiesta que la generalidad debe ser entendida en dos sentidos en cuanto a la obligatoriedad y universalidad. Señala que en el caso en particular del dictamen del PGE, este cumple las características de universalidad, en cuanto, no se excluye a ningún órgano de la administración pública respecto de su vinculación, ni excluye a persona alguna que se encuentre dentro de las condiciones en éste previstas. Sin embargo al referirse a la obligatoriedad, considera que si bien estos son de obligatorio cumplimiento para la administración pública, su procedimiento de formación, limita la intervención de todas las entidades del sector público –excepto a la entidad formulante del dictamen del Procurador- obligándoles de manera imperante acatar lo dispuesto por el Procurador General del Estado, a pesar de no tener la oportunidad suficiente para poder impugnarlo.

¹¹⁶ NB. Concepto establecido en el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutivo

La tercera, en cuanto a la absolución de consultas emitidas por el PGE, como *acto de simple administración*, en razón a su naturaleza de carácter preparatorio y de eficacia indirecta que gozan este tipo de manifestaciones administrativas, ya que los mismos sólo afectan a los administrados únicamente a través de los actos. Sin embargo la crítica realizada por el Jurista Rafael Oyarte determina que si bien el dictamen del Procurador General del Estado reúne ciertas características del acto de simple administración, al mencionar que es una manifestación preparatoria producto de la administración consultiva, sin embargo, señala que no se la puede considerar como tal, en razón de que el pronunciamiento del Procurador no es una manifestación meramente de trámite, sino que aquella: “[...] no se limita a influir en la decisión final sino, prácticamente, a determinarla, pues no requiere de su aprobación por parte del consultante, aunque, se insiste, ello no puede llevar a confundirlo con la toma de la decisión”¹¹⁷ y añade además que el hecho de que el dictamen sea obligatorio, para toda la administración pública, deja fuera la posibilidad de categorizar al pronunciamiento como un acto de simple administración.

Por último y como cuarto punto, se analiza al pronunciamiento del Procurador como un *acto complejo*, en cuanto este último: “[...] resulta del concurso de varios órganos o de varios entes. La característica es que las voluntades tienen un único contenido y una única finalidad, y se funden para formar un acto único”¹¹⁸. Sin embargo el autor señala que el dictamen del Procurador no respondería a la naturaleza de esta última manifestación de la administración, en razón de que el pronunciamiento del PGE por su aplicación de carácter general, no necesariamente podrá unir las voluntades de los distintos entes u órganos –es decir entre el pronunciamiento del Procurador junto con la voluntad del órgano consultante- ya que por su aplicación obligatoria a toda la administración pública, deberán ser aplicados aunque el órgano no haya realizado directamente la consulta para su caso en concreto. De esta forma se comprueba la falta de uniformidad entre la voluntad del Procurador y el criterio de las diferentes entidades que comprenden el sector público.

¹¹⁷Rafael Oyarte Martínez. *Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*. Óp. cit., p. 212.

¹¹⁸José Antonio García-Trevijano Fos, Los Actos Administrativos, p. 234. En. Rafael Oyarte Martínez, *Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*, en, Foro Revista de Derecho No. 6, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Quito, 2006, pp. 212.

Por otro lado, tenemos la posición de la Corte Constitucional para el período de transición, a través de la Sentencia No. 002-09-SAN-CC¹¹⁹ (*ver documento en anexo 14*), en razón de la acción por incumplimiento Nro.0005-08-AN, cuyos accionantes manifiestan la falta de aplicación del artículo 23 de la Ley de Discapacidades dentro del dictamen emitido por el Procurador General del Estado, mismo que fue absuelto a solicitud del Director Nacional del Consejo Nacional de Discapacidades¹²⁰. Precisamente, en esta sentencia, el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional ecuatoriana, realizó un análisis de la naturaleza, alcance y efectos de los dictámenes emitidos por el Procurador General del Estado. De este modo, siguiendo en parte el análisis doctrinario anteriormente expuesto, la Corte concuerda con lo manifestado por el profesor Oyarte en cuanto a la negación del dictamen del Procurador como un acto administrativo y añade que el dictamen del Procurador no constituye tal manifestación de la administración, de acuerdo a los pronunciamientos del extinto Tribunal Constitucional ecuatoriano en razón de que este Tribunal declaró que:

[...] los pronunciamientos del Procurador General del Estado al absolver las consultas que se le formulan, no pueden ser estimados como actos administrativos en los términos generalmente aceptados por la doctrina del Derecho Administrativo, al carecer de efectos individuales y directos.¹²¹

Por otro lado cabe señalar que la Corte Constitucional considera que tales pronunciamientos deberán ser categorizados como: “normas[...] entendiéndose a éstas como última categoría primaria de expresión de los actos jurídicos de la administración”¹²². Precisamente la Corte

¹¹⁹ Corte Constitucional. Acción por incumplimiento. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. emitida el 02 de abril del 2009.

¹²⁰ N.B. La presente acción por incumplimiento fue interpuesta por La señora Silvia Game y el señor Alfredo Luna, el 25 de noviembre del 2008, dentro de la causa Nro.0005-08-AN, en contra del señor Procurador General del Estado y Señores Gerente General y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en donde los accionantes aluden el incumplimiento del Art. 23 de la Ley Reformativa a la Ley sobre Discapacidades, Art. 11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Artículo 20 literal b de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Resolución No. 0770 – 07 – RA y Resolución No. 335 – 98 – TC

¹²¹ Tribunal Constitucional del Ecuador, caso N° 003-2003-AA En. Sentencia emitida por la Corte Constitucional No. 002-09-SAN-CC, emitida el 02 de abril del 2009.

¹²² Corte Constitucional. Acción por incumplimiento. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. emitida el 02 de abril del 2009, p. 22.

para fundamentar su posición, critica el análisis doctrinario del doctor Rafael Oyarte señalando que en cuanto a la generalidad, el dictamen del Procurador no únicamente obliga a la administración pública ya que: “[...] la obligatoriedad del dictamen y su mandato de aplicar, inaplicar o de aplicar de determinada manera una norma, necesariamente incide en el ejercicio de derechos y prerrogativas de todos los administrados”¹²³. Y como evidencia de lo señalado la Corte pone a consideración precisamente el dictamen emitido por el Procurador General del Estado Nro. 01421¹²⁴, a través del cual se absolvió inaplicar el artículo 23 de la Ley de Discapacidades. Así, la Corte manifiesta que:

[...] a partir del dictamen, la administración pública está obligada a inaplicar el artículo 23 de la Ley de Discapacidades, lo cual tiene implicancias directas sobre los derechos de la generalidad de personas con discapacidad. Así queda en evidencia la generalidad del dictamen del Procurador¹²⁵.

Por otro lado, la Corte objeta la posición de Rafael Oyarte, el cual califica al dictamen del Procurador como: “una opinión sobre el modo de aplicar las normas”, negándole el carácter de “norma en sí misma”, a lo que la Corte estima que: “[si] la norma ‘en sí misma’ es la que crea derecho objetivo, el dictamen del Procurador cumple con ese criterio”, fundamentando esto último, en base al siguiente razonamiento:

[...] El autor ecuatoriano justifica su posición alegando que el dictamen del Procurador no puede reemplazar las resoluciones del antiguo Congreso Nacional y Corte Suprema de Justicia, pero esto es negar el ‘ser’ a partir del ‘deber ser’. **Deben** existir normas claras, supuestos de hechos que provoquen consecuencias claras manifestadas en deberes y derechos, pero el “**ser**” del asunto demuestra que a falta de normas claras, a falta de resoluciones del Congreso o de la Corte, el Procurador, a través de sus dictámenes, crea Derecho objetivo y modifica el régimen

¹²³Id., p. 23.

¹²⁴ NB. Dictamen Nro. 01421, emitido el 23 de junio del 2008, por el señor Procurador General del Estado, Dr. Diego García, a solicitud del Director Nacional del Consejo Nacional de Discapacidades, en cuanto a la vigencia, aplicación y exigibilidad del Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades, mismo que hace alusión expresa al derecho a importar vehículos ortopédicos y no ortopédicos y vehículos nuevos y usados de hasta tres años anteriores al modelo de autorización, destinados al traslado de personas con discapacidad. Artículo que, según el criterio del Señor Procurador General del Estado es contradictorio con el artículo 27 literal i de la Ley Orgánica de Aduanas, artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres y artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, así como el medio ambiente y los derechos del consumidor.

¹²⁵ Id., p. 23.

de supuestos de hecho, de deberes y derechos.¹²⁶ (las negrillas pertenecen a la Corte Constitucional).

Finalmente, sobre la última objeción de Rafael Oyarte, -en cuanto a la falta de jerarquía dispositiva dentro del ordenamiento jurídico en relación al dictamen del Procurador-, la Corte Constitucional señala que:

[...] No obstante, la afirmación del autor, tanto la Constitución de 1998 (art. 272) como la de 2008 (art. 425) se refieren a los “otros actos de los poderes públicos” en la última categoría de jerarquía normativa. Se puede aceptar que en la Constitución de 1998, el artículo 272 solamente hacía referencia a la sujeción de todos los actos (normativos o no) a la jerarquía superior de la Constitución y no establecía explícitamente una gradación; pero el artículo 425 de la nueva Constitución define de manera expresa el orden jerárquico normativo, y el dictamen está considerado dentro de la última categoría normativa como ‘acto del poder público’¹²⁷. (el resaltado me pertenece).

De esta forma el dictamen del Procurador General del Estado, ha sido categorizado por el máximo órgano de control e interpretación constitucional¹²⁸ mediante esta sentencia¹²⁹, como un “acto de poder público”, ubicándole a éste, dentro del último escalón de la jerarquía normativa establecida en el Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución del 2008.

Con todo lo anteriormente señalado, es claro que la Corte Constitucional ha determinado que el dictamen del Procurador General del Estado se lo ha de considerar como una norma situada dentro de la última gradación en cuanto a jerarquía normativa, es decir como un acto normativo, ya que el dictamen, aparte de tener un carácter vinculante general, crea derecho objetivo¹³⁰, labor que la realiza, en base únicamente, al inteligenciamiento del Procurador.

¹²⁶ Corte Constitucional. Acción por incumplimiento. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. emitida el 02 de abril del 2009. p. 23.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ NB. “Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (...).” Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹²⁹ NB. “Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

¹³⁰ El Derecho objetivo es pauta, regla, escala según el cual se fundamenta que del comportamiento de los sujetos, bajo un supuesto de hecho, resulten derecho y deberes. El Derecho objetivo fundamenta que bajo los supuestos designados por él se desarrollan derechos y deberes. El Derecho objetivo es el

3.1.1 La Naturaleza de la Absolución de consultas del Procurador como una Potestad consultiva de la Administración (Crítica a la posición de la Corte Constitucional):

A pesar de que la Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre cómo debemos comprender a la naturaleza de la absolución de Consultas por parte del Procurador General del Estado y que su decisión de considerarla como un acto normativo se constituye completamente obligatoria de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución de la República. Cabe hacer un análisis completo ante la posición del máximo organismo de interpretación constitucional ya que a mi muy reservado discernimiento, podría resultar distorsionado a lo que se considera legal y doctrinariamente “norma”, un acto de simple administración por naturaleza distinta como lo es el dictamen del Procurador, por lo que procedo a realizar el siguiente análisis académico sobre las absoluciones de consultas emitidas por el Procurador General del Estado, en los siguientes términos:

En primer lugar, resulta conveniente no focalizarnos en la búsqueda de la naturaleza del dictamen del Procurador en base únicamente a los efectos que produce esta manifestación de la administración –tal y como lo realizó la Corte Constitucional- sino más bien, tratar de encontrar la naturaleza de la misma a través del análisis del contenido y el alcance de las potestades nacidas de la Constitución y la ley con las que ha sido atribuida a la Procuraduría General del Estado.

Por ello, resulta conveniente definir que son las potestades administrativas. En este sentido, sabemos que las mismas constituyen poderes reconocidos por el ordenamiento jurídico a las Administraciones Públicas para que puedan realizar ciertas actividades privilegiadas con la finalidad de satisfacer los intereses públicos puestos bajo la órbita de su competencia¹³¹.

que crea la razón jurídica suficiente para engarzar con un determinado supuesto de hecho, determinados derechos y deberes que nacen, perduran y desaparecen con éste. El Derecho Objetivo es el único que fundamenta y crea derechos subjetivos y deberes, *vid.* Alfredo Gallego Anabitarte, Ángel Menéndez Rexach, y otros. *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, p. 32.

¹³¹ Cfr. Juan Carlos Ferrada Bórquez. “Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno”. En: *Revista de Derecho*, Vol. XX- Nro. 2, Santiago, 2007, p. 76.

Dentro de ellas podemos destacar las más relevantes como son: las Potestades normativas, sancionadoras, consultivas, expropiatoria, de gestión, de revisión de oficio de actos administrativo, entre otras.

En el presente caso, nos inmiscuye únicamente entrar en el análisis de las potestades normativas y de las potestades consultivas:

Por un lado, *las potestades normativas*, constituyen aquellas facultades que el ordenamiento jurídico reconoce a ciertos órganos para crear, modificar, derogar e interpretar normas jurídicas¹³². Estas potestades pueden dividirse en el Ecuador de la siguiente manera:

- i) *Potestades Constituyentes*: Podemos señalar que quien ejerce el Poder Constituyente Originario en el Ecuador es la Asamblea Constituyente convocada por consulta popular, la misma que podrá ser solicitada por el Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 444 de la Constitución de la República. Por otro lado, quien ejerce el Poder Constituyente Derivado, en aquellos casos de *enmienda constitucional* es la *ciudadanía* mediante referéndum, solicitado por el Presidente de la República o por el ocho por ciento de las personas inscritas en el Registro Electoral, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 441; y, *la Asamblea Nacional* de acuerdo al procedimiento establecido en el numeral 2 del mismo artículo. Y, en los casos de *reforma constitucional* es también la ciudadanía mediante referéndum, quien tendrá esta potestad de reformar la Constitución, y lo hará en base al proyecto aprobado por la Asamblea Nacional cuya iniciativa pudo haber sido propuesta por el Presidente de la República, la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas o ciudadanos inscritos en el registro electoral o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional de conformidad con lo establecido en el artículo 442 de la Constitución.

¹³² Cfr. Juan Francisco Linares, *Derecho Administrativo*, Argentina, Editorial Astrea, 2007, p. 153.

Podemos señalar además que la potestad de interpretación constitucional, ha quedado atribuida a la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429 y 436 de nuestra Carta Suprema.

ii) Potestades Legislativas: esta potestad así mismo es ejercida por los correspondientes órganos establecidos en la Constitución. En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 120, *la Asamblea Nacional* es la facultada para “[...] expedir, codificar, reformar y derogar leyes, e interpretarlas de manera obligatoria.”¹³³, misma facultad que queda supeditada a la sanción u objeción del Presidente de la República de conformidad con lo dispuesto en los artículos 136-138 de la Constitución. Cabe señalar que la iniciativa legislativa para presentar proyectos de ley se encuentra atribuida a: Las Asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República (quien se encuentra facultado a presentar privativamente proyectos de ley que creen, modifiquen o extingan impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división político administrativa del país), a las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia, a la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones; y, a las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos del cero punto veinticinco de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.

iii) Potestades Reglamentarias: podemos observar que dicha facultad en nuestro ordenamiento jurídico ha sido confiada a los diferentes órganos del Estado y entidades estatales tanto por la Constitución de la República como por normas de

¹³³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 120. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

inferior jerarquía. En este sentido, podemos observar que quien goza de potestad reglamentaria nacida de una facultad constitucional es *el Presidente de la República* quien según lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 147 de la Constitución, se encuentra atribuido para “[...] expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”¹³⁴. Así mismo, podemos considerar que esta potestad se encuentra atribuida en todo el ordenamiento jurídico a las diferentes entidades que conforman el aparato estatal Ecuatoriano. Un simple ejemplo podemos encontrar en lo dispuesto en el literal u) del artículo 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior, norma que faculta al Consejo de Educación Superior a: “[...] Aprobar la normativa reglamentaria necesaria para el ejercicio de sus competencias”¹³⁵.

Por otro lado, tenemos *las potestades consultivas*, mismas que según el profesor Juan Francisco Linares constituye aquella: “[...] actividad preparatoria de la administración activa y de la jurisdiccional-administrativa, que consiste en el asesoramiento jurídico, y técnico no jurídico por órganos especializados, para casos concretos, a través de actos de administración”¹³⁶. En este sentido el jurista en mención señala la existencia de tres especies de dictámenes producidos en la actividad consultiva, los cuales son:

- i) *El dictamen facultativo*: es aquel que se emite a consecuencia de una consulta cuya respuesta puede, o no, ser seguida por el órgano consultante¹³⁷.
- ii) *El dictamen obligatorio*: es el que se constituye como un elemento esencial en la formación de la voluntad administrativa, con prescindencia de que se haya que seguirse o no¹³⁸.

¹³⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 147. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹³⁵ Ley Orgánica de Educación Superior. Artículo 169. Suplemento del Registro Oficial Nro. 298 de 12 de octubre del 2010.

¹³⁶ Juan Francisco Linares. *Derecho Administrativo*. Argentina: Editorial Astrea, 2007, p. 177.

¹³⁷ Cfr. *Ibíd.*

¹³⁸ Cfr. Juan Francisco Linares, *Derecho Administrativo*. *Óp cit.*, p. 177.

iii) El dictamen vinculante: es aquel que se lo solicita por una entidad consultante, pero que una vez emitido obliga al órgano de decisión a resolver de conformidad con lo absuelto en el dictamen¹³⁹.

Se debe considerar además, que el alcance de la potestad consultiva (como facultativo, obligatorio o vinculante) quedará a consideración del legislador al momento que atribuya al órgano consultor de una u otra condición consultiva.

En este sentido, podemos observar claramente que, al habersele encargado a la Procuraduría General del Estado, la facultad para: “[...] El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos”¹⁴⁰. Únicamente se le ha atribuido con una *potestad consultiva* –correspondiente a la especie de los dictámenes vinculantes- y no con una potestad normativa tal y como concluye la Corte Constitucional.

Precisamente, el entender al dictamen del Procurador General del Estado, como un acto normativo creador de derecho objetivo –tal y como lo hizo la Corte Constitucional- tiene como resultado, la existencia clara de la vulneración al principio de legalidad dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República, en razón de que tal condición rebasaría notoriamente su facultad consultiva con la que fue atribuido constitucionalmente el Procurador General del Estado, convirtiéndose –según el criterio de la Corte Constitucional- en un completo legislador con la capacidad suficiente para crear, modificar, derogar e interpretar normas jurídicas, reglamentos, ordenanzas, etc. Y no solo eso, sino que además, nos encontraríamos en una manifiesta y agresiva intromisión en las potestades normativas de los organismos que tienen tales atribuciones *como la Asamblea Nacional, el Presidente de la República y demás organismos que gozan de potestades normativas tal y como lo pudimos observar en la*

¹³⁹ Cfr. *Ibíd.*

¹⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 237. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

descripción anteriormente presentada pudiendo desembocar tal situación incluso en el resquebrajamiento del mismo Estado de Derecho.

Incluso, si tratamos de analizar al dictamen del Procurador de acuerdo a sus efectos, es decir de conformidad con el razonamiento de la Corte Constitucional, tenemos como resultado que tampoco cumple con tales criterios, en este sentido tenemos que:

Si bien la Corte Constitucional, señala que el dictamen del Procurador cumple con la característica de *generalidad* –en cuanto señala que su mandato de aplicar, inaplicar o de aplicar de determinada manera una norma, necesariamente incide en el ejercicio de derechos y prerrogativas de todos los administrados- Resulta en realidad que tal generalidad, encuentra un grave limitante, cuando se encuentra bajo los organismos jurisdiccionales¹⁴¹. En este sentido, debemos señalar lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el cual señala lo siguiente:

Art. 13.- De la absolución de consultas.(Reformado por la Disposición Reformatoria Primera de la Ley s/n, R.O. 522S, 22X2009). Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, de la Corte Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, *excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la Litis [...]*¹⁴² (las cursivas son mías)

Así mismo, la Procuraduría General del Estado mediante la Resolución Nro. 17 PROCEDIMIENTO PARA LA ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS POR PARTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO (*ver documento en anexo 15*), señaló que:

Art. 3.- (Reformado por la Disposición Reformatoria Primera de la Ley s/n, R.O. 52-2S, 22-X-2009).- Los temas objeto de las consultas no versarán sobre asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones o recursos que se sustancien o deban sustanciarse en la Corte Constitucional.
Si por desconocimiento de la Procuraduría General del Estado o desinformación de la

¹⁴¹ NB. En este caso en particular, me refiero únicamente a los organismos jurisdiccionales de la justicia ordinaria.

¹⁴² Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 13. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril de 2004.

institución consultante, se absolvieren consultas que se encontraren en los casos previstos en el inciso anterior, el pronunciamiento del Procurador General del Estado no tendrá carácter vinculante ni obligatorio respecto al asunto consultado. En estos casos, los representantes legales o convencionales de las instituciones que hubieren formulado la consulta responderán por los daños y perjuicios que se puedan causar por la pretensión de obtener pronunciamientos del Procurador General del Estado, que legalmente son improcedentes y carecen de eficacia jurídica.¹⁴³ (las cursivas son mías)

Así, podemos observar que el dictamen del Procurador General del Estado pierde tal condición de generalidad –al perder su carácter vinculante- cuando el asunto se encuentra bajo la competencia de los órganos jurisdiccionales correspondientes. En este sentido, se comprobó que los organismos jurisdiccionales no se encuentran obligados a cumplir lo dispuesto por el Procurador General del Estado, pudiendo aseverar entonces que el mismo no constituye un acto normativo como una ley, una ordenanza, o un reglamento, las cuales imperativamente los jueces si se encuentran en la obligación de aplicarlas.

En cuanto al argumento de la Corte Constitucional, mediante el cual señala que los dictámenes del Procurador constituyen normas en sí mismas, en razón de que:

[...] **Deben** existir normas claras, supuestos de hechos que provoquen consecuencias claras manifestadas en deberes y derechos, pero el “**ser**” del asunto demuestra que a falta de normas claras, a falta de resoluciones del Congreso o de la Corte, el Procurador, a través de sus dictámenes, crea Derecho objetivo y modifica el régimen de supuestos de hecho, de deberes y derechos [...] ¹⁴⁴ (el resaltado pertenece a la Corte Constitucional).

Precisamente, partiendo de este análisis, cabe señalar que si bien el “ser” del asunto ha demostrado que existe fallas dentro del ordenamiento jurídico, no resultaría justificado que en base al “inteligenciamiento” de una sola persona, se pueda cambiar o modificar el ordenamiento jurídico, ya que, aseverar lo primero, constituiría saltarse o violentar completamente los procedimientos establecidos para la formación de cualquier acto normativo (sea una ley, un reglamento, una ordenanza, etc.), lo que daría como resultado normas carentes de validez alguna, atentando en contra del principio de legitimidad de las mismas.

¹⁴³ Resolución Nro. 17 Procedimiento para la Absolución de Consultas por Parte de la Procuraduría General Del Estado. Artículo 3. Registro Oficial 102, 11-VI-2007.

¹⁴⁴ Corte Constitucional. Acción por incumplimiento. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. emitida el 02 de abril del 2009. p. 23.

Y finalmente, en cuanto a la jerarquía dispositiva con que catalogó la Corte Constitucional al dictamen del Procurador, que dispone: “[...] se lo ha de considerar como un acto de poder público dentro de la última categoría normativa dispuesta en el artículo 425 de la Constitución de la República”¹⁴⁵. Podemos señalar que tal posición resulta extraña y confusa ya que al situar en la última categoría del ordenamiento jurídico, al parecer estaría por debajo de simples acuerdos y resoluciones, siendo entonces que se crearían normas pertenecientes a un mismo cuerpo normativo que tienen categorías jerárquicas diferentes.

3.1.1.1 Categorización personal de la absolución de consulta del Procurador General del Estado

Siguiendo esta línea, en la cual hemos enmarcado a la facultad del Procurador General del Estado para absolver consultas con carácter vinculante, como una potestad consultiva de conformidad al mandato Constitucional (numeral 3 de la Constitución de República 2008) y a las disposiciones legales (artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado), trataremos ahora de proponer nuestra propia categorización de tal manifestación administrativa, en este sentido cabe señalar lo siguiente:

Como lo mencionamos anteriormente, tanto la Constitución como la ley han creado organismos con potestades consultivas, los cuales en la actualidad son completamente necesarios en razón del gran nivel de complejidad que existe en la actividad estatal. De esta forma, todo el aparato estatal encuentra a través de tales organismos, una asistencia técnica que le facilitará elementos de juicio *para la formación de la voluntad administrativa*.

En este sentido, Roberto Dromi señala que:

“La función administrativa ejercida por los órganos consultivos *es una actividad preparatoria de las decisiones de los órganos activos de la Administración*. La actividad de los órganos consultivos se traduce en la formulación de una opinión técnico-jurídica calificada, sobre la oportunidad y legalidad de la futura voluntad administrativa.”¹⁴⁶ (las cursivas son mías).

¹⁴⁵ Corte Constitucional. Acción por incumplimiento. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. emitida el 02 de abril del 2009. p. 23

¹⁴⁶ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Óp cit., p. 458.

Precisamente, si consideramos que la actividad de esta potestad consultiva se la realiza como un apoyo o asesoramiento antes de la emisión de la actividad administrativa, y que la facultad de absolver consultas por parte del Procurador, se enmarca en tal categoría, debemos ceñirnos a la única manifestación de la administración que se acopla a tal condición. Doctrinariamente se la conoce como acto de administración o en el Ecuador se la concibe como *acto de simple administración*, y a la cual se la ha conceptualizado como: “[...] aquella declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en el ejercicio de la facultad administrativa, con efectos jurídicos individuales en forma indirecta.”¹⁴⁷

Disgregando tal conceptualización podemos observar que la absolución de consulta del Procurador, cumple con la primera condición que es *ser una declaración interna*. En este sentido, cabe señalar que el pronunciamiento del Procurador General del Estado es anterior y previo a la emisión de la voluntad administrativa, incluso cabe señalar que se puede distinguir dos actos separados e independientes, el uno preparatorio el cual es emitido por el órgano consultivo (Procuraduría General del Estado) como un acto de simple administración: y, el otro definitivo el cual exterioriza la voluntad de la administración (emitido por el órgano consultante) como acto administrativo.

En segundo lugar, considerando lo ya analizado en párrafos anteriores, podemos aseverar que el Procurador realiza su pronunciamiento en base a sus *potestades consultivas* limitándose a dar su opinión técnico-jurídico sobre la inteligencia o aplicación de la normas, es decir un asesoramiento jurídico que coadyuve en la emisión de la futura voluntad de la administración.

Como tercer punto, doctrinariamente se señala que los actos de simple administración *deben producir efectos individuales de forma indirecta*. En este sentido, podemos señalar que si bien el pronunciamiento del Procurador General del Estado no tiene efectos individuales, en razón de que según lo dispuesto en el literal e) del artículo 3 de la LOPGE: “[...]el pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública”¹⁴⁸. Podemos señalar que la generalidad de sus efectos no cambia la naturaleza del mismo *-es decir no lo convierte en un acto normativo-*. En

¹⁴⁷ Cfr. Juan Francisco Linares. *Derecho Administrativo*. Óp cit., p. 258.

¹⁴⁸ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 3. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril de 2004.

este sentido, cabe mencionar que el alcance de tal generalidad es únicamente dentro de la propia administración pública en aquellos casos análogos que deba resolver, por lo que sigue siendo parte de las actividades interadministrativas del Estado. Y finalmente, en cuanto a los *efectos indirectos* podemos señalar que la absolución de consulta del Procurador también cumple con tal condición en razón de que los mismos no afectan directamente al administrado, sino a través del acto administrativo de la entidad consultante.

3.2 Tipos de Interpretación utilizados por la Procuraduría General del Estado

Ahora bien, si de la misma forma consideramos al dictamen del Procurador General del Estado como un acto normativo, tal como lo determinó la Corte Constitucional *-claro está sin adherirnos a tal posición-* podríamos afirmar entonces que el ejercicio de “inteligenciamiento o aplicación de la ley” que realizaba el Procurador, en la actualidad constituye un indudable ejercicio de interpretación normativo que finalmente termina “creando derecho positivo”. Consecuentemente, cabría preguntarse si el Procurador encuentra un soporte al momento de realizar sus dictámenes-normas en algún método en particular de interpretación normativa.

De esta forma, y aunque apartándonos un poco de la finalidad de la presente disertación, que es encontrar la verdadera labor de la Procuraduría General del Estado, me permito situar las formas de interpretación que tradicionalmente se pudieron venir realizando y como en la actualidad se las debería realizar.

Comprobado en primer lugar, que dicha facultad de absolver consultas sobre el inteligenciamiento o aplicación de la ley –que en la actualidad ha sido considerada por la Corte Constitucional como un pleno ejercicio de interpretación normativa- fue otorgada a la Procuraduría General del Estado en el año 2001, es decir a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, promulgada en el Registro Oficial Nro. 372 de 19 de julio de ese año, y esto precisamente, cuando se encontraba en plena vigencia la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, misma que consagraba

al Ecuador como un Estado Social de Derecho¹⁴⁹ la cual, según los pensamientos neoconstitucionalistas, es considerada como parte de aquel modelo liberal, el cual se caracterizaba por la primacía de la ley¹⁵⁰ y además, que se tenía como única guía de interpretación, aquellas reglas constantes en el artículo 18 del Código Civil, que por cierto, son reglas de interpretación que son utilizadas únicamente por los jueces. Es claramente observable que la labor del Procurador no encontraba límites, sino únicamente en aquellos métodos de interpretación jurídica tradicionales, pudiendo escoger de entre ellos el literal o gramatical, el histórico, el sistemático, el sociológico, etc. Lo cual daba como resultado en primera instancia, que los dictámenes emitidos por el Procurador General del Estado, tengan una fuerte carga de discrecionalidad en su búsqueda por encontrar el espíritu de la ley.

Sin embargo, me atrevo a reflexionar que en base al principio de legalidad que entrañaba el ejercicio de los órganos del Estado –*en la actualidad lo sigue haciendo pero ahora con respeto a los derechos establecidos en la Constitución*–, y que se encontraba dispuesto dentro del artículo 119 de la Constitución de 1998, el cual señalaba que: “[...] Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común[...]”¹⁵¹. Los pronunciamientos emitidos por el Procurador hasta antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución, pudieron haber sido motivados buscando siempre la literalidad de las normas, principalmente aplicando aquellas características inherentes a la *interpretación literal* o a la que algunos llaman *interpretación declarativa*¹⁵². Es decir, como lo señala Miguel Carbonell, utilizando en primer

¹⁴⁹ NB. Tal como lo señala el Art. 1 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

¹⁵⁰ Cfr. Carolina Silva Portero. *Las Garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?*. En: Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ed. Ramiro Ávila. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 64.

¹⁵¹ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 119. Registro Oficial Nro. 1 de 1 de agosto de 1998.

¹⁵² NB. Si bien para algunos la interpretación “literal” o también llamada “declarativa” es aquella que atribuye a las disposiciones normativas su significado “propio”. Sin embargo para Miguel Carbonell, si existe una diferencia entre estos tipos de interpretaciones. Precisamente el mencionado doctrinario señala que la interpretación “literal” hace referencia al significado exactamente literal de la disposición interpretada. Mientras que la interpretación “declarativa” hace hincapié más bien al significado querido por el legislador. Sin embargo personalmente pienso que se las puede colocar en una misma categoría

lugar el llamado “Argumento de lenguaje Común”, el cual como apela el mismo, la interpretación utilizada sería aquella que se entendía por el significado “común” de las palabras y a las reglas gramaticales de la lengua generalmente aceptadas¹⁵³. Por otro lado, éste método también aplica, el llamado “argumento a contrario”; el cual, como lo señala el jurista anteriormente señalado, tiene como finalidad: “[...] interpretar en la manera en que el legislador ha dicho exactamente lo que quería decir, dejando de lado todo aquello que el legislador no ha dicho expresamente en la norma”¹⁵⁴. De esta forma, tal y como lo ejemplifica el autor en mención: “el texto ‘T’ se entiende en el sentido S₁ y no en el sentido S₂”. Precisamente para una mayor comprensión lo haremos con un caso práctico de una norma perteneciente a nuestra legislación, –Considero que es mejor ejemplificarlo con una norma antigua e incluso derogada como la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa, LOSCCA, la cual se encontraba en vigencia cuando nos regíamos por la anterior Constitución así como la anterior LOPGE, ya que la gran mayoría de normas, en la actualidad, se encuentran en armonía con la actual Constitución del 2008 –. Supongamos que alguna institución estatal consultó al Procurador sobre los requisitos para el ingreso al Servicio Público –llamado civil en ese entonces-. De esta forma tenemos que el artículo correspondiente determina que: “Art. 6.- Requisitos para el ingreso.- Para ingresar al Servicio Civil se requiere: [...] a) Ser ciudadano ecuatoriano, mayor de 18 años[...]”¹⁵⁵. A lo que el señor Procurador se pronunciaría, en base al principio de legalidad y en ejercicio de la interpretación según el argumento a contrario perteneciente al método de la literalidad o también llamado declarativo, que solo los ciudadanos ecuatorianos mayores de 18 años de edad podrán ingresar al Servicio Civil, dejando excluidos a los extranjeros y a los menores de 18 años de edad, *en razón de que la norma no prevé de manera textual tal atribución para*

por su finalidad ya que tanto la una como la otra buscan excluir todos los significados diferentes que al que se ha plasmado positivamente.

¹⁵³ Cfr. Miguel Carbonell. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Biblioteca Jurídica Virtual del III UNAM, 2013, p. 27. En: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/estudios_sobre_la_interpretacion_juridica.shtml (acceso 02-03-2013).

¹⁵⁴ Id., p.28.

¹⁵⁵ Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa. Artículo 6. Suplemento de Registro Oficial Nro.184 de 06 de octubre de 2003.

éstos, por lo tanto se excluye a todos los elementos de hecho que no calcen dentro del campo de aplicación de la norma.

Esta reflexión personal se basa en el principio de legalidad seguido por la Procuraduría General del Estado en las absoluciones de consulta hasta antes de la Constitución del 2008. Ahora bien, debemos considerar que nuestros preceptos constitucionales han tenido una nueva perspectiva a partir del 2008, y que de igual forma la facultad otorgada al Procurador ha sido modificada, por la propia Corte Constitucional –principalmente en cuanto a su naturaleza, catalogada en la actualidad como fuente creadora de derecho positivo- por lo que, al encontrarnos en el mismo panorama que cuando estaba en vigencia la anterior Constitución, es decir, sin métodos específicos para la interpretación normativa que realiza el Procurador sobre la aplicación o inteligenciamiento de las normas, me atrevo a proponer aquellos métodos que por su naturaleza también creadora de derecho, podrían encajar totalmente en el inteligenciamiento o mejor llamado interpretación del Procurador General del Estado.

De este modo, iniciaremos el estudio de la llamada interpretación “correctora”, la cual por su naturaleza se encuentra en clara contraposición de la interpretación “literal”. Pero, precisamente para poder avanzar en el estudio de la misma, es necesario en primer lugar, argumentar la razón del por qué en la actualidad ya no conviene a nuestro sistema neoconstitucionalista utilizar el llamado método “literal”, respuesta que la desarrolla Miguel Carbonell señalando que en primer lugar: “[...] no se puede atribuirse a un determinado documento normativo su significado literal, porque eran distintas las voluntades, los objetivos o la intención de cada legislador [al momento de crear el cuerpo normativo]¹⁵⁶”. Lo que conllevaría en realidad, a realizar una interpretación subjetiva de la voluntad general de todos los legisladores, y que a fin y al cabo, quedaría en la propia psiquis del intérprete, elegir qué sentido da a esta generalidad de las voluntades legislativas. Así mismo este autor acota que, sin menoscabar de ninguna manera la labor legislativa, en el supuesto de que el legislador pueda haber formulado normas absurdas, la aplicación de la literalidad conllevaría a una interpretación igualmente absurda¹⁵⁷, esto tomando en consideración, como lo menciona

¹⁵⁶ Cfr. Miguel Carbonell. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Óp. cit., p. 32

¹⁵⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 32.

Carbonell lo absurdo es algo completamente subjetivo y por tanto siempre controvertible. Como tercer punto, aquella oposición al método literal, considerando el “argumento naturalístico”; el cual, pone de manifiesto que al encontrarse algunas normas vigentes de las cuales, por los cambios sociales, temporales y hasta culturales, su aplicación literal al momento de interpretarla “[quedaría desacreditada] porque ya no se ajusta a la realidad”¹⁵⁸. Y como argumento final se debe anotar además, que la aplicación literal de las normas de carácter legal e incluso todas aquellas de menor rango jerárquico, implica la descontextualización a todo el sistema jurídico. como resultado, la posible falta de congruencia que tenga aquella interpretación con las normas superiores que se encuentran en el ordenamiento jurídico, más específicamente a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución, e incluso las propias leyes. Es decir, que la aplicación del método literal, cerraría la posibilidad de armonizar todas las normas del ordenamiento jurídico, precisamente por la falta de una interpretación que debe ser necesariamente sistemática adecuada¹⁵⁹.

Ahora bien, retomando el estudio de aquellos métodos de interpretación normativa que pueden servir de aplicación para la labor de inteligenciamiento que realiza el Procurador General del Estado en base al nuevo contexto constitucional que se encuentra vigente. Como ya se lo ha indicado, la interpretación correctora se caracteriza por su oposición al método literal, y más bien su naturaleza la conlleva a realizar una labor “correctiva” de la labor legislativa, cuyo *telos* será encontrar el verdadero significado de la norma y no la intencionalidad del legislador. Tal y como lo señala Miguel Carbonell; la interpretación correctora puede ser de dos tipos aquella interpretación correctora extensiva y por otro lado la interpretación correctora restrictiva.

3.2.1 La Interpretación Correctora Extensiva

Se llama extensiva aquella interpretación que:

[...] extiende el significado prima facie de una disposición incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no encontrarían en él[...]

¹⁵⁸ Cfr. Miguel Carbonell. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Óp. cit., p.33.

¹⁵⁹ NB. Método de interpretación que lo revisaremos con posterioridad.

por ejemplo la extensión a los ‘trabajadores autónomos’, sin más especificaciones, puede presentarse como una interpretación extensiva del término ‘trabajador’ ¹⁶⁰.

Precisamente, como es observable en el ejemplo de Carbonell, la utilización de éste método ayuda a evitar la existencia de lagunas dentro del ordenamiento jurídico, en este caso, si tomamos tanto las prerrogativas como las obligaciones normativas que acogen a los “trabajadores” dentro del ordenamiento jurídico y las extendemos a los “trabajadores autónomos”, el intérprete lograría evitar aquellos silencios que existieren en las normas sobre los “trabajadores autónomos”. Es así que para poder utilizar este método de interpretación, se debe considerar dos argumentos en específico, en razón de que no resulta tan fácil la utilización de este método en otros casos diferentes al propuesto, los cuales son:

3.2.1.1 El argumento a simili

Más conocido como el argumento de la semejanza, es precisamente aquel que otorga las mismas consecuencias jurídicas para hechos fácticos similares, es decir, una especie de aplicación analógica. De este modo, Carbonell ejemplifica a dicho argumento de la siguiente manera: *en la disposición D (“F₁, entonces G”)*. Aquí podemos observar cómo se conecta la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F₁. Por lo tanto, la aplicación del argumento a simili debería entenderse que en el mismo sentido la consecuencia G se aplica también al supuesto F₂, es decir, *(“si F₂, entonces G”)*. Para ejemplificar este argumento en un caso aplicado a nuestra legislación se seleccionó una norma que se encuentra vigente y en armonía con la Constitución del 2008 que es la Ley Orgánica de Educación Superior, la cual manifiesta lo siguiente:

Art. 126.- Reconocimiento, homologación y revalidación de títulos.- La Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación *efectivizará el reconocimiento e inscripción automática de títulos obtenidos en el extranjero* cuando dichos títulos se hayan otorgado por instituciones de educación de alto prestigio y calidad internacional; y siempre y cuando consten en un listado que para el efecto elaborare anualmente la Secretaría. En estos casos, no se requerirá trámite alguno para que el título sea reconocido y válido en el Ecuador.¹⁶¹ (las cursivas me pertenecen)

¹⁶⁰ Ibid., p. 34.

¹⁶¹ Ley Orgánica de Educación Superior. Artículo 126. Registro Oficial Nro. 298 de 12 de Octubre del 2010

Como se puede observar, la norma anteriormente transcrita, efectiviza el reconocimiento automático de *títulos extranjeros* cuando éstos hayan sido otorgados por instituciones de alto prestigio. Sin embargo, la norma no prevé que sucede con aquellos *títulos en modalidad semi-presencial* que pudieron ser otorgados por las instituciones igualmente de alto prestigio. Para esto y aplicando el *argumento a simili* se debería conceder de igual forma el reconocimiento automático a aquellos títulos en modalidad *semi-presencial* que pudieron ser otorgados por las instituciones de alto prestigio, es decir otorgar la misma consecuencia jurídica llamada “G” al supuesto de hecho semejante es decir al “F₂”.

3.2.1.2 El argumento a fortiori

Este argumento en particular sostiene la posición de que si *en la disposición “D” (“F₁, entonces G”)* “con mayor razón” merece la misma consecuencia jurídica el supuesto de hecho “F₂”. De esta forma ejemplificando lo expuesto por Carbonell, con una norma perteneciente a la Ley Orgánica de la Salud, que señala: “Art. 168.- Son profesionales de la salud humana facultados para prescribir medicamentos, los médicos, odontólogos y obstetrices”¹⁶².

De esta manera, se puede decir que la norma –en el caso de interpretarla de una manera literal-únicamente facultaría para prescribir medicamentos a los médicos, odontólogos y obstetrices. De otra manera, aplicando el argumento a fortiori, se consideraría que si la ley faculta a estos tres profesionales de salud a prescribir medicamentos, *con más razón* podrán prescribir recetas médicas los Psiquiatras, Neurólogos, Cardiólogos. Etc.

En concordancia con lo anteriormente mencionado, Carbonell señala que se debe considerar además; que el argumento *a fortiori* puede presentarse de dos formas: mediante el Argumento *a majori ad minus* y por el Argumento *a minori ad majus*. El primero de éstos, es decir el argumento a majori ad minus; básicamente se resumen en la máxima “quien puede lo más, puede lo menos”. Así tomando una norma del COOTAD sobre remuneraciones y dietas de los órganos legislativos de los GADs, la cual señala:

¹⁶² Ley Orgánica de la Salud. Artículo 168. Registro Oficial Suplemento Nro. 423 de 22 de diciembre de 2006.

Art. 358.- Remuneración y Dietas.- *Los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales* son autoridades de elección popular que se regirán por la ley y sus propias normativas, percibirán la remuneración mensual que se fije en acto normativo o resolución, según corresponda al nivel de gobierno. *En ningún caso la remuneración mensual será superior al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración del ejecutivo del respectivo nivel de gobierno, y se deberá considerar irrestrictamente la disponibilidad de recursos.* En el caso de los vocales de los gobiernos parroquiales rurales este porcentaje no podrá ser superior al treinta y cinco por ciento (35%).¹⁶³(las cursivas me pertenecen).

A lo que en aplicación del argumento *A majori ad minus* podríamos aseverar que si bien se les puede pagar a los miembros de los órganos legislativos de los GADs hasta un 50% de la remuneración del Ejecutivo; no habría razón, por la que no se les pueda pagar únicamente un 45% o un 40%. Por último observaremos el argumento contrario a éste, es decir el Argumento *a minori ad majus*. el cual sostiene la existencia de una mayor razón para realizar la situación jurídica no prevista en la ley. Así, por el artículo 6 del COOTAD, señala:

Art. 6.- Garantía de autonomía.- *Ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía* política, administrativa y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la Constitución y las leyes de la República.¹⁶⁴ (las cursivas me pertenece).

De esta manera ejemplificando el argumento a fortiori en aplicación al argumento a minori ad majus, se puede decir que la norma, al prohibir la interferencia por parte de *cualquier función del Estado* en la autonomía política, administrativa y financiera de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, con mayor razón quedarían prohibidos de intervenir en dicha autonomía por ejemplo *Estados Extranjeros u Organizaciones Internacionales, etc.*

3.2.2 La Interpretación Correctora Restrictiva

¹⁶³ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 359. Suplemento del Registro Oficial Nro. 303 de 19 de octubre de 2010.

¹⁶⁴ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 6. Suplemento del Registro Oficial Nro. 303 de 19 de octubre de 2010.

Se llama interpretación correctora restrictiva aquella que: “[...] restringe o circunscribe el significado prima facie de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él”¹⁶⁵. Su fundamento de aplicación se plantea precisamente para evitar que el intérprete pueda reconducir el supuesto de hecho planteado a otra norma distinta, es decir una interpretación ajustada a las necesidades particulares del intérprete que no necesariamente busquen como fin la justicia, sucediendo consecuentemente, que cree una antinomia jurídica, ya que tal supuesto de hecho podría ser ajustado, dependiendo la interpretación, a dos normas distintas.

Para una mayor comprensión tomaremos el artículo 25 del Código de la Democracia para ejemplificar lo anteriormente mencionado –además del artículo en mención, lo hemos complementado al mismo tiempo con pies de página, con el contenido de las normas señaladas dentro de éste-. Con estos antecedentes tenemos que:

Art. 25.- Son funciones del Consejo Nacional Electoral (...)3. *Resolver en el ámbito administrativo los asuntos que sean de su competencia y las contravenciones electorales previstas en los artículos 290¹⁶⁶, 291¹⁶⁷ y 292¹⁶⁸ de esta Ley*; de todas estas resoluciones se podrá apelar ante el Tribunal Contencioso Electoral. (las cursivas me pertenece).

¹⁶⁵ Miguel Carbonell. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Óp. cit., p.39.

¹⁶⁶NB. “ Art. 290.- Será sancionado con multa de tres remuneraciones mensuales básicas unificadas:

1. Quien injustificadamente retarde el envío o la entrega de los documentos electorales a las juntas respectivas. 2. Quien publique adhesiones a candidaturas, utilizando firmas de ciudadanas o ciudadanos que las hayan otorgado con otra finalidad, las comercialice o las entregue a un sujeto político distinto de la persona u organización política para quien estaban dirigidos originalmente. 3. Quien retenga el pasaporte o la cédula de ciudadanía o identidad de otra persona, con el fin de coartar la libertad de sufragio. 4. Los vocales de las juntas receptoras del voto que con su decisión contribuyan a negar el voto de una electora o elector facultado por hacerlo, o que acepten el voto de una electora o elector impedido legalmente para sufragar”. *Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 578 de 27 de abril del 2009.*

¹⁶⁷ NB. “Art. 291.- Se sancionará con multa equivalente al cincuenta por ciento de una remuneración mensual básica unificada a:

1. Quien haga propaganda dentro del recinto electoral en el día de los comicios. 2. Quien haga propaganda electoral en los días en que dicha propaganda se encuentra prohibida por la ley. 3. Quien expendo o consuma bebidas alcohólicas en los días en que exista prohibición de expendio o consumo de tales bebidas. 4. El que ingrese al recinto electoral o se presente a votar en estado de embriaguez. 5. Quien suscite alguna alteración o perturbación en el desarrollo de las votaciones, dentro o fuera de los recintos electorales. 6. Quien se presente a votar portando armas.

En el caso de portar armas sin permiso además de la sanción impuesta en esta Ley, el infractor será puesto a disposición de la Fiscalía General del Estado para los fines legales consiguientes”. Ley

Como una primera percepción de la norma, desarrollada en los pies de página anteriores, se puede observar que todas las contravenciones en materia electoral podrán ser denunciadas y tramitadas por el Consejo Nacional Electoral, es decir todas aquellas que atenten básicamente con los derechos electorales que gozan las y los ecuatorianos. Sin embargo, supongamos un supuesto de hecho, en donde exista cualquier tipo de irregularidad en algún proceso eleccionario de una *universidad pública o privada o de alguna escuela politécnica*¹⁶⁹. En este caso en particular, los afectados en sus derechos subjetivos electorales ¿deberían presentar su denuncia ante el Consejo Nacional Electoral?. Respondiendo a esta cuestión, en base a una interpretación literal de la norma, que sí, en razón, de que el Consejo Nacional Electoral puede conocer todo tipo de irregularidades en materia electoral, por estar dentro de sus competencias otorgadas en la ley.

Sin embargo en aplicación a la Interpretación Correctora Restrictiva, se puede fundamentar de manera totalmente diferente la aplicación de dicha norma, con el supuesto de hecho ejemplificado, es decir con el supuesto llamado S₃. De esta manera, tenemos en primer lugar lo dispuesto en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior que señala:

Décima Octava.- Todos los procesos eleccionarios que se hayan realizado en las universidades y escuelas politécnicas a partir de la vigencia de la Ley, podrán ser revisados por el CES una vez constituido plenamente. Para el efecto será necesaria la presentación de una denuncia debidamente fundamentada ante la SENESCYT, la que elaborará un informe el cual será presentado ante el CES. (las cursivas son mías).

Como es claramente observable la norma transcrita, faculta al Consejo de Educación Superior a que conozca aquellas denuncias de los procesos eleccionarios ocurridos dentro de las Universidades y Escuelas Politécnicas. De esta manera, la facultad de poder conocer dichas irregularidades, es decir de materia de elecciones pero en instituciones de educación superior,

Orgánica Electoral, Código de la Democracia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 578 de 27 de abril del 2009.

¹⁶⁸ NB. “Art. 292.- Las personas que teniendo la obligación de votar no hubieren sufragado en un proceso electoral serán multadas con el equivalente al diez por ciento de una remuneración mensual unificada. Quien no concurriera a integrar las juntas receptoras del voto, estando obligado, será multado con el equivalente al quince por ciento de una remuneración mensual básica unificada”. Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 578 de 27 de abril del 2009.

¹⁶⁹ NB. Supuesto de Hecho S₃ que servirá para ver como se aplica las normas en base el argumento de la Interpretación Correctora.

queda otorgada al Consejo de Educación Superior. De ésta forma podemos afirmar que: Si bien el Consejo Nacional Electoral conoce sobre todas aquellas denuncias en materia electoral contenidas en los Arts. 290, 291 y 292 del Código de la Democracia. No conocerá aquellas que sean originarias de universidades o escuelas politécnicas ya que las mismas son de conocimiento del Consejo de Educación Superior. Es decir, tal facultad de conocer sobre denuncias en materia electoral, en base al argumento interpretativo restrictivo de la norma contenida en el artículo 25 del Código de la Democracia quedaría limitada de aquellos procesos eleccionarios ocurridos dentro de alguna Institución de Educación Superior.

Como se puede observar, tanto el método corrector extensivo como el método de interpretación corrector restrictivo –cada uno con sus peculiaridades inherentes- son métodos que en la actualidad pueden acoplarse a la actual naturaleza propia de la absolución de consultas del Procurador, la cual como ya nos hemos saciado, ha sido catalogada como creadora de derecho positivo, y; como lo señala Carbonell, dichos métodos no sólo que se contraponen a interpretar la norma de la forma literal; sino que, los mismos al ir más allá, es decir extendiendo o restringiendo sus interpretaciones, crean derecho positivo, en este caso al igual que el dictamen del Procurador¹⁷⁰.

Sin embargo, a pesar de ir en la misma línea tanto el dictamen del Procurador así como estos métodos de interpretación creadores de derecho, no resulta del todo suficiente la aplicación interpretativa de tales métodos legalistas, por llamarlos así *a grosso modo*, ya que de hacerlo, nos estancaríamos en el establecimiento de la única institución del Estado, que no fundamente, motive y armonice sus decisiones y actuaciones institucionales, con los nuevos preceptos constitucionales establecidos a partir del 2008. Es decir, que a fin de cuentas, el Procurador se limitaría a inteligenciar y aplicar la ley vigente únicamente formalmente (legalidad formal), dejando de lado el parámetro constitucional para determinar su validez sustancial¹⁷¹, constituyéndose así más bien, en un retroceso en la nueva institucionalidad del país.

3.2.3 Interpretación Sistemática Adecuada

¹⁷⁰ Supra. 60-61.

¹⁷¹ Cfr. Agustín Grijalva Jiménez. *Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Corte Constitucional para el Período de Transición, pp. 283-285.

Es así, que por último ponemos a consideración el método de interpretación sistemático adecuador, por el cual: “[...] se adapta o se adecua la interpretación de una disposición al significado establecido anteriormente por otras disposiciones de rango superior”¹⁷². De este modo, se puede señalar que si una norma admite dos posibles interpretaciones, tales que; una es conforme a la norma jerárquicamente superior y la otra no, se deberá interpretar del modo en que se ajuste y armonice aquella norma de rango superior. Por lo que, en el caso en particular, si el Procurador debiere dar su inteligenciamiento sobre una norma que admitiese varios sentidos al momento de su interpretación – puede ser un reglamento de aquellos que son facultad del Presidente de la República- el Procurador deberá dar su pronunciamiento validando su interpretación con una correcta y acertada lectura *de la ley* que inspiró el reglamento. Así mismo, si se le solicitare que se pronuncie, acerca de la interpretación contenida en alguna Ordenanza Municipal, el Procurador puede guiar su inteligenciamiento basado en el fundamento de rango legal de la disposición en mención. Incluso, en el caso de que se lo llame a pronunciarse sobre normas de carácter legal, leyes ordinarias u orgánicas, el Procurador deberá velar por que su interpretación sea capaz de armonizar con los preceptos constitucionales y también con aquellos Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador. Esto, aun cuando se haya declarado la inconstitucionalidad reductora de la facultad de interpretar “normas constitucionales” mediante la sentencia Nro. 002-09-SAN-CC, ya que necesariamente el poder armonizar cualquier norma del ordenamiento jurídico con la Constitución, conlleva el ejercicio de análisis interpretativo tanto de la norma en cuestión como de la Constitución, claro ésta, que se deberá realizar la labor del Procurador sin incumplir lo dispuesto por la Corte Constitucional, es decir que el Procurador imponga reglas de interpretación de la Constitución, razón por la cual, en caso que de no hacerlo, los pronunciamientos del Procurador atentarían con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1 de la Constitución que dice: “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia*”, así como el artículo 424 de la Constitución de la República que señala textualmente:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener

¹⁷² Cfr. Miguel Carbonell. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Óp. cit., p.42

conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

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 público¹⁷³.

Debo mencionar que coloqué último a este método de interpretación, ya que el mismo no se contrapone con los métodos que se puso como aquellos útiles en la labor del Procurador, es decir el método corrector extensivo y el método corrector restrictivo, en razón de que la utilización del método *sistemático adecuador* produce resultados tanto restrictivos como extensivos dentro de su interpretación y adecuación a la norma jerárquicamente superior. Además como vimos con anterioridad, la utilización de este último método es perfectamente ajustable a los parámetros constitucionales establecidos en la actualidad. De este modo, tomando en cuenta que la Constitución se ha convertido en la herramienta primaria e indispensable para toda persona que ejerce un cargo público como el Procurador General del Estado, se podría pensar en utilizar dichos métodos de interpretación. Claro está, como cabecera de los mismos, al método *sistemático adecuador*, considerando al método de interpretación sistemático restrictivo para aquellas normas que determinen las facultades de los organismos del Estado *convirtiéndose así en una fuerte arma para evitar la arbitrariedad de las instituciones*. Y por otro lado, al método de interpretación sistemático extensivo *como garante de los derechos consagrados en la Constitución y en la ley*.

Por último, dejo a consideración un claro ejemplo de cómo se puede utilizar este método sistemático adecuador el cual puede contener interpretaciones tanto extensivas como restrictivas en cumplimiento a los preceptos constitucionales. De esta forma, tomamos en primer lugar el contenido del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Salud, el cual manifiesta:

“Art. 48.- La publicidad de bebidas alcohólicas por ningún motivo se vinculará a la salud, al éxito deportivo o a *la imagen de la mujer como símbolo sexual*. La autoridad sanitaria nacional vigilará y controlará el cumplimiento de esta disposición”¹⁷⁴. (las cursivas me pertenece)

Así, si se considera que dentro de la publicidad de bebidas alcohólicas no se vinculará la imagen de la mujer como símbolo sexual. ¿Qué pasaría en aquellos casos en donde se coloque

¹⁷³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹⁷⁴ Ley Orgánica de la Salud. Artículo 48. Suplemento del Registro Oficial Nro. 423 de 22 de diciembre de 2006.

a un hombre -como símbolo sexual- como imagen de un medio publicitario de cualquier bebida que contenga alcohol? Respondiendo a la pregunta, si se tomara una interpretación literal de la norma, la imagen del hombre como “símbolo sexual” no entraría dentro de las consecuencias jurídicas de esta norma. Sin embargo al realizar una interpretación adecuada; podremos darnos cuenta que esta norma atenta contra los derechos consagrados en la Constitución establecidos en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República el cual señala:

[...]2. *Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”¹⁷⁵. (el resaltado me pertenece).

Es decir, que la prohibición de utilizar únicamente a la mujer como símbolo sexual dentro de espacios publicitarios de bebidas alcohólicas, atenta con el contenido del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución referente al derecho de igualdad, ya que los hombres, los niños y niñas los ancianos y ancianas y todas las personas deberían ser considerados en esta norma y no únicamente a la mujer. Por lo tanto, si se debiere hacer una interpretación correcta de esta norma de la Ley Orgánica de la Salud, se deberá hacer uso de la interpretación adecuada en combinación con la interpretación correctora extensiva; diciendo entonces que; la prohibición de utilizar a la mujer como símbolo sexual para la publicidad de bebidas alcohólicas, se deberá extender a todas “las personas”, entendido a este como al género humano en general (hombres y mujeres).

Así la interpretación del Procurador General del Estado, daría una clara luz de inteligenciamiento, basado en normas superiores, en este caso la propia Constitución, convirtiéndolo en primer lugar como vigilante del principio de preservación del ordenamiento

¹⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

jurídico, al velar siempre por el estricto cumplimiento de las facultades otorgadas a las instituciones públicas (restringiendo en base al principio de legalidad las facultades que se les ha conferido a las mismas); así como en un garante de los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador (extendiendo o ampliado el contenido que mayor haga prevalecer los derechos de los administrados).

3.3 Métodos de impugnación al dictamen del Procurador General del Estado

Una vez que hemos vislumbrado la naturaleza de la absolución de consultas que emite el Procurador y sus implicaciones dentro de la estructura del Estado, considero que es necesario, poner a discusión algunos métodos de impugnación, los cuales a mi criterio, podrían ser utilizados para objetar de manera legal y hasta constitucional tales pronunciamientos del señor Procurador. En este sentido, si bien consideramos errónea la decisión de la Corte Constitucional, en cuanto a la naturaleza misma de las absoluciones de consultas al considerarlo como “un acto normativo”, precisamente porque tal decisión tuvo como consecuencia la inminente intromisión en los organismos que tradicionalmente han tenido potestades normativas. Sin embargo podemos observar que como consecuencia de tal categorización, se han abierto algunos métodos de impugnación, de ésta forma, podemos clasificar a los métodos de impugnación del pronunciamiento del Procurador en dos: En primer lugar aquellos métodos que atacan directamente al contenido del pronunciamiento, los cuales los he categorizado como métodos directos de impugnación. Y por otro lado, aquellos métodos que no atacan su contenido sino más bien el incumplimiento del dictamen del Procurador, a los cuales llamaremos métodos de impugnación por falta de aplicación o indirectos.

3.3.1 Métodos de Impugnación Directos

A ésta clasificación podríamos dividirlo, de igual forma, en aquellos métodos de impugnación constitucionales y por otro lado los métodos ordinarios de impugnación, así tenemos los siguientes:

3.3.1.1 Método Directo de Impugnación Constitucional

Iniciaremos con la acción de inconstitucionalidad, misma que se fundamenta en el control abstracto de constitucionalidad y que tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma entre la Constitución y las demás disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, en este caso en particular con los dictámenes-normas emitidos por el Procurador General del Estado.

Tal y como lo señala el artículo 135 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Art. 135.- Reglas generales.- Procederá la acción de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo o administrativo de carácter general que vulnere normas constitucionales.

La constitucionalidad de dichos actos no se agota ni se presume por su sujeción a la ley. Cuando la inconstitucionalidad del acto deriva de la inconstitucionalidad de la ley, se analizará la inconstitucionalidad conexas de la norma correspondiente.¹⁷⁶

Debemos mencionar además que, en la actualidad, la legitimación para presentar este tipo de acciones se ha ampliado tal y como lo dispone el artículo 77 de la ley *Ibidem*: “Art. 77.- Legitimación.- La demanda de inconstitucionalidad puede ser propuesta por cualquier persona, individual o colectivamente [...]”¹⁷⁷. Así mismo, se debe considerar que esta acción es competencia de la Corte Constitucional, en base a su facultad del control abstracto de constitucionalidad otorgado en los numerales 2 y 3 del Art 436 de la Constitución de la República.

Por último, es necesario considerar que este tipo de impugnación, es decir la acción de inconstitucionalidad, puede presentarse en dos situaciones respecto al dictamen del Procurador General del Estado. La primera, en cuanto si la inconstitucionalidad naciera de la propia interpretación del señor Procurador, como creador de derecho. Es decir, si constituye en sí mismo el inteligenciamiento vinculante del Procurador un atentado a las normas constitucionales. En donde cabría de manera directa la acción de inconstitucionalidad sobre actos normativos, dispuesta en el artículo 135 de la LOGJCC. Por otro lado, en relación a la

¹⁷⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 135. Suplemento de Registro Oficial Nro. 52 de 22 de octubre de 2009.

¹⁷⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 77. Suplemento de Registro Oficial Nro. 52 de 22 de octubre de 2009.

declaratoria de inconstitucionalidad del dictamen que deriva de la aplicación de normas inconstitucionales por parte del Procurador, lo cual lleva como consecuencia, un inteligienciamiento con normas inconstitucionales desde su origen. En donde, la Corte Constitucional podría declarar la inconstitucionalidad de normas conexas dispuesta tanto en el numeral 3 del artículo 436 de la Constitución así como el inciso segundo del artículo 135 de la LOGJCC.

Incluso, podríamos señalar que ésta única acción, deja de lado la posibilidad de utilizar la acción de protección como medio de garantizar los derechos de aquellas personas que podrían verse afectados en sus derechos por el dictamen del Procurador, en razón de que como lo dispone el artículo 137 de la LOGJCC: “Art. 137.- [...] El restablecimiento del derecho y la reparación integral derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad, cuando a ello hubiere lugar, únicamente puede ser solicitada por la persona directamente lesionada en sus derechos”¹⁷⁸. Es decir, que en esta misma acción, se puede solicitar la reparación integral del derecho vulnerado que hubiere sido originado a partir del dictamen del Procurador. Y que además, tal como lo dispone el numeral 3 del artículo 42 ibídem la solicitud de impugnación de constitucionalidad constituye una causal de improcedencia dentro de la acción de Protección.

3.3.1.2 Método directo de Impugnación en vía Ordinaria

Refiriéndome en particular al recurso objetivo o de nulidad establecido en el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁷⁹, ya que esta vía en particular, puede ser útil en aquellos casos en donde se busca impugnar los dictámenes del Procurador que no necesariamente atenten con la Constitución, sino que simplemente, los mismos no se ajusten a los preceptos legales, esta acción –más que un recurso- puede ser propuesta

¹⁷⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 137. Suplemento de Registro Oficial Nro. 52 de 22 de octubre de 2009.

¹⁷⁹ NB. Art. 3 (...) El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa publicada en el Registro Oficial Nro. 338 de 18 de marzo de 1968.

directamente por quienes tengan un interés directo para deducirla de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo referido. En este sentido, tal y como lo dispone el numeral 3 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los Jueces de los diferentes Tribunales de lo Contencioso Administrativo quienes conocerán y resolverán las: “[...] impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y *más actos normativos de rango inferior a la ley*, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público”¹⁸⁰. (las cursivas me pertenecen)

3.3.2 Métodos de Impugnación por Falta de Aplicación del dictamen o Indirectos

3.3.2.1 La Acción por Incumplimiento

Como el mismo nombre de este método lo señala, este tipo de impugnación se contrapone a los métodos directos presentados en párrafos anteriores, ya que su finalidad no es impugnar lo dispuesto en el pronunciamiento del Procurador, sino más bien, hacer que éste se cumpla de manera íntegra. Esto, precisamente por ser el mismo considerado como una norma de carácter obligatoria, general y vinculante. Así, en el caso de que los pronunciamientos del Procurador no fueren aplicados, por cualquier autoridad pública, los y las personas afectadas podrán interponer una acción por incumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la LOGJCC, misma que tiene por objeto: “[...] garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos.”¹⁸¹, de esta forma, se lograría garantizar la aplicación de cualquier norma del sistema jurídico y en el caso en particular, los dictámenes del Procurador General del Estado. Cabe recalcar, que ésta acción únicamente procederá cuando la norma, en este caso el dictamen-norma del Procurador, cuyo cumplimiento se persigue, contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible, esto de conformidad con lo preceptuado en el último inciso del artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹⁸⁰ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 217. Suplemento del Registro Oficial Nro. 544 de 09 de marzo del 2009.

¹⁸¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 52. Suplemento de Registro Oficial Nro. 52 de 22 de octubre de 2009.

3.3.2.2 Recursos Administrativos

En el caso de que la administración pública, emitiera su voluntad prescindiendo del dictamen-norma emitida por el Procurador General del Estado, podemos señalar que tales actos administrativos incurrirían en una infracción al ordenamiento jurídico, constituyéndose los mismos en actos viciados por no cumplir el ordenamiento jurídico establecido. Precisamente, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, estableció un régimen para declarar la nulidad absoluta (actos nulos de pleno derecho, artículo 129 del ERJAFE) y la nulidad relativa (anulabilidad, artículo 130 del ERJAFE). En este sentido, podemos afirmar que incurrir en una transgresión a la “norma” que emite el Procurador General del Estado, podría constituir que tal acto este viciado de nulidad absoluta, precisamente por lo estipulado en el numeral 2 del artículo 129 del ERJAFE que señala:

2. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 (424) de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y *las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.*¹⁸² (las cursivas son mías).

En este sentido, si el Procurador terminara creando una norma en la que se disponga una sanción¹⁸³, y si el mismo dictamen-norma es invocado para sancionar hechos cometidos antes del pronunciamiento del Procurador nos encontraríamos en que tal aplicación del dictamen dentro del acto administrativo sería nula de pleno derecho. O por el contrario, un dictámen-norma que determine un derecho, y que la administración no considere tal derecho al momento de emitir su voluntad, también sería causal de nulidad absoluta de tal manifestación de la administración.

De esta forma, el mecanismo dispuesto para poder declarar la nulidad de pleno derecho o absoluta—y *también los de nulidad relativa*— es a través de los recursos administrativos de Reposición o de Apelación de conformidad con lo determinado por el artículo 173 del ERJAFE que señala:

¹⁸² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 129. Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo del 2002.

¹⁸³ NB. La Corte Constitucional señala que: “Los efectos del [dictamen] se generan desde el momento de su emisión hacia lo venidero. Sentencia emitida por la Corte Constitucional No. 002-09-SAN-CC, emitida el 02 de abril del 2009. Pg. 15.

Art. 173.- Objeto y clases.- (Agregado por el D.E. 3389, R.O. 733, 27-XII-2002).-

1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de apelación y de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 130 y 131 de esta norma.¹⁸⁴

Cabe señalar, que estos últimos métodos de impugnación (recursos administrativos), solo serían aplicables para aquellas instituciones que se regulan por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva –ERJAFE- es decir aquellas pertenecientes a la Función Ejecutiva, y también aquellas otras que se encuentran bajo el régimen del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización de conformidad con lo dispuesto en el artículo 406 de esta última norma referida.

3.4 Procedimiento para realizar una Consulta a la Procuraduría General del Estado.

En la actualidad, para solicitar un pronunciamiento del Procurador, no únicamente se debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 13 de la LOPGE, sino también aquellos constantes en la Resolución Nro. 17 emitida por la Procuraduría General del Estado¹⁸⁵, así como de la Sentencias Constitucionales No. 002-09-SAN-CC de fecha 02 de abril del 2009 y la Nro. 003-13-SIN-CC emitida el 04 de abril del 2013. Por ésta razón ponemos a consideración todos estos requisitos, de manera conjunta, a fin de que podamos analizarlos con mayor detenimiento. Así:

- i. *Toda consulta presentada a la Procuraduría General del Estado será formulada exclusivamente por el representante legal o máxima autoridad ejecutiva del respectivo organismo o entidad del sector público o, por el representante legal o convencional de la correspondiente persona de derecho privado con finalidad social o pública. (artículo 13 de la LOPGE y artículo 1, Resolución Nro. 17).*

¹⁸⁴ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 173. Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo del 2002.

¹⁸⁵N.B. Resolución Nro 17 sobre el Procedimiento para la absolución de consultas por parte de la Procuraduría General del Estado, publicada el 29 de mayo del 2007.

Es observable, que la solicitud de absolució n se encuentra limitada ú nicamente para aquellas instituciones p ú blicas y aquellas privadas con fines sociales o p ú blicos, quedando de esta forma, la imposibilidad total, de que los administrados y las personas jur í dicas de derecho privado, que no tengan un fin social o p ú blico, puedan solicitar al Procurador una absolució n de consulta cuando é stos tuvieren duda sobre la inteligencia y/o aplicaci ó n de las normas.

Por otro lado, no todas las personas que pertenecen a las entidades facultadas a solicitar una absolució n de consulta pueden hacerlo; sino que, exclusivamente podr á n solicitarla de manera privativa los representantes legales o má ximas autoridades en el caso de aquellas instituciones p ú blicas y los representantes legales o convencionales de las personas de derecho privado con fines sociales o p ú blicos.

- ii. *Las consultas versar á n de manera exclusiva sobre la inteligencia o aplicaci ó n de las normas “constitucionales”, legales o de otro orden jur í dico, y se referir á n a asuntos que son de competencia de la instituci ó n que la formula. (art í culo 13 de la LOPGE y art í culo 2, Resoluci ó n Nro 17).*

Si bien se menciona, tanto en la ley como en la Resoluci ó n, que el Procurador se encuentra facultado para resolver cualquier consulta realizada sobre todas las normas del ordenamiento jur í dico –incluso las constitucionales- podemos afirmar con certeza que, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constituci ó n, esta facultad entr ó en manifiesta contradicci ó n con los preceptos constitucionales establecidos en el art í culo 429 el cual se ñ ala: “[...] La Corte Constitucional es el má ximo ó rgano de control, interpretaci ó n constitucional y de administraci ó n de justicia en esta materia”¹⁸⁶. As í como aquellos constantes en el numeral primero del art í culo 436, que determina: “[...] 1. Ser la má xima instancia de interpretaci ó n de la Constituci ó n, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a trav é s de sus dict á menes y sentencias. Sus decisiones tendr á n car á cter vinculante”¹⁸⁷. Es decir que la facultad del Procurador de absolver consultas en materia constitucional se encontraba en clara oposici ó n con las facultades de la Corte Constitucional.

¹⁸⁶ Constituci ó n de la Rep ú blica del Ecuador. Art í culo 429. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹⁸⁷ Constituci ó n de la Rep ú blica del Ecuador. Art í culo 436. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

Razón por la cual, la Corte en transición, a través de la sentencia Nro. 002-09-SAN-CC¹⁸⁸, de fecha 02 de abril del 2009, declaró la inconstitucionalidad reductora de la palabra “constitucionales”, que constaban en los artículos 3 literal e) y 13 de la LOPGE. En consecuencia, el Procurador General del Estado, en adelante, no podrá emitir dictámenes en las que se haga interpretación de normas constitucionales, so pena de incurrir en arrogación de funciones.

Por otro lado, se debe tener muy en cuenta al momento de solicitar una absolución de consulta, que el Procurador General del Estado únicamente absolverá aquellas consultas que sean sobre la duda en la aplicación de una norma. Ya que en muchos casos, las instituciones del Estado han solicitado al Procurador el establecimiento de procedimientos por la falta de norma existente en el ordenamiento jurídico, los cuales de ninguna forma constituyen el ejercicio de las atribuciones con las que se encuentra facultado el Procurador para absolver consultas con carácter vinculante.

Así tenemos un claro ejemplo en la Absolución de consulta emitida por la Procuraduría General del Estado el 09 de julio del 2013, la cual fue solicitada por el Ministerio de Agricultura Ganadería, Acuacultura y Pesca en la que se solicita en su parte pertinente:

[...]SEGUNDA CONSULTA: ¿Cuál es el procedimiento a seguir en los casos de las instituciones Públicas que contaban con jurisdicción coactiva y fueron liquidadas y tienen emitidos títulos de crédito para recuperar cartera vencida y levantar las medidas precautelatorias correspondientes?

Consulta ante la cual la Procuraduría se pronunció en el siguiente sentido:

De la lectura de los términos de su segunda consulta, no aparece que esté dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias previstas en el

¹⁸⁸ NB. “4. En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República, se resuelve mediante inconstitucionalidad reductora la expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano de la palabra “constitucionales” que constan en el artículo 3 literal e) y artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En consecuencia, el señor Procurador General del Estado en adelante, deberá abstenerse de emitir dictámenes en las que se haga interpretación de normas constitucionales, so pena de incurrir en arrogación de funciones.” Numeral 4 de la Parte Resolutiva de la Sentencia de la Corte Constitucional Nro 002-09-SAN-CC, de fecha 02 de abril del 2009.

artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo que me abstengo de atenderla¹⁸⁹.

Como podemos observar en el caso en particular, el Procurador General del Estado resolvió abstenerse de dicha consulta en razón de que la misma no iba enfocada a que se vislumbre la inteligencia o aplicación de una norma específica, sino más bien a establecer un procedimiento a seguir.

- iii. *Los temas objeto de las consultas no versarán sobre asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones o recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional, hoy Corte Constitucional.*

Si por desconocimiento de la Procuraduría General del Estado o desinformación de la institución consultante, se absolvieren consultas que se encontraren en los casos previstos en el inciso anterior, el pronunciamiento del Procurador General del Estado no tendrá carácter vinculante ni obligatorio respecto al asunto consultado. En estos casos, los representantes legales o convencionales de las instituciones que hubieren formulado la consulta responderán por los daños y perjuicios que se puedan causar por la pretensión de obtener pronunciamientos del Procurador General del Estado, que legalmente son improcedentes y carecen de eficacia jurídica. (artículo 13 de la LOPGE y artículo 3, Resolución Nro 17).

Sobre este requisito en particular, es decir que los temas objeto de consulta no versen sobre asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones o recursos que se sustancien o deban sustanciarse en la Corte Constitucional, debo acotar que mediante sentencia Nro. 003-13-SIN-CC de fecha 04 de abril del 2013, dentro del caso Nro. 0042-11-IN (ver documento en anexo 16) y acumulados 0043-11-IN y 0045-11-IN, la Corte Constitucional -basada en su declaratoria de inconstitucionalidad reductora de la palabra “constitucionales”,

¹⁸⁹ Absolución de Consulta del Procurador General del Estado. Registro Oficial Nro. 77 de 10 de septiembre del 2013, pg. 25.

que constaban en los arts. 3 literal e) y 13 de la LOPGE dentro de la sentencia Nro. 002-09-SAN-CC, de fecha 02 de abril del 2009- señaló que:

[...] Siendo claro entonces que las atribuciones del procurador general (sic) del Estado están encaminadas a realizar juicios de inteligibilidad con carácter vinculante sobre aspectos de legalidad, *no existen razones para mantener vigente el impedimento legal de pronunciarse dentro del ámbito de sus competencias (legalidad), cuando se encuentre pendiente y deba resolverse un proceso constitucional* ante el órgano competente de ejercer la jurisdicción constitucional. (el resaltado me pertenece).

Consecuentemente, al declarar: “[la] inconstitucionalidad reductora de la frase ‘incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional’ prevista en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado”¹⁹⁰, se facultó al Procurador General del Estado a emitir sus pronunciamientos vinculantes aún si existe un proceso constitucional de por medio. De esta forma, la limitación del dictamen del Procurador .es decir respecto a la ineficacia sobre el carácter vinculante del pronunciamiento, únicamente encontrará fundamento, en aquellos procesos judiciales que se lleven a cabo en la justicia ordinaria, es decir aquellos procesos en que versen problemas jurídicos meramente de legalidad.

iv. *Toda consulta deberá estar respaldada por el informe del Asesor Jurídico de la institución con relación al tema objeto de la consulta. (artículo 13 de la LOPGE y artículo 4, Resolución Nro 17).*

Es importante señalar que, a la solicitud de la consulta, se deberá adjuntar obligatoriamente el criterio escrito del Asesor Jurídico de la institución, así como todos los documentos relacionados con la misma, caso contrario el Procurador General del Estado podrá abstenerse de absolver aquellas consultas que no cumplan con tales requisitos. Esta abstención y posterior archivo de la consulta se producirá en el término de diez días, después de que el Procurador haya requerido a la institución consultante el criterio escrito del Asesor Jurídico de la institución o aquellos documentos relacionados.

¹⁹⁰ NB. Numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia emitida por la Corte Constitucional Nro. 0013-13-SIN-CC de fecha 04 de abril del 2013, dentro del Caso Nro. 0042-11-IN ACUMULADOS 0043-11-IN y 0045-11-IN.

Y tal como lo dispone el artículo 7 de la Resolución Nro. 17 de la PGE, aun cuando se hubiere producido el archivo de la consulta, por no haberse proporcionado la información o documentación requerida, puede procederse a la reactivación del trámite, siempre que el consultante presente una nueva solicitud, a la cual se adjunten todos los documentos que fueron previamente requeridos por la Procuraduría, solicitud que se la realizará dentro del término señalado en el párrafo anterior.

3.5 REFLEXION

Finalmente, y volviendo al asunto principal de este capítulo, pudimos observar como la Corte Constitucional, al cambiar de naturaleza¹⁹¹ la atribución del Procurador General del Estado para absolver consultas con carácter vinculante, al señalar que las mismas crean derecho objetivo categorizándolas como un acto normativo y jerarquizando a las mismas dentro de la última categoría normativa como un acto de poder público¹⁹², han otorgado indirectamente a la Procuraduría General del Estado potestades normativas, siendo entonces, que el actual papel del Procurador General del Estado dentro de la estructura estatal del Estado es constituirse como un organismo creador de derecho positivo –al igual que la asamblea nacional, el Presidente de la República, o cualquier organismo con potestades normativas- normas que son de carácter general y cumplimiento obligatorio. Decisión, que desde mi punto de vista, ha sido una clara y evidente intromisión a tales organismos que por la Constitución o la ley han sido atribuidos con tales potestades normativas. Sin embargo, hay que señalar que si bien esta decisión vinculante de la Corte Constitucional pudo afectar incluso la independencia de otras Funciones del Estado como la Legislativa o Ejecutiva, por otro lado, abrió la posibilidad de impugnar tales “normas” emitidas por el Procurador General del Estado de una manera directa y eficaz, a través de los correspondientes mecanismos de impugnación que dispone en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁹¹ NB. Se debe considerar que las decisiones de la Corte Constitucional que emita a través de sus dictámenes y sentencias son vinculantes de conformidad con lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 426 de la Constitución de la República.

¹⁹² NB. Sentencia emitida por la Corte Constitucional No. 002-09-SAN-CC, Caso 0005-08-AN de 02 de abril del 2009.

4. LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO Y SUS FACULTADES DE CONTROL DE ACTOS Y CONTRATOS

4.1 Tipos de Control

En este capítulo, entraremos en el estudio de la última facultad constitucional otorgada a la Procuraduría General del Estado, la cual se encuentra totalmente relacionada con el control del actuar administrativo. Como lo manifiesta el profesor Roberto Dromi, existe una profunda razón jurídica y política justificativa del control en todas las instancias del quehacer público, que es precisamente, verificar si las actuaciones de la administración se apegan a los preceptos legales establecidos en las normas, así como en la optimización de los recursos públicos utilizados por las instituciones estatales¹⁹³.

De esta manera, debemos considerar que la doctrina ha establecido diversas vías para hacer efectivo dicho control clasificándolo de la siguiente manera:

4.1.1 Control por razones de oportunidad

En cuanto a la oportunidad el control puede operar antes, durante o después de la actuación administrativa. Así tenemos en primer lugar a los llamados *controles preventivos o anticipados*, los cuales, se los llega a realizar con anterioridad a la emisión de cualquier manifestación de la administración. Por otro lado, tenemos los también llamados *controles concurrentes o concomitantes*, los cuales son ejecutados durante la actuación administrativa. Y finalmente los *controles posteriores o represivos*, mismos que se los realiza luego de la ejecución del actuar administrativo¹⁹⁴.

4.1.2 Control realizado por la estructura estatal en base a sus facultades Constitucionales

Atendiendo a los cinco poderes del Estado establecidos en la Constitución de 2008, este tipo de control en el Ecuador se lo divide en control Administrativo, Legislativo, Judicial, de Transparencia y Control Social y Electoral.

¹⁹³ Cfr. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*. Óp cit., p.1049.

¹⁹⁴ Cfr. Id., p.1050.

4.1.3 Control intraorgánico e interorgánico en las instituciones públicas

El llamado *control intraorgánico* constituye la primera manifestación propiamente administrativa de controles internos en la estructura orgánica, es decir, aquel que es realizado por el propio ente estatal, al cual se lo llama Control Interno o como lo llama Roberto Drommi “*Autocontrol*”¹⁹⁵. Dicho control, como se señala en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado será de responsabilidad de cada institución del Estado. Así, este tipo de control: “[...] constituye un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución, que proporciona seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se alcancen los objetivos institucionales”¹⁹⁶. En consecuencia, el mismo se lo ejerce bajo el poder de revisión que tienen los órganos o entidades de sus propios actos. Y generalmente este control, puede realizárselo por medio de: *controles preventivos*: en donde los servidores de la institución, analizarán las actividades institucionales propuestas, antes de su autorización o ejecución respecto a la legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia y conformidad con los planes y presupuestos institucionales¹⁹⁷. *Controles concurrentes*: a través de los cuales los servidores de la propia institución, en forma continua inspeccionarán y constatarán la oportunidad, calidad y cantidad de obras, bienes y servicios que se recibieren o prestaren de conformidad con la Ley, los términos contractuales y las autorizaciones respectivas¹⁹⁸. Y por último mediante *controles posteriores*: los cuales serán realizados por la unidad de auditoría Interna de cada institución con posterioridad a la ejecución de la actividad administrativa¹⁹⁹.

Por otro lado, el Control Interorgánico, por oposición al control intraorgánico, es aquel que se lo realiza fuera de la institución u órgano estatal, siendo que éste es ejercido por una institución diferente con facultades controladoras. De ésta forma el ejemplo más significativo es aquel control externo ejercido por la Contraloría General del Estado principalmente en

¹⁹⁵ Todo órgano de la Administración, sea superior o subordinado ejerce un poder de revisión de sus propios actos, sin necesidad de la intervención de superiores o extraños al sistema orgánico en cuestión, vid. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Óp cit., p.1051.

¹⁹⁶ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Artículo 9. Suplemento del Registro Oficial Nro. 595 de 12 de junio del 2002.

¹⁹⁷NB. Art. 12 literal a) de la LOGGE.

¹⁹⁸NB. Art. 12 literal b) de la LOGGE.

¹⁹⁹NB. Art. 12 literal c) de la LOGGE.

cuanto al control de los recursos públicos. Así como la propia Procuraduría General del Estado en cuanto al control de Actos y Contratos, las Superintendencias en sus ramas específicas, la Defensoría del Pueblo en materia de protección de los derechos y El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quienes se encuentran facultados constitucionalmente a investigar denuncias sobre actos u omisiones que afecten a la participación ciudadana o generen corrupción.

4.1.4 Control de oficio o a petición de parte

El control oficioso de las instituciones públicas opera por medio del autocontrol o llamado control intraorgánico que mencionamos anteriormente y mediante el cual, se realiza una revisión interna de la actividad estatal en vía administrativa. Para estos casos de control, se han previsto algunos procedimientos- con un mejor vocablo jurídico se los debería llamar instituciones- en los diferentes cuerpos normativos que regulan esta materia con la finalidad de revisar la actuación administrativa, tales como; la avocación, revocación de actos nulos, rectificación de errores, recurso extraordinario de revisión, declaratoria de lesividad, etc. Todos estos procedimientos, que a pesar de constituir medios de autocontrol meramente del Ejecutivo, son ejemplos claros del control oficioso que pueden ejercer las entidades públicas.

Por último tenemos al control ejercido a petición de parte, el cual es ejercido por los propios administrados que fueren perjudicados por la errónea actuación administrativa. Dentro de ésta categoría de control, se encuentran aquellos métodos de impugnación tanto en vía administrativa como jurisdiccional, constantes en los diferentes cuerpos normativos. Así, en primer lugar, tenemos claros ejemplos en la legislación ecuatoriana, en cuanto a la impugnación en vía administrativa, como son los recursos de reposición, apelación y extraordinario de revisión establecidos en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Así mismo, el recurso de revisión determinado en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el cual sirve para impugnar cualquier tipo de determinación de responsabilidad civil culposa, a excepción de las órdenes de reintegro. Por otro lado tenemos el ejercicio del control jurisdiccional, el cual se lo realiza a través de los diferentes juzgados y tribunales del país. Incluso se ha considerado como un método efectivo del control del Poder frente a los administrados, aquellas garantías jurisdiccionales constantes tanto en nuestra

actual norma suprema como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

4.2 Facultad de control de actos y contratos del Estado

Así como lo plasmó el numeral cuarto del artículo 237 de nuestra Constitución, la Procuraduría General del Estado se encuentra facultada a: “[...] Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.”²⁰⁰, de este modo, procederemos a verificar en que niveles de control, de los anteriormente expuestos, la Procuraduría actúa como una entidad controladora.

En primer lugar, podemos señalar que en cuanto al control legal de actos, como lo analizamos completamente en el capítulo tercero de esta disertación, la Procuraduría ha dejado de realizar un control de legalidad como tal, para convertirse en un organismo creador de derecho.

Por otro lado debemos analizar la facultad de la Procuraduría General del Estado, en cuanto al control de los contratos estatales. En este punto, debemos mencionar que hasta antes de la promulgación de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Procuraduría General del Estado, realizaba un *control previo* al emitir sus informes vinculantes sobre los contratos administrativos²⁰¹ antes de la suscripción o celebración de los mismos, ya que tal como lo señalaba el literal f) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, ésta entidad estatal debía:

[...] Emitir informes razonados y motivados sobre aquellos contratos que celebren las instituciones del Estado determinadas en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, así como aquellos que celebren las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, en los términos a los que se refiere, para estos efectos, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, cuya cuantía supere la base para concurso público de ofertas, así como los contratos sujetos a la Ley de Modernización del Estado. La entidad o persona jurídica solicitará al Procurador General del Estado el informe correspondiente.

Los informes a los que se refiere el inciso anterior, versarán sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios, serán de cumplimiento obligatorio y deberán ser emitidos en el término de quince días contados a partir de la fecha en que se reciba

²⁰⁰Constitución de la República del Ecuador. Artículo 237. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

²⁰¹NB. Podía realizar el control de los actos cuya cuantía supere la base para concurso público de ofertas, así como de los contratos sujetos a la Ley de Modernización del Estado.

la solicitud con sus documentos justificativos. En casos excepcionales, debidamente justificados, dicho término podrá ampliarse por diez días improrrogables y por una sola vez. La no emisión del informe en dicho término se entenderá como dictamen favorable.²⁰²

Facultad que como lo mencionamos, estuvo vigente únicamente hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, norma que derogó la facultad de la Procuraduría anteriormente transcrita, cuando en su disposición tercera dispuso derogar la: “[...] Letra f) del Art. 3 y letra b) del Art. 14 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado publicada en el Registro Oficial 312 de 13 de abril de 2004.”²⁰³. De ésta forma, tal y como lo mencionamos en el primer capítulo de la presente disertación, todos los contratos que se realicen al encontrarse ya vigente la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pasarán sin el filtro de control legal obligatorio que realizaba la Procuraduría General del Estado. Incluso la referida norma determinó en su disposición General Sexta que:

Los aportes que por contribuciones relacionadas con la emisión de informes de Ley para la contratación pública recibían la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado, serán compensadas por el Presupuesto General del Estado a partir de la vigencia de esta Ley, de tal manera que en el Presupuesto General del Estado constarán las asignaciones necesarias para el cabal, continuo y oportuno funcionamiento de los referidos órganos de control del Estado²⁰⁴.

Con esto, podemos observar que se ha producido claramente una disminución de las facultades constitucionales sobre el control de contratos que tenía la Procuraduría General del Estado, refiriéndome al caso en particular del control previo o *a priori* que realizaba la Procuraduría. A mi reservado criterio dicha disminución de la prerrogativa controladora se produjo por cuestiones de celeridad, ya que en la práctica, muchos de los contratos encontraban un limitante temporal para la celebración de los mismos, lo cual restaba eficiencia y oportunidad en su ejecución.

Por otro lado, no es menos cierto que la propia legislación ecuatoriana ha dispuesto que la Procuraduría mantenga otros niveles de control en cuanto a la contratación pública se refiere,

²⁰² Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 3. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril de 2004.

²⁰³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Disposición Derogatoria Tercera. Suplemento del Registro Oficial Nro. 395 de 22 de julio del 2008.

²⁰⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Disposición General Sexta. Suplemento del Registro Oficial Nro. 395 de 22 jul 2008.

principalmente por razones de oportunidad, de esta manera podemos ver que la Procuraduría General del Estado realiza claramente un *control posterior* en cuanto a la celebración de los contratos administrativos se refiere. Y esto, es observable cuando la propia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dentro del artículo 15, dispuso que a los organismos de control les corresponda:

Art. 15.- Atribuciones de los Organismos de Control.- Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, *realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes*. Es obligación del Servicio Nacional de Contratación Pública informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley.²⁰⁵ (las cursivas me pertenecen).

Así mismo, este cuerpo normativo dispone que:

Art. 64.- Nulidad del Contrato.- Los contratos regidos por esta Ley serán nulos en los siguientes casos:

- 1.- Por las causas generales establecidas en la Ley;
- 2.- Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas;
- 3.- Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.

El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquier de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.²⁰⁶

De esta manera, podemos comprobar que se ha facultado al Procurador General del Estado, a ejercer un control de vigilancia, en cuanto a la nulidad de los contratos que suscriben las diferentes entidades estatales cuando los mismos no se encuentren *ajustados a las causas generales establecidas en la ley, prescindencia de procedimientos legales y por incompetencia*. Así, una vez que tenga conocimiento de las mismas, el Procurador podrá iniciar las acciones correspondientes ante los organismos jurisdiccionales competentes para declarar la nulidad, a fin de que estos últimos hagan cumplir el ordenamiento jurídico salvaguardando los intereses del Estado.

²⁰⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 15. Suplemento del Registro Oficial Nro. 395 de 22 de julio del 2008.

²⁰⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 64. Suplemento del Registro Oficial Nro. 395 de 22 de julio del 2008.

4.3 Las políticas de gestión dispuestas por la Procuraduría General del Estado en base a la Resolución Administrativa Nro. 008, para el ejercicio de la facultad de Control

Como pudimos observar en el numeral anterior del presente capítulo, a primera vista, la facultad controladora otorgada al Procurador General del Estado se limita a un control posterior de vigilancia del actuar administrativo, refiriéndome en particular al control por razones de oportunidad, que realiza sobre los contratos administrativos, ya que; el *control preventivo* que realizaba a través de los informes previos a la celebración de los contratos administrativos fue derogado a través de la LOSNCP. Sin embargo, si observamos con claridad lo dispuesto en la disposición General Séptima de la LOPGE²⁰⁷ podemos afirmar que el legislador aún ha dejado la puerta abierta a fin de que la Procuraduría General del Estado mantenga un cierto nivel de control concurrente, pero igualmente encaminado a la vigilancia y monitoreo dentro de tales procedimientos para la contratación. Así, desarrollando el contenido de la norma referida la Procuraduría General del Estado expidió la Resolución Nro. 008, publicada en el Registro Oficial Nro.460 de 01 de junio del 2011, la misma que contiene: *“Las políticas administrativas para la gestión de la Dirección Nacional de Contratación Especial y Dirección Nacional de Contratación Pública, en el ejercicio del control de los actos y contratos, asesoramiento legal a las entidades, empresas y organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos y capacitación en la normativa aplicable a la contratación del Estado”*(ver documento en anexo 17). Esta normativa principalmente desarrolla el ejercicio de la facultad de control concurrente de vigilancia por parte de la Procuraduría dispuesta en la disposición General Séptima de la LOPGE, dándole la potestad de solicitar la rectificación o modificación de los actos y contratos de las entidades estatales cuando los mismos se encuentren en abierta contraposición con la Constitución²⁰⁸ y la ley. De esta manera entonces, el control legal de los contratos

²⁰⁷NB. La Disposición General Séptima dispone que: “El Procurador General del Estado podrá solicitar de las autoridades, funcionarios, organismos, entidades, o dependencias del sector público, la rectificación o modificación de los actos o contratos que se hubieren adoptado con violación de la Constitución Política de la República o de la ley”.

²⁰⁸NB. Realmente esta facultad de poder solicitar la rectificación o modificación de actos y contratos que realicen las entidades estatales que se contrapongan a normas Constitucionales, debería también

administrativos ya no se reduce a un *control meramente posterior*, sino que el mismo va a comprender la labor de verificación del cumplimiento de la normativa legal aplicable a cada proceso y en cada fase de la contratación.

Pero, a pesar que esta resolución contenga un completo procedimiento para la verificación y solicitud de cumplimiento del ordenamiento jurídico dentro de los procesos de contratación pública, podemos observar como la facultad correctiva y modificatoria de actos y contratos de las entidades del sector público contenidas en la Disposición General Séptima de la LOPGE y desarrollada mediante la Resolución Nro. 008, publicada en el Registro Oficial Nro.460 de 01 de junio del 2011, carece de un poder coercitivo suficiente para hacer cumplir de manera obligatoria las observaciones correctoras por parte de la Procuraduría dentro de los procesos de contratación. Así, ésta Resolución señala que:

10.- Informe de control.- El informe es el documento escrito que contiene el resultado final del trabajo, fundamentado en las evidencias obtenidas durante el control y la aplicación normativa, contiene las observaciones, conclusiones, recomendaciones a los funcionarios de la entidad controlada y estamentos de control pertinentes[...].

[...] *El informe señalará claramente las modificaciones, enmiendas o correcciones que debe implementar la entidad ya sea para el caso materia del control o para procesos posteriores. De conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se podrá pedir la nulidad del contrato de ocurrir los presupuestos que al efecto contiene la citada ley.*²⁰⁹
(las cursivas me pertenecen)

Como se puede observar con detenimiento, esta norma prevé que el incumplimiento de las modificaciones, enmiendas o correcciones solicitadas por la Procuraduría a la entidad controlada, tendrá como penalidad la solicitud de la declaratoria de nulidad del contrato administrativo por parte de la Procuraduría General del Estado. Lo cual nos lleva a concluir que tales modificaciones, enmiendas o correcciones *no tienen ningún carácter vinculante u obligatorio para la entidad que es sujeto de control*. Así, aunque la Procuraduría General del Estado detecte anomalías en el cumplimiento de las normas que regulan esta materia, dentro

ser declarada inconstitucional, en base a los antecedentes jurídicos de declaratoria de inconstitucionalidad que han tenido todas las normas de la LOPGE en relación aquellas facultades constitucionales que le corresponden a la Corte Constitucional, específicamente con los casos

²⁰⁹ Resolución Nro. 008. “Las políticas administrativas para la gestión de la Dirección Nacional de Contratación Especial y Dirección Nacional de Contratación Pública, en el ejercicio del control de los actos y contratos, asesoramiento legal a las entidades, empresas y organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos y capacitación en la normativa aplicable a la contratación del Estado”. Registro Oficial Nro.460 de 01 de junio del 2011.

de los procesos de contratación, no podrá exigir de manera inmediata y obligatoria que se reforme tales anomalías, ya que su facultad de rectificación o modificación de actos o contratos dispuesta en la Disposición General Séptima no tiene carácter obligatorio o vinculante. Debiendo de esta forma, esperar a la etapa posterior de la celebración del contrato para poder tomar medidas correctivas, es decir proceder a realizar las acciones correspondientes para que se declare la nulidad del Contrato. Esta situación en particular, hace que el ejercicio del control que ejerce la Procuraduría General del Estado quede en las mismas condiciones iniciales. Es decir, únicamente realizando un *control posterior* del actuar de la administración en cuanto a los contratos celebrados por las entidades estatales.

Por último, pienso que esta facultad de poder detectar actos o contratos que atenten con normas del ordenamiento jurídico realizada por parte de la Procuraduría General del Estado en ejercicio de su facultad de control, no resulta ineficaz del todo, ya que esta misma información según lo dispuesto por el artículo 80 de la LOCGE, debería ser remitida a la Contraloría General del Estado de manera obligatoria:

Art. 80.- Obligación de informar de otras instituciones de control. Los organismos de control previstos en la Constitución Política de la República, dentro del ámbito de sus competencias, de conformidad con las leyes correspondientes, a través de sus máximas autoridades, informarán a la Contraloría General del Estado, los actos derivados de los informes de inspección, supervisión y control, para precautelar los intereses del Estado y sus instituciones.²¹⁰

Así la Procuraduría General del Estado se convierte en un vigilante –más que una entidad de control que pueda hacer cumplir de manera obligatoria el ordenamiento jurídico- de la actividad administrativa de aquellos procedimientos derivados de la contratación pública, ayudando más bien a la labor de control que ejerce verdaderamente la Contraloría General del Estado, colaborando a que esta última, pueda sancionar aquellas anomalías encontradas por la Procuraduría. Así, la Auditoría Gubernamental, englobando dentro de la misma a los exámenes especiales, auditorías financieras, de gestión, de contratación y ambientales, encontraría un gran apoyo en los informes del Procurador, incluso colaborando a evitar que se

²¹⁰ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Artículo 80. Suplemento del Registro Oficial Nro. 595 de 12 de junio del 2002.

produzcan caducidades²¹¹ no deseadas, por la falta de detección de irregularidades dentro de los informes de determinación de responsabilidades del actuar de las instituciones del Estado elaborados por la Contraloría General del Estado.

Todo lo anteriormente mencionado, es posible comprobar observando el informe de gestión 2012, elaborado por la Procuraduría General del Estado y mismo que reposa dentro de las publicaciones realizadas en el año 2013. El cual presenta el siguiente cuadro estadístico que procederé a analizarlo:



Este gráfico porcentual²¹² demuestra que de los 298 casos que registró la Procuraduría General del Estado sobre control legal dentro de los procedimientos de contratación pública para el año 2012, 163 de estos fueron terminados, otros 113 siguen en estudio y 22 terminaron en abstenciones. Así, si nos concentramos en el segundo cuadro que hace referencia a los 163 casos que se resolvieron en el 2012, podemos verificar que 114 de los mismos, es decir el 70%

²¹¹NB. “Art. 71.- Caducidad de las facultades de la Contraloría General del Estado. La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos”. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 595 de 12 de junio del 2002.

²¹²NB. Imagen y datos, tomados del Informe de Gestión 2012, elaborado por la Procuraduría General del Estado, pág. 43, publicado en Quito-Ecuador, 2013.

de estos fueron remitidos con observaciones a la Contraloría General del Estado y que sólo el restante 30%, es decir los 49 casos quedó en manos de la Procuraduría General del Estado.

Lo cual sin duda, demuestra que la labor de control de legalidad en la Contratación Pública establecida constitucionalmente, ha sido vaciada por la derogatoria dispuesta en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en donde la labor de la Procuraduría General del Estado, se enfocará en la vigilancia y monitoreo, dejando paso para que el cumplimiento del ordenamiento jurídico en tales contratos lo determinen los correspondientes organismos jurisdiccionales, y por otro lado, que las responsabilidades por tales contrataciones tanto administrativas, civiles y penales quede a cargo de la Contraloría General del Estado.

5. LEGISLACIÓN COMPARADA

Como se ha venido analizando durante los capítulos anteriores de la presente disertación, la Procuraduría General del Estado en la actualidad se ha consolidado en nuestro país como un organismo técnico jurídico con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera y cuyas funciones si bien se enmarcan en la representación judicial del Estado, el patrocinio, la absolución de consultas y el control de actos y contratos de las entidades del sector público, labor que lo ha venido realizando dentro de nuestro aparataje estatal por más de ochenta años, pero que en la actualidad su papel ha cambiado notablemente convirtiéndose en una entidad de *supervisión* de la representación judicial, con potestades *normativas* al ser sus dictámenes considerados como actos normativos y que se limita a la *vigilancia y monitoreo* de los contratos del Estado. Resultaría oportuno, analizar también el contenido de las atribuciones de aquellas instituciones extranjeras que se equiparan a la Procuraduría de nuestro país, ya que esto nos ayudará a tener un mayor panorama de cuál es el papel que ejercen dichas entidades extranjeras y así verificar la similitud o diferencias que existen con la PGE, incluso analizar aquellas facultades adicionales que se les ha otorgado a dicha entidades extranjeras que pudieren ser de gran utilidad a nuestra Procuraduría General del Estado.

5.1 Caso Argentina

Dentro del sistema orgánico institucional de la República de Argentina, la labor que se equipara a la realizada por la Procuraduría ecuatoriana es ejercida por la “Procuración del

Tesoro de la Nación”, institución que procederemos a estudiarla en cuanto a su estructura y funcionamiento de la siguiente manera:

5.1.1 Estructura de la Procuración del Tesoro de la Nación

La legislación argentina a través de la Ley 24.667 (*ver documento en anexo 18*) ha dispuesto en su artículo segundo que: “[...]La Procuración del Tesoro de la Nación es un organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo Nacional, cuya estructura administrativa y presupuesto están contenidos en la estructura y presupuesto del Ministerio de Justicia de la Nación”²¹³. Sobre esta norma debemos tomar en consideración que si la PTN²¹⁴ es un organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo Nacional, cuya estructura administrativa y presupuesto están contenidos en la estructura y presupuesto del Ministerio de Justicia de la Nación desconcentrado, se constituye entonces como una entidad totalmente dependiente del Poder Ejecutivo argentino, y que al establecer tanto su estructura y presupuesto dentro del Ministerio de Justicia de la Nación, lo hace parte de este último.

Por otro lado, debemos señalar que quien dirige esta institución es el Procurador del Tesoro de la Nación, quien según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 18.777 (*ver documento en anexo 19*):

[...]Deberá ser ciudadano argentino, no menor de treinta ni mayor de sesenta años, abogado con el título habilitante expedido o revalidado por Universidad Argentina y contar por lo menos con ocho años de antigüedad en la profesión.²¹⁵

El mismo que según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24.667: “[...] dependerá directamente del Presidente de la Nación, con jerarquía equivalente a la de los Ministros del Poder Ejecutivo y ejerce sus competencias con independencia técnica”²¹⁶. Finalmente debemos acotar que al Procurador del Tesoro de la Nación, en base a lo dispuesto en la Ley 12.954 (*ver*

²¹³Ley 24.667. Artículo 2. Boletín Oficial: Julio 8 de 1996. (fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

²¹⁴Procuración del Tesoro de la Nación.

²¹⁵Ley 18.777. Artículo 2. Boletín Oficial: 25 de septiembre de 1970 (fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

²¹⁶ Ley 24.667. Artículo 1. Boletín Oficial: 8 de julio de 1996. (fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

documento en anexo 20), le corresponde ejercer la Dirección del Cuerpo de Abogados del Estado²¹⁷.

5.1.2 Sobre el Cuerpo de Abogados del Estado

Debemos considerar que en la República Argentina se ha establecido como un mecanismo de control de legalidad de la actuación administrativa la necesidad imperiosa de contar con una Dirección General, que como lo manifestamos es dirigida por el Procurador del Tesoro de la Nación, conformada por el personal del Cuerpo de Abogados del Estado dentro de todas las instituciones estatales, así la Ley 12.954 manifiesta que:

Artículo 2.- El Cuerpo de Abogados del Estado se compondrá de una Dirección General y delegaciones *en cada uno de los ministerios, secretarías de Estado y reparticiones de la administración de jurisdicción nacional que tengan actualmente constituidas asesorías o direcciones de asuntos legales* y las que en lo sucesivo puedan crearse.²¹⁸ (las cursivas me pertenecen).

Esta entidad la cual tiene delegaciones en todas las instituciones estatales de la República de Argentina, *tal* y como se puede observar en el artículo anteriormente transcrito, se le ha atribuido en gran medida con las facultades otorgadas a nuestra Procuraduría. En este sentido, procederemos analizar sus competencias de conformidad con lo dispuesto en la Ley 12.954:

5.1.2.1 Sobre la Representación Judicial del Estado

De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 5 de la Ley 12.954 le compete al cuerpo de abogados:

[...]a) Representar al Estado y a sus reparticiones ante las autoridades judiciales, tanto si aquél litiga como actor o si lo hace como demandado, siempre que no corresponda esta actuación al ministerio fiscal. También representará al Estado ante los tribunales contencioso administrativos.²¹⁹

Como se puede observar en la norma anteriormente transcrita la legislación argentina determina como atribución directa del Cuerpo de Abogados el representar al Estado y a sus

²¹⁷NB. El cuerpo de abogados del Estado, según el artículo 1 de la Ley 12.954, tiene como atribuciones el asesoramiento jurídico y la defensa ante los tribunales, del Poder Ejecutivo y de todos los organismos que integran la administración.

²¹⁸ Ley 12.954. Artículo 2. Boletín Oficial: 10 de marzo de 1947(fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

²¹⁹ Ley 12.954. Artículo 5. Boletín Oficial: 10 de marzo de 1947(fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

reparticiones²²⁰ ante todas las autoridades judiciales de ese país. Y si lo comparamos con el modelo ecuatoriano podemos darnos cuenta que, la representación judicial en el Ecuador, no es ejercida por una sola institución o un cuerpo de abogados como en el caso argentino, sino que la representación judicial del Estado en el Ecuador, se encuentra dividida entre las instituciones estatales y la Procuraduría General del Estado bajo la condición de que estas primeras gocen o no de personería jurídica.

Por otro lado, la Ley 25.344 (*ver documento en anexo 21*) exige la notificación de cualquier juicio que haya sido propuesto a una entidad estatal a la Procuración del Tesoro Nacional tal como lo dispone el artículo 6 de la ley señalada, la cual dispone:

ARTICULO 6.- En todos los juicios deducidos contra organismos de la administración pública nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, fuerzas armadas y de seguridad, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, y todo otro ente en que el Estado nacional o sus entes descentralizados posean participación total o mayoritaria de capital o en la conformación de las decisiones societarias se suspenderán los plazos procesales hasta que el tribunal de oficio o la parte actora o su letrado comuniquen a la Procuración del Tesoro de la Nación su existencia, carátula, número de expediente, radicación, organismo interviniente, estado procesal y monto pretendido, determinado o a determinar.²²¹

De este modo, la legislación argentina ha previsto un mecanismo a través del cual, los juicios contra el Estado se suspenden mientras no se haya notificado de la existencia del mismo a la Procuración del Tesoro de la Nación. Consecuentemente, podemos observar que este procedimiento puede ser de gran utilidad, ya que tiene una doble funcionalidad. En primer lugar resulta beneficioso para el Estado, ya que, al exigirse por ley la notificación al Procurador del Tesoro de la Nación, el Estado podrá tener un mayor control de los juicios a fin de velar por los intereses estatales. Y por otro lado, quienes plantean la demanda, al obligarse la notificación a la Procuración antes de continuar con el proceso judicial, se evitarían que dentro del proceso se produzcan posibles nulidades por la falta de citación al representante

²²⁰ NB. “[...] Administración. cada una de las dependencias de la administración pública” Diccionario Jurídico Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliasta S R L, 2008, Pg. 375.

²²¹ Ley 25.344. Artículo 6. Boletín Oficial: 14 de noviembre de 2000 (fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

judicial del Estado tal como ocurre en nuestra legislación, así como lo dispone el artículo 6 de la LOPGE, el cual señala:

Art. 6.- De las citaciones y notificaciones.- Toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial, procedimiento alternativo de solución de conflictos y procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado. De la misma manera se procederá en los casos en los que la ley exige contar con dicho funcionario. *La omisión de este requisito, acarreará la nulidad del proceso o procedimiento [...]* (las cursivas me pertenecen)

5.1.2.2 Sobre la instrucción de sumarios administrativos

Por otro lado, de conformidad con lo estipulado en literal b) del artículo 5 de la Ley 12.954, el cuerpo de abogados se encuentra facultado a:

[...] Instruir los sumarios que el Poder Ejecutivo o los organismos administrativos les encomienden para esclarecer la comisión de hechos punibles o irregularidades atribuidas al personal de la administración o a terceros y preparar cuando corresponda el traslado a la autoridad judicial competente de lo actuado.²²²

Resulta que los llamados sumarios administrativos, en nuestra legislación, es responsabilidad de cada entidad estatal, en donde la correspondiente unidad administrativa de talento humano –UATH- se encuentra facultada para la instrucción, quedando la resolución para imponer sanciones administrativas si fuere el caso, a la respectiva autoridad nominadora de dicha institución, esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 y siguientes del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público. Situación que puede resultar un tanto tendenciosa, en cuanto dicho procedimiento, al ser llevado por funcionarios de una misma institución que se encuentran vinculados jerárquicamente, puede dar como resultado, que tales procedimientos para determinación de sanciones administrativas sean propensos al cometimiento de arbitrariedades o abusos, al ser la propia administración juez y parte dentro de la instauración de los sumarios administrativos.

En cambio, como se puede observar en el caso argentino, la instrucción de tales procedimientos se la lleva a cabo por el cuerpo de abogados, quienes al ser una dirección autónoma dentro de las distintas entidades estatales²²³, pueden realizar dichos procedimientos

²²²Ley 12.954. Artículo 5. Boletín Oficial: 10 de marzo de 1947(fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

²²³Supra. 106.

encaminados a determinar responsabilidades administrativas de una forma más imparcial y objetiva en razón de que no se hallan vinculados de forma directa con la institución a la que pertenecen y primordialmente porque su naturaleza es poder ejercer el control de legalidad dentro de dichas entidades.

5.1.2.3 Sobre la facultad de asesoramiento

Al igual que las otras dos facultades descritas anteriormente, la asesoría se encuentra en la Ley 12.954 en donde se establece que el cuerpo de abogados se encuentra facultado a: “c) Asesorar a las autoridades a que se hallen adscritos en todo asunto que requiera una opinión jurídica”²²⁴. Asesoría que la realiza a través de los dictámenes que son producto de las consultas realizadas por las entidades estatales argentinas, mismas absoluciones de consultas que tienen una gran diferencia con las que son emitidas en el Ecuador por medio de la Procuraduría General del Estado. Ya que la legislación argentina ha previsto que los dictámenes emitidos por el cuerpo de abogados sean “esenciales” pero no “vinculantes” como en nuestro caso.

Precisamente al habersele categorizado como “esencial” en la formación de la voluntad de la administración argentina, éste se convierte en un elemento más de aquellos esenciales en la formación del acto, lo que constituye que, si el acto administrativo se ha emitido sin el dictamen por parte del cuerpo de abogados, su consecuencia jurídica, precisamente por la falta de la solicitud del dictamen para la formación de la manifestación de la administración - *sin importar si se aplica las consideraciones dispuestas en el dictamen o no*- sería la nulidad absoluta del acto administrativo como tal, por adolecer de los requisitos esenciales del mismo. Claro, debemos considerar además que se convierte esencial en aquellos casos en que el acto pueda afectar derechos subjetivos o intereses legítimos tal y como lo dispone el literal d) del artículo 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (*ver documento en anexo 22*) la cual manifiesta:

Artículo 7.- Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes:

d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras

²²⁴ Ley 12.954. Artículo 5. Boletín Oficial: 10 de marzo de 1947(fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

normas especiales, considérese también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos.²²⁵

En cambio, en el Ecuador, no se lo declara nulo por la falta de solicitud del dictamen; sino que la nulidad que se originaría, precisamente es por la falta de aplicación (en caso de derechos) o aplicación retroactiva (en caso de sanciones) del dictamen-norma, lo cual daría como consecuencia la nulidad absoluta del acto administrativo tal y como pudimos observar en el capítulo tercero de la presente disertación.

5.1.2.4 Sobre las facultades en la contratación pública

Finalmente, en cuanto al control que realiza dentro de la contratación pública, la Ley 12.954 dispuso que el cuerpo de abogados se encuentra facultado a:

e) Intervenir los pliegos de condiciones para licitaciones públicas, redes de obras o servicios públicos o de adquisición de materiales, en las adquisiciones sin subasta previa cuando su importancia lo requiera, en la adjudicación en cuanto a la redacción de contratos, en las reclamaciones a que dé lugar la interpretación de éstos y en los pedidos de rescisión de los mismos. La reglamentación determinará los casos en que estas intervenciones sean necesarias.²²⁶

Como se puede observar, la intervención que realiza el cuerpo de abogados de la república de Argentina en relación a la contratación pública, es más bien de asesoramiento al igual que el de la Procuraduría General del Estado de conformidad a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que participa colaborando en la elaboración de los pliegos, en las adjudicaciones y la realización de contratos. Por otro lado, podemos observar que esta institución extranjera al tener la atribución para poder solicitar la rescisión de los contratos, realiza la misma labor que la Procuraduría General del Estado del Ecuador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 *Ibíd.*

5.2 Caso Colombia

En la República de Colombia existe la llamada Procuraduría General de la Nación, institución que como entraremos al correspondiente análisis, mantiene ciertas diferencias con la

²²⁵ Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Artículo 7. Boletín Oficial: 27 de abril de 1972. (fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

²²⁶ Ley 12.954. Artículo 5. Boletín Oficial: 10 de marzo de 1947(fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

Procuraduría General del Estado del Ecuador. Con esta adelantada presentación, procederemos a analizar su estructura y atribuciones de conformidad con la legislación de este país:

5.2.1 Estructura de la Procuraduría General de la Nación

De conformidad con la estructura institucional del aparataje público colombiano debemos señalar que la Procuraduría General de la Nación es el máximo organismo de dirección del Ministerio Público²²⁷, órgano del Ejecutivo que de conformidad con la Constitución colombiana tiene a su cargo las siguientes facultades:

ARTICULO 118. [...]Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

Además, se debe considerar que la Procuraduría General de la Nación, tal como lo señala la parte final del artículo primero del Decreto Nro. 262 del 2000 (*ver documento en anexo 23*):

[...] Tiene autonomía administrativa, financiera y presupuestal en los términos definidos por el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional y ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación.²²⁸

5.2.2 Sobre el Procurador General de la Nación

Tal como se pudo observar en la norma anteriormente transcrita el Procurador General de la Nación es la máxima autoridad de dirección de la Procuraduría. Este alto funcionario será elegido por el Senado de la República para un período de cuatro años, su elección, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del decreto Nro. 262 del 2000, será en base a una terna integrada por un candidato del Presidente de la República, uno de la Corte Suprema de Justicia y uno del Consejo de Estado. Situación que se diferencia con nuestro sistema de designación ya que bajo nuestra modalidad, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Sociales el encargado de nombrar al Procurador General del Estado, en base a la terna enviada únicamente por el Ejecutivo.

5.2.3 Sobre las Facultades del Procurador General de la Nación

²²⁷NB. “ARTÍCULO 1°. Suprema dirección del Ministerio Público. La Procuraduría General de la Nación es el máximo organismo del Ministerio Público [...]” Decreto Numero 262 de 2000, Presidencia de la República, Santafé de Bogotá, D.C., a los 22 de febrero de 2000.

²²⁸ Decreto Nro. 262. Artículo 1. Diario Oficial No 43.904, del 22 de febrero de 2000 (fuente.-

<https://www.procuraduria.gov.co/>)

5.2.3.1 Sobre la Representación Judicial

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, la Procuraduría General de la Nación se encuentra facultada a: “[...]Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”²²⁹. Partiendo de esta norma podemos observar que la intervención judicial que realiza la Procuraduría General de la Nación Colombiana no está enfocada en la defensa de las instituciones del Estado como se lo hace en nuestro país. Sino más bien, que su finalidad es hacer respetar los derechos y garantías fundamentales dentro de cualquier proceso judicial, así como el cumplimiento del orden y del patrimonio público, sin importar que el Estado sea parte procesal o no del mismo. No ésta por demás señalar que; si bien el Procurador puede actuar en cualquier proceso judicial, si se encuentra obligado a intervenir en todos los procesos que se lleve en la jurisdicción constitucional, esto de conformidad con lo preceptuado en el numeral 2 del artículo 242 de la Constitución Política de Colombia. Por otro lado, es necesario determinar quien ejerce la defensa judicial de las instituciones estatales de Colombia; así, según lo determinado en el Decreto 4085 de 1 de noviembre de 2011 (*ver documento en anexo 24*) quien: “[...] procura la defensa efectiva e intereses litigiosos de las entidades públicas en Colombia es la Agencia Nacional de Defensa de la Nación”.²³⁰

i) *La Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación:*

Esta entidad estatal, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Nro. 1444 de 4 de mayo de 2011, fue creada como “[...] una Unidad Administrativa Especial, descentralizada del orden nacional, con personería jurídica propia, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho”²³¹. Por otro lado, en cuanto a sus funciones, el señalado Decreto 4085 de 2011, en el numeral 3 del artículo 6 determina que a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica le corresponde:

²²⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 277. 1991. (fuente.- <https://www.procuraduria.gov.co/>)

²³⁰ Decreto 4085. Diario Oficial No 48.240, del 1 de noviembre de 2011 (fuente.- <http://www.defensajuridica.gov.co/Paginas/Default.aspx>)

²³¹ Ley Nro. 1444. Artículo 5. de 4 de mayo de 2011. (fuente.- <http://www.defensajuridica.gov.co/Paginas/Default.aspx>)

- [...] (i) Asumir, en calidad de demandante, interviniente, apoderado o agente y en cualquier otra condición que prevea la Ley, la defensa jurídica de las entidades y organismos de la Administración Pública, y actuar como interviniente en aquellos procesos judiciales de cualquier tipo en los cuales estén involucrados los intereses de la Nación, de acuerdo con la relevancia y los siguientes criterios: la cuantía de las pretensiones, el interés o impacto patrimonial o fiscal de la demanda; el número de procesos similares; la reiteración de los fundamentos fácticos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo; la materia u objetos propios del proceso y la trascendencia jurídica del proceso por la creación o modificación de un precedente jurisprudencia;
- (ii) Designar apoderados, mandatarios o agentes para el cumplimiento de la función anterior.
- (iii) Coordinar o asumir la defensa jurídica del Estado en los procesos que se adelanten ante organismos y jueces internacionales o extranjeros, de conformidad con los tratados y acuerdos que regulen la materia, salvo las controversias a las que se refiere el numeral siguiente;
- (iv) Apoyar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la defensa de las controversias comerciales internacionales del Estado colombiano y en los procesos que se adelanten en instancias internacionales en relación con obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de inversión;
- (v) Apoyar a las diferentes entidades en la creación y conformación de comités técnicos de apoyo para el mejor desempeño de sus funciones en procesos que se adelanten en instancias internacionales o extranjeras;
- (vi) Dar instrucciones para interponer, en los casos procedentes y cuando lo estime conveniente, acciones de tutela contra sentencias de condena proferidas contra entidades públicas, así como para coadyuvar las interpuestas por las propias entidades;
- (vii) Ejercer la facultad de insistencia para la selección de sentencias de tutela para revisión por la Corte Constitucional, en los términos previstos en la ley;
- (viii) Participar en los Comités de Conciliación de las entidades u organismos del orden nacional, cuando lo estime conveniente, con derecho a voz y voto y actuar como mediador en los conflictos que se originen entre entidades y organismos del orden nacional;
- (ix) Hacer seguimiento al debido ejercicio de la acción de repetición por parte de las entidades del orden nacional y dar instrucciones a las entidades para que, de conformidad con la ley, instauren acciones de repetición por el pago de sentencias y conciliaciones de carácter indemnizatorio causadas por dolo o culpa grave de los agentes estatales, o interponerlas directamente cuando la entidad u organismo del orden nacional no las ejerzan habiendo lugar a ello.²³²

Como se puede observar, las facultades que le han sido otorgadas a esta entidad son más similares a aquellas facultades de representación Judicial que goza nuestra Procuraduría General del Estado. Por otro lado, como se pudo observar en el numeral (ix) anteriormente transcrito, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica le corresponde *-Hacer seguimiento al debido ejercicio de la acción de repetición por parte de las entidades del orden nacional y dar instrucciones a las entidades para que, de conformidad con la ley, instauren acciones de repetición por el pago de sentencias-*. Facultad que también se encuentra otorgada a nuestra

²³² Decreto 4085. Artículo 6. Diario Oficial No 48.240, del 1 de noviembre de 2011 (fuente.- <http://www.defensajuridica.gov.co/Paginas/Default.aspx>)

Procuraduría General del Estado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual dispone que:

Art. 68.- Legitimación activa. La máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y deberá interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación. Cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado ha reparado a la víctima, intervendrá el representante legal de la institución. *Se contará, para la defensa de los intereses del Estado, con la intervención de la Procuradora o Procurador General del Estado.* En caso de que la máxima autoridad fuere la responsable directa de la violación de derechos, el patrocinio de la causa lo asumirá la Procuraduría General del Estado.(las cursivas me pertenecen)

Incluso, en nuestro caso como podemos observar, la Procuraduría General del Estado asume la defensa judicial en ejercicio del derecho de repetición cuando el presunto responsable sea la máxima autoridad de la entidad donde se produjo el perjuicio para el Estado.

5.2.3.2 *Sobre la instrucción de sumarios administrativos*

De conformidad con el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

[...]6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.²³³

Así mismo, el numeral 1 del artículo 278 *ibídem* señala que es facultad directa del Procurador General de la Nación:

[...]1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o

²³³ Constitución Política de Colombia. Artículo 277. 1991. (fuente.- <https://www.procuraduria.gov.co/>)

en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.²³⁴

Como se desprende de la normativa anteriormente transcrita, en Colombia los procedimientos disciplinarios que se instauran en contra de servidores públicos, son sustanciados y resueltos por la Procuraduría General de la Nación. Incluso cabe señalar que se encuentra facultada para sancionar a altos funcionarios del Estado, tal como se desprende del artículo 7 del Decreto Nro. 262 de 2000, el cual señala que dentro de las funciones de la Procuraduría están:

21. Conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los congresistas, por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso aunque hayan dejado de ser congresistas.

22. Conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra el Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Gerente del Banco de la República y demás miembros de su Junta Directiva, el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso aunque hayan dejado de ejercer el cargo.

23. Conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, el Auditor de la Contraloría General de la República, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contador General, los Generales de la República y oficiales de rango equivalente, el Personero y el Contralor de Santa Fe de Bogotá, D.C., los Directores de Departamentos Administrativos del orden nacional y del Distrito Capital, los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y demás servidores públicos del orden nacional de igual o superior categoría, por hechos cometidos en ejercicio de sus funciones.²³⁵

De las normas anteriormente transcritas podemos realizar dos claras conclusiones; la primera referente a la mayor imparcialidad que existe dentro de los procedimientos disciplinarios instaurados en contra de servidores públicos. Ya que, gracias a la intervención de la Procuraduría se puede evitar, al igual que en la legislación argentina, que las propias instituciones estatales se conviertan en juez y parte dentro de los procesos disciplinarios sancionatorios. Y la segunda, referente al alcance del poder sancionatorio que posee esta institución colombiana, al poder sancionar tanto a dignatarios por mandato popular como a funcionarios y servidores de rango jerárquico superior como inferior.

5.2.3.3 Sobre la facultad de asesoramiento

²³⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 278. 1991. (fuente.- <https://www.procuraduria.gov.co/>)

²³⁵ Decreto Nro. 262. Artículo 7. Diario Oficial No 43.904, del 22 de febrero de 2000 (fuente.- <https://www.procuraduria.gov.co/>)

Una vez que ha sido analizada la legislación colombiana referente a las facultades otorgadas al Procurador General de la Nación se ha podido verificar que la misma no ha otorgado facultades de asesoramiento a las diferentes entidades estatales como en el caso ecuatoriano y argentino. Y esto en razón de que la principal función de la Procuraduría General de la Nación colombiana es el cumplimiento del orden y del patrimonio público, así como la vigilancia del respeto de los derechos humanos. Alejándose de esta manera de las funciones que realizan sus homologas ecuatoriana y argentina.

5.2.3.4 Sobre las facultades en la contratación pública

Finalmente debemos señalar también, que en cuanto a temas de contratación pública, la Procuraduría General de la Nación carece de facultades y atribuciones para pronunciarse, emitir criterios o informes vinculantes tal y como ocurre con sus similares de Ecuador y Argentina. Sin embargo, podemos señalar que al gozar constitucionalmente de atribuciones sancionatorias a servidores y servidoras públicas, podemos concluir que en el caso de aquellos procesos relacionados a la contratación pública que infrinjan procedimientos o normas legales, el Procurador General de la Nación deberá imponer la correspondiente sanción luego del respectivo procedimiento disciplinario.

5.3 Cuadro comparativo

Para una mejor apreciación de las semejanzas y diferencias de las facultades con las que se encuentran atribuidas la Procuraduría General del Estado del Ecuador, la Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina, y la Procuraduría General de la Nación de Colombia, hemos elaborado el siguiente cuadro comparativo que servirá para contrastar las atribuciones anteriormente descritas:

Institución:	Procuraduría General del Estado: 	Procuración del Tesoro de la Nación: 	Procuraduría General de la Nación: 
Estructura:	La Procuraduría General del Estado es un organismo público, técnico jurídico, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera. (Art. 235 de la Constitución de la República 2008)	La Procuración del Tesoro de la Nación es un organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo Nacional, cuya estructura administrativa y presupuestaria están contenidos en la estructura y presupuesto del Ministerio de Justicia de la Nación. (Art. 2 de la Ley 24.667) Dirige además al Cuerpo de Abogados, el cual está compuesto por una Dirección General y delegaciones en cada uno de los ministerios, secretarías de Estado y reparticiones de la administración de jurisdicción nacional. (Ley 12.954)	La Procuraduría General de la Nación es el máximo organismo de dirección del Ministerio Público (Art. 118 de la Constitución Política de Colombia) Tiene autonomía administrativa, financiera y presupuestal en los términos definidos por el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional y ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. (Decreto Nro. 262 del 2000)
Máxima Autoridad:	Procurador General del Estado Forma de designación: El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social nombrará a la Procuradora o Procurador General del Estado, de una terna que enviará la Presidencia de la República. La terna se conformará con criterios de especialidad y méritos y estará sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana. (Art. 236 de la Constitución de la República 2008)	Procurador del Tesoro de la Nación Forma de designación: El Procurador del Tesoro de la Nación depende directamente del Presidente de la Nación. Tiene jerarquía equivalente a la de los Ministros del Poder Ejecutivo y ejerce sus competencias con independencia técnica. (Art. 1 de la Ley 24.667).	Procurador General de la Nación: Forma de designación: El Procurador será elegido por el Senado de la República para un período de cuatro años, su elección será en base a una terna integrada por un candidato del Presidente de la República, uno de la Corte Suprema de Justicia y uno del Consejo de Estado. (artículo 3 del decreto Nro. 262 del 2000)

<p>Requisitos:</p>	<p>1.- Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos. 2.- Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país. 3.- Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso de diez años.. 4.- Demostrar probidad y ética. 5.- No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político. (Art. 433 de la Constitución de la República 2008)</p>	<p>1.- Deberá ser ciudadano argentino 2.- No menor de treinta ni mayor de sesenta años 3.- Abogado con el título habilitante expedido o revalidado por Universidad Argentina. 4.- Contar por lo menos con ocho años de antigüedad en la profesión. (ley 18.777)</p>	<p>1.- Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio. 2.- Ser abogado. 3.- Haber desempeñado durante diez años, cargos en la Rama judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido con buen crédito por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra Universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos.</p>
<p>Sobre la Representación Judicial del Estado:</p>	<p>- La Procuraduría General del Estado: Interviene como parte procesal en los juicios penales, controversias y procedimientos administrativos de impugnación o reclamo, que se sometan a la resolución de la Función Judicial, tribunales arbitrales y otros órganos jurisdiccionales, en los que intervengan los organismos y entidades del sector público, que carezcan de personería Jurídica. (Art. 5 literal b, LOPGE)</p> <p>- Las entidades y organismos del sector público e instituciones autónomas del Estado, con personería jurídica: comparecerán por sí mismos por intermedio de sus representantes legales o procuradores judiciales. (Art. 7, LOPGE)</p>	<p>- Al cuerpo de Abogados le compete representar al Estado y a sus reparticiones ante las autoridades judiciales, tanto si aquél litiga como actor o si lo hace como demandado, siempre que no corresponda esta actuación al ministerio fiscal (Ley 12.954)</p>	<p>- Interviene en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. (el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia)</p> <p>- La Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación es la entidad que asume, en calidad de demandante, interviniente, apoderado o agente y en cualquier otra condición que prevea la Ley, la defensa jurídica de las entidades y organismos de la Administración Pública, actuando como interviniente en aquellos procesos judiciales de cualquier tipo en los cuales estén involucrados los intereses de la Nación. (numeral 3 del artículo 6 del Decreto 4085 de 2011)</p>

<p>Instrucción de sumarios administrativos:</p>	<p>- La Procuraduría General del Estado carece de esta competencia.</p>	<p>- El cuerpo de abogados: tiene competencia para instruir los sumarios que el Poder Ejecutivo o los organismos administrativos les encomienden para esclarecer la comisión de hechos punibles o irregularidades atribuidas al personal de la administración o a terceros y preparar cuando corresponda el traslado a la autoridad judicial competente de lo actuado. (literal b) del artículo 5 de la Ley 12.954)</p>	<p>- Ejerce el poder disciplinario de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular. (numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia)</p> <p>- Al Procurador General de la Nación le concierne realizar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley. (numeral 1 del artículo 278 de la Constitución Política de Colombia)</p>
<p>Sobre la facultad de asesoramiento:</p>	<p>- El Procurador General del Estado, se encuentra facultado para Absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico. (literal e) del artículo 3 de la LOPGE). En el Ecuador, el carácter vinculante que tiene la absolución de consulta, tiene efecto no solo para la Administración Pública sino que, de conformidad con lo establecido en la sentencia Nro. 002-09-SAN-CC, de fecha 02 de abril del 2009, la Corte Constitucional, Considera que tales pronunciamientos deberán ser categorizados como "normas" entendiéndose a éstos como "última categoría primaria de expresión de los actos jurídicos de la administración. Es decir que los mismos se vuelven generalmente aplicables para toda la sociedad.</p>	<p>- El cuerpo de abogados se encuentra facultado también asesorar a las autoridades del Estado en todo asunto que requiera una opinión jurídica (literal c) del artículo 5 de la Ley 12.954)</p> <p>- Sin embargo los dictámenes emitidos por el cuerpo de abogados de Argentina, si bien no son vinculante, resulta que son esenciales en la formación de la voluntad de la administración pública en aquellos casos que se pudieren afectar derechos subjetivos de los administrados. (Art. 7 Ley Nacional de Procedimientos Administrativos).</p>	<p>- El Procurador General de la Nación carece de facultades de asesoramiento a instituciones públicas.</p>

<p style="text-align: center;">Sobre las facultades en la contratación pública</p>	<p>- La Procuraduría General del Estado está facultada a:</p> <p>-Asesorar al SERCOP para la expedición modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública (numeral 8 del artículo 10 de la LOSNCP reformada)</p> <p>-El Procurador General del Estado, tan pronto tenga conocimiento de cualquiera irregularidad contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública deberá demandar la nulidad del contrato. (artículo 65 de la LOSNCP reformada)</p>	<p>- El cuerpo de abogados se encuentra facultado a:</p> <p>- Intervenir los pliegos de condiciones para licitaciones públicas, redes de obras o servicios públicos o de adquisición de materiales, en las adquisiciones sin subasta previa cuando su importancia lo requiera,</p> <p>- Redacción de contratos.</p> <p>- Interpretación de los contratos cuando se presenten reclamaciones sobre estos.</p> <p>- Puede solicitar la rescisión de los contratos. (literal e) del artículo 5 de la Ley 12.954)</p>	<p>- La Procuraduría General de la Nación carece de facultades y atribuciones para pronunciarse, emitir criterios, informes vinculantes o intervenir en los procesos de contratación pública. Sin embargo goza de facultades sancionatorias para aquellos servidoras que incumplan la Constitución o la ley dentro de los procesos de contratación pública.</p>
---	--	--	---

6. NORMAS E INSTITUCIONES QUE ESTABLECEN FACULTADES PARALELAS A LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Y OTRAS DE DISTINTA APLICACIÓN

Finalmente analizaremos las atribuciones que legalmente han sido conferidas a otras instituciones estatales, que de una u otra forma han sido también confiadas a la Procuraduría General del Estado, situación que puede causar un total perjuicio para el normal funcionamiento del aparataje estatal. Por esta razón, es necesario aclarar el alcance de tales atribuciones a fin de evitar posibles conflictos de competencias entre las diferentes instituciones que poseen dichas atribuciones.

Como lo mencionamos a lo largo de la presente disertación, las facultades de la Procuraduría General del Estado se enmarcan en cuatro atribuciones específicas que son: la representación judicial del Estado, el asesoramiento legal, la absolución de las consultas y el control de actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público. Sin embargo, como procederemos a analizar, la facultad que más ha sido fraccionada dentro del aparataje estatal es aquella de absolver consultas, de esta forma procedemos a verificar lo aseverado considerando algunas normas de nuestro ordenamiento jurídico:

6.1 Análisis del Código Orgánico de la Función Judicial en relación a las facultades de la Procuraduría General del Estado.

En primer lugar, tenemos aquellos pronunciamientos emitidos por la actual Corte Nacional de Justicia, la que según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, tiene la facultad de: “[...] Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial”²³⁶. Como podemos observar, la Corte Nacional de Justicia tiene facultades interpretativas de la norma legal, las cuales tienen el carácter de vinculantes al ser estas obligatorias y generales. Pero es necesario verificar como la Corte Nacional de Justicia ejerce dicha competencia, por esta razón tomo en

²³⁶ N.B. Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el suplemento del Registro Oficial Nro. 544 de 09 de marzo del 2009.

consideración una de las tantas resoluciones emitidas por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 154 de 19 de marzo del 2010 (*ver documento en anexo 25*), misma que fue emitida en razón de la consulta hecha por el doctor Eduardo Muñoz Vega, Contralor General del Estado (E) -en ratificación a la solicitud de consulta realizada por el doctor Carlos Pólit Faggioni, Contralor General del Estado- mediante oficio No. 24237 de 28 de diciembre del 2009, en la cual, al encontrar un aparenten vacío legal en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado , ya que esta norma solo determina que las acciones penales son procedentes únicamente luego de la realización de los correspondientes informes de auditoría gubernamental, sin tomar en consideración aquellos casos en que existe evidencia suficiente para iniciar la acción penal, situación jurídica no regulada que crearía impunidad de los procesados de estos delitos, solicita el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia respecto a:

[...] si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaratoria de la Contraloría General del Estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante en los fondos públicos, contra el funcionario a cargo de éstos²³⁷.

Por lo que la Corte Nacional de Justicia, ante tal consulta planteada por el Contralor General del Estado resolvió que:

[...] En uso de sus atribuciones, previstas en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 180, numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial,

Resuelve:

Art. 1.-Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de este, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código Capítulo “Del enriquecimiento Ilícito” incorporado por el artículo 2 de la Ley No. 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 260 de 29 de agosto de 1985, *se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal.*

Art. 2.- Para el inicio de la indagación previa, no se requiere el informe expresado en el artículo anterior, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento, por cualquier medio, hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de auditoría gubernamental sobre tales hechos, así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, ha lugar al inicio de la instrucción fiscal.

²³⁷Oficio No. 24237 de 28 de diciembre del 2009, suscrito por el doctor Eduardo Muñoz Vega, dirigido al Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

Art. 3.- Las normas previstas en esta resolución, regirán para lo futuro y por tanto se aplicarán únicamente para las causas que se iniciaren a partir de su promulgación.²³⁸ (las cursivas me pertenecen).

Como se puede observar, el pronunciamiento de la Corte Nacional de Justicia versó solo un aparente vacío legal, pero con su resolución creó derecho positivo, que es de carácter general y obligatorio hasta tanto no se reforme el texto legal. De esta forma, podemos aseverar que la referida atribución de la Corte Nacional de Justicia tendría alguna semejanza con la atribución de la Procuraduría General del Estado conforme con sentencia emitida por la Corte Constitucional No. 002-09-SAN-CC. Sin embargo, sostengo que las resoluciones emitidas por la Corte Nacional de Justicia son únicamente de estricta interpretación legal.

6.1.1 Legitimación pasiva para solicitar la absolución de consulta a la Corte Nacional de Justicia

Debemos señalar que si bien este tipo de consultas eran dirigidas expresamente para que los jueces, tanto de primera como de segunda instancia, puedan absolver sus dudas razonadas sobre la inteligencia o aplicación de las leyes que tengan directa relación con sus competencias jurisdiccionales, la misma Corte Nacional de Justicia resolvió ampliar dicha facultad de absolución a aquellas consultas que sean presentadas por otros organismos y entidades del Estado, así como por cualquier entidad de carácter privado o incluso personas particulares. Precisamente para demostrar lo aseverado plasmamos lo determinado en el segundo inciso del artículo 2 de la Resolución emitida por la propia Corte Nacional el 20 de mayo del 2009 (EXPEDIR LAS SIGUIENTES NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA LAS CONSULTAS DE LOS JUECES SOBRE LA INTELIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS LEYES Y PARA LA APROBACIÓN DE ANTEPROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA) que consta en el Registro Oficial Nro. 614 de 17 de junio de 2009 (*ver documento en anexo 26*), la cual expresa:

[...] Los jueces de la Corte Nacional de Justicia podrán acoger y hacer suyos propios los anteproyectos de ley y las consultas que presenten otros organismos o instituciones del Estado,

²³⁸NB. Resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia en relación a la consulta realizada por el Contralor General del Estado (E), publicada en el Registro Oficial Nro. 154 de 19 de marzo del 2010, pg. 25.

entidades de carácter privado o personas particulares, *en asuntos relativos a la administración de justicia.*²³⁹ (las cursivas me pertenecen)

De esta manera, resulta que dichas consultas que también tienen el carácter de general y obligatorio podrán ser solicitadas no solo por las entidades estatales, como ocurre en el caso del Procurador, sino que también la podrán solicitar cualquier persona pública o privada, natural o jurídica que tenga alguna consulta de este carácter.

6.1.2 Temas sobre los cuales puede absolver consultas la Corte Nacional de Justicia

Debemos señalar además, que las consultas que pueden ser absueltas a través de la Corte Nacional de Justicia únicamente pueden ser emitidas en relación a aquellos temas relativos a la administración de justicia, tal como lo dispone el artículo 2 ya citado de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia emitida el 20 de mayo del 2009.

Situación jurídica que da como resultado la existencia de un organismo exclusivo, en este caso jurisdiccional, que se encargará de todas aquellas consultas que versen exclusivamente sobre el inteligenciamiento de las normas relativas a la administración de justicia, tal es el caso de la Resolución No. 01-2014 emitida por la Corte Nacional de Justicia, emitida el 24 de abril del 2014 (*ver documento en anexo 27*), la cual se originó como consecuencia de la solicitud de diversas federaciones de médicos, enfermeras, odontólogos, y obstetrices; colegios profesionales del sector de la salud, hospitales, sociedades científicas y estudiantes, en relación a la aplicación del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal (homicidio culposo por mala práctica profesional) . Dichas organizaciones hacen esta consulta en relación a que; si para la configuración del delito de homicidio culposo calificado, además de infringir el deber objetivo de cuidado²⁴⁰, se deben cumplir de manera concurrente o excluyente las tres

²³⁹ Resolución emitida por la propia Corte Nacional el 20 de mayo del 2009. EXPEDIR LAS SIGUIENTES NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA LAS CONSULTAS DE LOS JUECES SOBRE LA INTELIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS LEYES Y PARA LA APROBACIÓN DE ANTEPROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Artículo 2. Registro Oficial Nro. 614 de 17 de junio de 2009

²⁴⁰ NB. “[...]Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente: 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado. 2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión. 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber

condiciones producto de la muerte que son: acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, ya que la norma no hace referencia a tal circunstancia.

En este sentido la Corte Nacional de Justicia resolvió:

Art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.²⁴¹

Como se puede observar la Corte Nacional de Justicia, nuevamente hace una aclaración interpretativa de una norma de carácter legal, señalando que se deberá producir concurrentemente las tres condiciones (acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas) para la configuración de este tipo penal.

6.2 Análisis de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en relación a las facultades de la Procuraduría General del Estado

Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 25 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se ha dispuesto que la Contraloría goce de las siguientes facultades:

25. Asesorar obligatoriamente a las instituciones del Estado, y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control, a petición de éstas, sin que la asesoría implique vinculación en la toma de decisiones; y, generar un banco de datos sobre información de absolución de consultas y de los criterios institucionales adoptados por el Contralor General ²⁴²

Como se puede observar, quien se encuentra facultado a asesorar y absolver consultas en relación a la utilización de los recursos públicos es la Contraloría General del Estado. Situación que aparentemente crea confusión al momento de decidir a qué institución se va a

objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. 4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho”. Código Integral Penal. Artículo 146. publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero del 2014, entrará en vigencia el 10 de agosto del 2014.

²⁴¹ Resolución No. 01-2014. Corte Nacional de Justicia. Emitida el 24 de abril del 2014. (fuente.- http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/14-01%20Articulo%20146%20COIP.pdf)

²⁴² Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Artículo 31. Suplemento del Registro Oficial Nro. 595 de 12 de junio del 2002.

realizar la consulta. Sin embargo nuestra Constitución ha dispuesto los límites cuando señala dentro del numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República, que las absoluciones realizadas por el Procurador General del Estado se las podrá realizar “[...] en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos”²⁴³. De esta forma, encontramos claramente la excepción a la facultad de absolver consultas otorgada al Procurador General del Estado, ya que el mismo se encuentra limitado en aquellos casos en que la ley o la Constitución ha otorgado dicha facultad de absolver consultas a otras autoridades u organismos. Siendo entonces que, de conformidad con las atribuciones y naturaleza de la Contraloría General del Estado, contempladas en el numeral 25 del artículo 31 y el artículo 1 de la LOCGE respectivamente, le correspondería a esta entidad asesorar y absolver las consultas solicitadas por las instituciones del Estado y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control en aquellos temas relacionados a la utilización de recursos públicos, así como de la administración y custodia de los bienes pertenecientes al Estado. Claro ésta, que las mismas carecen del carácter vinculante si las comparamos con aquellas emitidas por el Procurador General del Estado, tal como se pudo observar en la norma transcrita.

6.3 Análisis del Código Tributario en relación a las facultades de la Procuraduría General del Estado

En cuanto a las absoluciones en materia tributaria, cabe mencionar que el Código Tributario hizo una clara división en sus absoluciones de consulta, particularmente al carácter vinculante que otorga en unos casos y al carácter informativo que otorga a otros. En este sentido, dicha norma señala que:

Art. 135.- Quienes pueden consultar.- Los sujetos pasivos que tuvieren un interés propio y directo; podrán consultar a la administración tributaria respectiva sobre el régimen jurídico tributario aplicable a determinadas situaciones concretas o el que corresponda a actividades económicas por iniciarse, *en cuyo caso la absolución será vinculante para la administración tributaria.*

Así mismo, podrán consultar las federaciones y las asociaciones gremiales, profesionales, cámaras de la producción y las entidades del sector público, sobre el sentido o alcance de la ley

²⁴³Constitución de la República del Ecuador. Artículo 237. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

tributaria en asuntos que interesen directamente a dichas entidades. *Las absoluciones emitidas sobre la base de este tipo de consultas solo tendrán carácter informativo*²⁴⁴. (las cursivas me pertenecen)

Como se puede observar, cuando los consultantes sean aquellas personas que tengan un interés propio y directo, la absolución de consulta será vinculante para la administración tributaria. Por otro lado, en las consultas realizadas por federaciones y las asociaciones gremiales, profesionales, cámaras de la producción y las entidades del sector público, podemos observar que la absolución de consulta sobre el alcance o sentido de la ley solo tienen un carácter informativo, lo que significa que al igual que aquellas emitidas por la Contraloría General del Estado carecen de un carácter vinculante al momento de su aplicación.

6.4 Análisis de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en relación a las facultades de la Procuraduría General del Estado

Así mismo según lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 10 de la reformada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP- le corresponde por mandato legal:

17. (Reformado por el Art. 2 de la Ley. s/n, R.O. 1002S, 14X2013). Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema.²⁴⁵

Lo que constituye que al igual que en el caso de la Contraloría General del Estado y de las Administraciones Tributarias, la consulta deberá ser dirigida a esta entidad, la cual, por mandato legal se encuentra atribuida privilegiadamente para absolver las consultas solicitadas tanto por las entidades contratantes como de los proveedores del sistema sobre la inteligencia o aplicación de aquellas normas que regulan los procedimientos de la contratación pública.

6.5 Análisis de Ley Orgánica del Servicio Público en relación a las facultades de la Procuraduría General del Estado

²⁴⁴ Código Tributario. Artículo 135. Suplemento del Registro Oficial Nro. 38 de 14 de junio de 2005.

²⁴⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 10. Suplemento del Registro Oficial Nro. 395 de 22 de julio del 2008.

Por último, trataremos de vislumbrar los cambios producidos a partir del año 2012 en cuanto a las consultas que realizaban las instituciones estatales en caso de dudas sobre el alcance o inteligencia de las normas en materia de remuneraciones, ingresos complementarios y talento humano del sector público. De este modo, debemos iniciar señalando que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Servicio Público, al Ministerio de Relaciones Laborales le correspondía:

[...] i) Emitir criterios sobre la aplicación de los preceptos legales en materia de remuneraciones, ingresos complementarios y talento humano del sector público, y absolver las consultas que formulen las instituciones señaladas en el Artículo 3 de esta ley.²⁴⁶

Claramente, según lo transcrito en esta norma, el órgano legalmente facultado para absolver consultas en relación a materia laboral del sector público es el Ministerio del ramo, y que si dicha facultad si la relacionamos con lo establecido en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República, podemos señalar que el Ministerio de Relaciones Laborales se encontraba privativamente facultado a emitir absoluciones en cuanto a las normas en materia de remuneraciones, ingresos complementarios y talento humano del sector público.

Sin embargo el 27 de agosto del 2012, el Procurador Dr. Diego García Carrión, emitió la Resolución Nro. 055 **DISPÓNESE QUE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO ABSUELVA CONSULTAS JURÍDICAS CON CARÁCTER VINCULANTE, SOBRE LA INTELIGENCIA O APLICACIÓN DE LAS LEYES Y REGLAMENTOS DEL TRABAJO** (*ver documento en anexo 28*), mediante la cual resuelve que:

Art. 1.- La Procuraduría General del Estado absolverá consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre *la inteligencia o aplicación de las leyes y reglamentos del trabajo, que fueren planteadas a este organismo por las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público*, excepto cuando el conocimiento y resolución del asunto objeto de la consulta corresponda a los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, o a los jueces y Tribunales de la República, incluyéndose acciones o recursos que se sustancien o deban sustanciarse en la Corte Constitucional, casos en los que el Procurador se abstendrá de absolver la consulta.²⁴⁷ (las cursivas me pertenecen)

²⁴⁶ Ley Orgánica de Servicio Público. Artículo 51. Suplemento del Registro Oficial Nro. 418 de 01 de abril del 2011.

²⁴⁷RESOLUCIÓN Nro. O55. publicada en el Registro Oficial Nro. 789, del 14 de septiembre 2012.

De esta forma podemos aseverar que dicha resolución, a partir de su vigencia, obliga a todas las entidades públicas a realizar sus consultas, sobre la inteligencia o aplicación de las leyes y reglamentos del trabajo, directamente a la Procuraduría General del Estado.

A mi reservado criterio, considero que tal resolución emitida por el Procurador General del Estado contraviene en primer lugar con lo dispuesto en el literal i) del artículo 51 la Ley Orgánica de Servicio Público, ya que la misma resolución termina reformando la ley al momento de afectar la atribución de absolver consultas al Ministerio de Relaciones Laborales. Así mismo, contraviene lo dispuesto en la Constitución de la República en el numeral 3 del artículo 237, ya que como hemos demostrado, nuestra carta suprema estableció limitaciones a la facultad de absolución del Procurador cuando se haya atribuido legalmente esta facultad a otras instituciones del Estado.

Sin embargo, si consideráramos válida la aplicación de esta resolución podemos aseverar que las consultas en materia laboral del sector público en la actualidad también constituirían un acto normativo, tal y como dispuso la Corte Constitucional en la sentencia No. 002-09-SAN-CC en relación a las absoluciones de consulta realizada por el Procurador General del Estado, por lo que consecuentemente, cada vez que el Procurador absuelva una consulta que alguna institución del Estado solicite, en relación a materia laboral del sector público, se entendera que está entrando en vigencia una nueva norma en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalizando todo lo anteriormente señalado, cabe mencionar que no es menos plausible determinar que, si bien todas estas entidades pueden absolver consultas en sus referidos campos y sectores, no cabe duda que en algún momento las mismas tendrán dudas sobre el inteligenciamiento o aplicación de las normas que les rigen, razón por la cual, necesariamente deberán acudir a la Corte Nacional de Justicia si la duda se presenta en temas relacionados a la administración de justicia, o caso contrario a la Procuraduría General del Estado.

7. CONCLUSIONES

- Como se pudo observar la figura de Procurador ha tenido varias acepciones y competencias a través de la historia, comenzando en la antigua Roma en donde era concebido como un oficio, mediante el cual, se encargaba a una persona la administración de patrimonios ajenos. Posteriormente en la etapa visigoda, esta figura tomó un camino distinto para encargarse de la representación en el proceso de un tercero. Así mismo esta figura, entró en el campo del derecho público en la época colonial en donde se encargaba de representar a los cabildos, consolidándose la misma por primera vez en el Ecuador en la gestión presidencial del doctor Isidro Ayora en 1928. Más tarde, la misma fue reconocida a nivel constitucional gracias a la entrada en vigencia de la Constitución de 1945, y finalmente las reformas constituyentes de 1998 trajeron como novedad la instauración de dicha institución como un organismo jurídico de control de la estructura estatal ecuatoriana.

- A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República 2008, la Procuraduría General del Estado es concebida como un *organismo técnico jurídico* tal y como lo determina el artículo 236 Ibídem, siendo entonces que ha cambiado su naturaleza, de ser una entidad puramente de control de la actuación de las entidades estatales, a ser un organismo colaborador técnico jurídico, en cuanto a la actividad del Estado. Cabe señalar que, aunque se le haya atribuido constitucionalmente con facultades de control, las mismas han quedado disminuidas por derogatorias legales. Así mismo, se puede evidenciar, que a la Procuraduría General del Estado, no se la agrupó junto con los organismos de naturaleza de control, tal y como se lo realizó en las reformas de la Constitución de 1998.

- Esta institución estatal está dirigida por el Procurador General del Estado, el cual es designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en base a una terna que envía la Presidencia de la República. Precisamente, esta selección del Procurador General del Estado por parte del Ejecutivo es un rezago histórico que aparece desde la designación del Procurador General de la Nación en 1928 mediante el Decreto Supremo Nro. 188 y que se mantiene, de cierta manera hasta la actualidad.

- A pesar de que las atribuciones conferidas al Procurador General del Estado en la Constitución de 2008, le facultan ejercer el patrocinio del Estado y de sus instituciones, la

representación judicial del Estado, el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos y en cuanto al Control, con sujeción a la ley, sobre los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público. *Pudimos observar que su papel dentro del actual aparato estatal ha sido transformado* por los cambios producidos en la propia Constitución, en los diferentes cuerpos normativos y las resoluciones de la Corte Constitucional, de esta forma tenemos que:

- En cuanto al ejercicio del Patrocinio. Se pudo verificar como el mismo ha sido desarrollado a través de los diferentes cuerpos normativos, en donde se le ha facultado no sólo a actuar dentro de los diferentes procesos judiciales como parte procesal, sino que además, le faculta para intervenir en los diferentes procedimientos administrativos de los que son parte las entidades estatales (artículo. 209 del ERJAFE); para autorizar en caso de desistimiento o transacción por parte de las Instituciones Públicas (artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado); supervisar y autorizar los procedimientos extrajudiciales como en el arbitraje y la mediación (artículos 4 y 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación) y, asesorar a las instituciones del Estado a fin de salvaguardar la defensa de los intereses de las instituciones del Estado, tanto en las acciones y procesos judiciales, como en los procedimientos alternativos de solución de conflictos (literal e) del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado)

- En cuanto a su facultad *de* representación judicial. Podemos señalar que gracias al alto nivel de descentralización promovido por la Constitución del 2008, existe en la actualidad una universalidad de entidades que gozan de personalidad jurídica propia, lo que conlleva a que las mismas puedan ejercer su representación judicial de conformidad con lo determinado en el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Así, el papel de la Procuraduría General del Estado, ya no se encamina a la representación judicial de las instituciones del Estado de una forma total, sino más bien, *a la supervisión* de los diferentes procesos judiciales de los que son parte aquellas entidades estatales que gozan de personalidad jurídica propia y que pueden representarse por sí mismas. En este sentido, si bien la Procuraduría General del Estado, aún mantiene la representación judicial del Estado, de

forma obligatoria de aquellas entidades que carecen de personería jurídica pudimos observar que estas entidades se encuentran concentradas en aquellas que pertenecen únicamente a la Función Ejecutiva (específicamente en la Administración Pública Central).

- Se verifico que estos órganos del Ejecutivo (como los Ministerios), dentro de sus normas internas – reglamentos orgánicos funcionales- se han auto atribuido la representación judicial de su institución, situación jurídica que como lo señaló la Corte Nacional de Justicia resulta atentatorio con las atribuciones conferidas a la Procuraduría General del Estado en la Constitución, pudiendo que tal actuación tenga como consecuencia la nulidad dentro de los procesos judiciales por existir falta de legitimación como actor o demandado. Así también, la Presidencia de la República, como la Secretaría Nacional de la Administración Pública, han dejado de lado la intervención del Procurador General del Estado, para que las mismas sean representadas por el Secretario Jurídico de la Presidencia, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo Nro. 526 de 20 de septiembre de 2005, así como del Decreto Ejecutivo Nro. 1246 de 08 de agosto de 2008.

- Por otro lado, la representación judicial de aquellas entidades estatales que gozan de personalidad jurídica propia, deberá ser ejercida por sus propios personeros legales en cumplimiento al artículo 7 de la LOPGE, incluso dichos personeros, en caso de incumplimiento serán responsables civil, administrativa y penalmente.

- Se ha podido observar además que las facultades de representación legal, judicial y extrajudicial pueden recaer en una sola persona titular del órgano desconcentrado como por ejemplo el caso del Presidente del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social quien ejerce individualmente estas funciones conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la LOCPCCS.

- El ejercicio de la Representación Judicial, puede también ser compartido por personeros de una misma entidad, tal y como ocurre en los Gobiernos Autónomos Descentralizados, ya que la misma la realizará el correspondiente Procurador Síndico de cada nivel de los diferentes Gobiernos Autónomos Descentralizados en conjunto con las máximas autoridades Ejecutivas de los correspondientes niveles de GADs.

- Considerando la legislación comparada se pudo observar como la Representación Judicial funciona de maneras diferentes en América del Sur. En este sentido, en la República Argentina, funciona a través del cuerpo de Abogados del Estado el cual es dirigido por el Procurador del Tesoro de la Nación, entidad que tiene delegaciones en cada una de las instituciones estatales argentinas – tal y como funciona auditoria interna en el Ecuador- y que se encargaran de manera privativa de la representación judicial de cada institución estatal, a diferencia de la nuestra en donde puede actuar tanto las entidades que tienen personalidad jurídica propia como la misma Procuraduría General del Estado.

- En el caso colombiano se pudo observar que la intervención del Procurador General de la Nación no está enfocada a la defensa de las instituciones del Estado como se lo hace en nuestro país. Sino más bien, que su finalidad es hacer respetar los derechos y garantías fundamentales, el ordenamiento jurídico y el patrimonio público, dentro de cualquier proceso judicial sin importar que el Estado sea parte procesal del mismo. Por otro lado, cabe mencionar que la entidad encargada de la representación judicial del Estado en Colombia es la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación quien legalmente se encuentra atribuida para asumir la defensa estatal.

- Así mismo debo considerar que dentro de la legislación comparada se ha encontrado herramientas útiles que podrían ser aplicadas en el Ecuador. En este sentido, podemos observar que en nuestro sistema jurídico, de conformidad con el artículo 6 de la LOPGE, se debe citar o notificar al Procurador General del Estado, dependiendo si tiene o no personería jurídica la entidad demandada, en toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial, y que la omisión de tal requisito, acarrea la nulidad del proceso. Sin embargo, se podría pensar en utilizar métodos menos drásticos y más eficientes como lo hace el sistema argentino al que analizamos en el capítulo quinto, en donde se suspenden los procesos judiciales hasta que el Procurador del Tesoro de la Nación tenga conocimiento de la existencia del mismo. Esto resulta de gran ayuda en dos sentidos, en primer lugar resulta beneficioso para el Estado, ya que, al exigirse por ley la notificación o citación al Procurador, el Estado podrá tener un mayor control de los juicios a fin de velar por los intereses estatales. Y por otro lado, quienes plantean la demanda, al obligarse la citación o notificación a la Procuraduría antes de continuar con el

proceso judicial, se evitarían que dentro del proceso se produzcan posibles nulidades por la falta de citación al representante judicial del Estado.

- En relación a su facultad para *absolver consultas con carácter vinculante*. Se ha podido observar las diferentes posiciones doctrinarias que se han entablado respecto de la naturaleza del dictamen del Procurador General del Estado. Sin embargo podemos señalar que la Corte Constitucional, en base a su facultad interpretativa, mediante sentencia Nro. 002-09-SAN-CC, determinó que se debe considerar a las Absoluciones de Consulta emitidas por el Procurador General del Estado como un acto normativo, situada dentro de la última gradación en cuanto a jerarquía normativa, es decir como una norma, ya que el dictamen, según la Corte Constitucional, aparte de tener un carácter vinculante general, crea derecho objetivo. Situación que ha dado como resultado, que el *papel del Procurador se encamine a la generación de normas* que integren el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

- Cabe señalar, que si consideráramos al pronunciamiento del Procurador General del Estado como una norma positiva la cual ingresa transformando al ordenamiento jurídico ya establecido, afectaría a la seguridad jurídica, además de que podría interferir con las atribuciones de los organismos que tienen potestades normativas; como es el caso de la función Legislativa que expide normas legales y la Ejecutiva que expide normas reglamentarias.

- Hasta antes de la promulgación y entrada en vigencia de la Constitución del 2008, la Procuraduría General del Estado, se encontraba atribuida para emitir sus dictámenes incluso realizando su inteligenciamiento sobre normas constitucionales, sin embargo, esta atribución quedó en clara contraposición con las facultades de la Corte Constitucional establecidas en el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución del 2008, es decir ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, razón por la cual, la propia Corte, declaró la inconstitucionalidad reductora de la palabra “constitucionales”, que constaban en los arts. 3 literal e) y 13 de la LOPGE mediante la sentencia Nro. 002-09-SAN-CC, de fecha 02 de abril del 2009.

- Así mismo, el artículo 13 de la LOPGE, impedía que el Procurador General del Estado pueda emitir pronunciamientos en aquellos casos que los temas objeto de consulta no versen sobre asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones o recursos que se sustancien o deban sustanciarse en la Corte Constitucional. Situación que mediante sentencia Nro. 003-13-SIN-CC de fecha 04 de abril del 2013, dentro del caso Nro. 0042-11-IN y acumulados 0043-11-IN y 0045-11-IN, la propia Corte Constitucional determino que no existen razones para mantener vigente el impedimento legal de pronunciarse dentro del ámbito de sus competencias (legalidad), cuando se encuentre pendiente y deba resolverse un proceso constitucional. Así en la actualidad, la Procuraduría puede emitir sus dictámenes, aunque exista de por medio un proceso constitucional, encontrando únicamente dicha limitación en aquellos procesos judiciales que se lleven a cabo en la justicia ordinaria, es decir, aquellos procesos en que versen problemas jurídicos meramente de legalidad.

- Hemos vislumbrado, que en la actualidad, no existe parámetros normativos de interpretación que sean específicos y puntuales para la formación de la absolución de consultas (dictamen-norma), ya que los establecidos en el código civil son métodos de interpretación judicial de la ley, que son obligatorios para los jueces a fin de resolver problemas normativos en la jurisdicción ordinaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Código Civil; y, por otro lado, aquellos constantes en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional son aplicables únicamente para resolver las causas que se sometan a la jurisdicción constitucional de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la norma *Ibidem*, lo que da como resultado, que tales pronunciamientos no cumplan su finalidad, que es garantizar la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Más bien, los mismos, gracias a su fuerte carga de discrecionalidad, pueden incluso ser causa de arbitrariedades o menoscabo de derechos establecidos en las leyes y la Constitución.

- Debemos mencionar que se debería considerar, utilizar algún método interpretativo suficiente para garantizar que estos pronunciamientos se encuentren bien inteligenciados, ya que los mismos, en la actualidad crean derecho objetivo. En este sentido, la Procuraduría General del Estado podría utilizar aquellos métodos presentados en esta disertación.

Principalmente, aquel método Sistemático Adecuador, en sus variantes correctoras restrictivas, como garante del principio de legalidad a fin de evitar arbitrariedades por las instituciones del Estado y correctoras extensivas como garante de los derechos de los administrados.

- Tampoco existen métodos específicos de impugnación para los dictámenes emitidos por el Procurador, ya que como hemos podido observar en la actualidad, la reconsideración establecida en el artículo 13 de la LOPGE no es un mecanismo suficiente de impugnación que garantice el correcto inteligenciamiento que realice el Procurador, o en su caso, una garantía del respeto de los derechos establecidos tanto en la Constitución como en los diferentes cuerpos normativos. Precisamente, considerando la condición de acto normativo con que definió la Corte Constitucional a los dictámenes vinculantes del Procurador, se han colocado como métodos de impugnación directos en vía constitucional, la acción de inconstitucionalidad y en vía ordinaria el recurso objetivo o de nulidad tramitado a través de los diferentes Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y como métodos indirectos, cuando los dictámenes-norma no sean aplicados por las instituciones públicas, la acción de incumplimiento y los recursos administrativos de reposición o apelación (cuando se trate de los actos emitidos por las instituciones pertenecientes al Ejecutivo o que se regulen por el COOTAD).

- Así mismo en el capítulo sexto se pudo observar que el Procurador General del Estado no ha sido el único facultado para emitir consultas de carácter vinculante y obligatorio. En este sentido, se pudo observar como la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con su atribución constante en el numeral 6 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, se encuentra atribuida para emitir resoluciones generales y obligatorias, pero en normas legales en particular que sean relativas a la administración de justicia.

- Existen entidades que pueden absolver consultas que no tienen carácter vinculante como son la Contraloría General del Estado y el Servicio Nacional de Contratación Pública, las cuales únicamente servirán de asesoría para las entidades solicitantes.

- No es menos cierto señalar que los diferentes organismos que se encuentran atribuidos para absolver consultas puedan absolver sus propias dudas sobre la inteligencia o aplicación de las

normas a través de la propia Procuraduría General del Estado, ya que caso contrario, resultaría irracional que estas entidades se consulten a sí mismas para absolver consultas sobre la inteligencia o aplicación de las normas, incluso tampoco habría impedimento legal para que las mismas puedan realizar su consulta a la propia Corte Nacional de Justicia, tal y como lo realizó la Contraloría General del Estado.

- Podemos observar además, que la Procuraduría ha ampliado sus atribuciones en cuanto se auto atribuyó la facultad del Ministerio de Relaciones Laborales contemplada en el literal i) del artículo 51 de la LOSEP para absolver las consultas en materia de remuneraciones, ingresos complementarios y talento humano del sector público. Ya que el Procurador General del Estado (Dr. Diego García Carrión) mediante Resolución Nro. 055 dispuso que la Procuraduría General del Estado absolverá consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de las leyes y reglamentos del trabajo, que fueren planteadas a este organismo por las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

- Considerando la legislación comparada pudimos observar como la legislación argentina ha previsto que los dictámenes emitidos por el cuerpo de abogados sean “esenciales”. Precisamente al habersele categorizado como “esencial” en la formación de la voluntad de la administración argentina, éste se convierte en un elemento más de aquellos esenciales en la formación del acto, lo que constituye que, si el acto administrativo se ha emitido sin el dictamen por parte del cuerpo de abogados, su consecuencia jurídica sería la nulidad de pleno derecho del acto administrativo como tal, por adolecer de los requisitos esenciales del mismo, sin importar si se acata o no lo dispuesto en el dictamen. En cambio, en el Ecuador, la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos se origina por el incumplimiento (caso de derechos) o errónea aplicación (retroactividad de sanciones) del mismo dictamen-norma del Procurador, al ser considerado como una norma perteneciente al ordenamiento jurídico, pudiendo ser impugnados a través de los correspondientes recursos administrativos.

- En cuanto a su facultad constitucional para *controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público*. Pudimos observar como a través de cuerpos normativos inferiores, esta facultad ha sido prácticamente vaciada, en razón de las derogatorias tercera y sexta constantes en la Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Contratación Pública que eliminaron la facultad de la Procuraduría General del Estado para emitir informes razonados y motivados sobre aquellos contratos que celebren las instituciones del Estado, informes que eran de obligatorio cumplimiento para las entidades del Estado, lo que significó que la Procuraduría actualmente haya transformado de forma total su papel de entidad de control, para transformarse en una entidad de *vigilancia y monitoreo* de la actividad legal del Estado, sin establecerse su alcance y competencia real.

- Si bien la disposición General Séptima de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dejó como atribución del Procurador el solicitar la rectificación o modificatoria de los actos o contratos que se encuentren en clara contraposición con el ordenamiento jurídico, podemos afirmar que las mismas rectificaciones carecen de un carácter obligatorio o vinculante, lo que constituye que la Procuraduría no pueda realizar un control en sí mismo, es decir, hacer cumplir de manera obligatoria los preceptos legales, convirtiéndose más bien en una entidad de apoyo en la labor de la Contraloría General del Estado, a fin de que esta última, por medio de las anomalías encontradas por la Procuraduría, determine las correspondientes responsabilidades administrativas, civiles y presunción de responsabilidades penales a través de la auditoría gubernamental.

- Así mismo, podemos ver que según lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Procurador se encuentra facultado para demandar la nulidad de los contratos en caso de que tenga conocimiento de alguna de las irregularidades contempladas en el mencionado artículo, situación que resulta, al igual que lo anterior, que el mismo únicamente realice una parte del control que es la vigilancia, dejando que el control de legalidad como tal, lo realice los correspondientes organismos jurisdiccionales.

- De esta forma, la atribución de control de legalidad en la Contratación Pública establecida constitucionalmente ha sido limitada, dejando que la labor del Procurador se enfoque únicamente en la vigilancia y monitoreo como lo hemos mencionado, dejando que el control de la contratación en sí mismo, lo realice los correspondientes organismos jurisdiccionales en cuanto al cumplimiento del ordenamiento jurídico y, por otro lado, que la determinación de responsabilidades tanto administrativas, civiles y presunción de responsabilidades penales por tales contrataciones irregulares quede a cargo de la Contraloría General del Estado.

- Lo que sí, aún podrá realizar la Procuraduría General del Estado, es prestar la colaboración y asesoría en la expedición previa de modelos generales y obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, esto de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

8. PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES

- Creo conveniente que como primera recomendación, a fin de transparentar el trabajo y la labor de la Procuraduría General del Estado, se debe tomar en consideración lo que a su debido tiempo señaló la Asambleísta Constituyente Catalina Ayala, quien discutía sobre la forma de designación del Procurador General del Estado que en la actualidad la realiza el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en base a una terna del Ejecutivo. Precisamente, a fin de que prevalezca la autonomía e independencia, se podría pensar en una reforma constitucional sobre la de designación del Procurador, a fin de que ella se la realice a través de concurso público de méritos y oposición entre todos y todas las ciudadanas que cumplan con los requisitos tal y como se lo realiza en las designaciones de Contralor General del Estado, Defensor Público o Fiscal General del Estado.

- En cuanto a la Representación judicial, creo así mismo necesario, reformar los respectivos estatutos orgánicos funcionales de las diferentes entidades estatales carentes de personería jurídica (Administración Pública Central), eliminando la “Representación Judicial” con que están atribuidos los máximos representantes de tales entidades desconcentradas, ya que las mismas constituyen un menoscabo a las atribuciones constitucionales del Procurador General del Estado.

- En cuanto a las absoluciones de consultas, resultaría más oportuno el no considerar a los dictámenes vinculantes que emite el Procurador General del Estado como norma de derecho positivo, ya que como lo señalamos puede atentar en contra de la seguridad jurídica y contraponerse con la potestad normativa de otros órganos del Estado que constitucional y legalmente tienen estas funciones. En este sentido recomendaría más bien, que la Corte Constitucional aclare el alcance de su pronunciamiento, y en base a sus atribuciones contempladas en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional, por la cual puede modificar sus decisiones constitucionales -siempre y cuando se lo haga de una forma motivada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia- fundamente de tal manera en que se aclare que la naturaleza de la absolución de consultas es producto únicamente de las

potestades consultivas con las que fue atribuido el Procurador General del Estado por el legislador constituyente y que el límite de las mismas se encuentra en el asesoramiento que brinda a las diferentes instituciones del Estado.

- En cuanto al control de actos y contratos que realizaba la Procuraduría General del Estado, al observar que, las derogatorias tercera y sexta constantes en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promovió que se deje de lado el control de legalidad a priori que realizaba el Procurador General del Estado, debemos señalar que resultaría oportuno devolver tal facultad de emitir informes razonados y motivados sobre la legalidad de aquellos contratos que vayan a celebrar las instituciones del Estado, así como aquellos que celebren las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos.

Incluso, se podría hasta pensar en atribuir a la Procuraduría General del Estado, con aquellas facultades principales que gozan sus homólogas de Argentina y Colombia, refiriéndome particularmente a la facultad de instruir los sumarios administrativos. En este sentido, la Procuraduría volvería a realizar un control amplio de legalidad de la actividad estatal, garantizando el principio de imparcialidad y evitando al mismo tiempo que las instituciones del Estado se conviertan en juez y parte dentro de estos procedimientos administrativos tal y como se lo realiza en la actualidad.

9. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Acosta Romero, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo*. 4ª. Ed., México: Porrúa, 1981.

Borja, Rodrigo. *Derecho Político y Constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica. 1991.

Carré de Malberg, Mélanges. *El Espíritu de las Leyes y la Separación de Poderes*. París: Eisenmann, 1933.

Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires-Madird: editorial Ciudad Argentina, 2004.

Dromi, Roberto. *El procedimiento Administrativo*. Buenos Aires-Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999,

Dromi, Roberto. *Instituciones del Derecho Administrativo*. Argentina: Editorial Astrea A. y R. Depalma, 1973.

Garcés, Jorge A. *Libro de Cabildos de la ciudad de Quito*. Quito: Talleres Tipográficos Municipales 1597-1603, Volumen 1, 1937.

Grijalva Jiménez, Agustín. *Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Corte Constitucional para el Período de Transición.

Linares, Juan Francisco. *Derecho Administrativo*, Argentina, Editorial Astrea, 2007.

Núñez, Jorge. *Historia de la Procuraduría General del Estado*. Quito: Trama Ediciones, 2008.

Santamaría de Paredes, Vicente. *Teoría General del Derecho Administrativo*, Buenos Aires: DEPALMA, 1985.

Tobar Donoso, Julio. *Elementos de la Ciencia Política*. Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1981.

Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.

Zavala Egas, Jorge. *Derecho Administrativo*. Guayaquil-Ecuador: editorial Edino, 2005.

Zavala Egas, Jorge. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil-Ecuador: EDILEX, 2011.

REVISTAS

Oyarte Martínez, Rafael. “Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado”. En: Universidad Andina Simón Bolívar *Foro Revista de Derecho* No. 6, (2006), páginas 39.

Silva Portero, Carolina. “Las Garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?”. En: *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Ed. Ramiro Ávila. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, (2008), páginas 34.

NORMAS

Absolución de Consulta del Procurador General del Estado. Registro Oficial Nro. 77 de 10 de septiembre del 2013.

Acta Nro. 22 de la Asamblea Constituyente de 27 de febrero de 2008, página 70, intervención de la Asambleísta Ayala Catalina.

Decreto 002. Suplemento del Registro Oficial No. 8, de 25 de enero del 2007.

Decreto Ejecutivo Nro. 526. Artículo 1. de 03 de octubre de 2005.

Decreto Ejecutivo Nro. 1246. Artículo 1. de 08 de agosto de 2008.

Decreto Supremo Nro. 188. Registro Oficial Nro. 706 de 02 de agosto de 1928.

Código Orgánico de la Función Judicial. Suplemento del Registro Oficial Nro. 544 de 09 de marzo del 2009.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Suplemento del Registro Oficial Nro. 303 de 19 de octubre de 2010.

Código Tributario. Suplemento del Registro Oficial Nro. 38 de 14 de junio de 2005.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial Nro. 1 de 1 de agosto de 1998.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial Nro. 536 de 18 de marzo del 2002.

Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos del Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad. Edición Especial del Registro Oficial Nro. 399 de 19 de Febrero del 2013.

Estatuto por Procesos del Ministerio de Industrias y Productividad. Edición Especial del Registro Oficial Nro. 342 de 28 de septiembre del 2012.

Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa. Registro Oficial Nro. 338 de 18 de marzo de 1968.

Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Suplemento del Registro Oficial Nro. 732 de 27 de diciembre de 2004.

Ley de Seguridad Social. Suplemento del Registro Oficial Nro. 465 de 30 de Noviembre del 2001.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial Nro. 312 de 13 de abril del 2004.

Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa. Suplemento de Registro Oficial Nro.184 de 06 de octubre de 2003.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador. Suplemento de Registro Oficial Nro. 578 de 27 de abril de 2009.

Ley Orgánica de Educación Superior. Registro Oficial Nro 298 de 12 de Octubre del 2010.

Ley Orgánica de Servicio Público. Suplemento del Registro Oficial Nro. 418 de 01 de abril del 2011.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Suplemento del Registro Oficial Nro. 595 de 12 de junio del 2002.

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Suplemento del Registro Oficial Nro. 22 de 09 de septiembre del 2009.

Ley Orgánica de la Salud. Registro Oficial Suplemento Nro. 423 de 22 de diciembre de 2006.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Suplemento del Registro Oficial Nro. 395 de 04 de agosto de 2008.

Ley Orgánica de la Función Legislativa. Suplemento del Registro Oficial Nro. 642 de 27 de julio de 2009.

Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado. Registro Oficial Nro. 196 de 26 de enero del 2006.

Ley Orgánica de Empresas Públicas. Suplemento del Registro Oficial Nro. 48 de 16 de octubre del 2009.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento de Registro Oficial Nro. 52 de 22 de octubre de 2009.

Mandato Constituyente Nro. 1. Suplemento del Registro Oficial Nro. 223 de 30 de noviembre del 2007.

Mandato Constituyente Nro. 7. Suplemento del Registro Oficial Nro. 321 de 22 de abril del 2008.

Mandato Constituyente Nro. 8. Suplemento del Registro Oficial Nro. 330 de 06 de mayo del 2008.

Mandato Constituyente Nro. 15, Suplemento del Registro Oficial Nro. 393 de 31 de julio del 2008.

LEGISLACIÓN COMPARADA

Constitución Política de Colombia. 1991.

Decreto Nro. 262. Diario Oficial: No 43.904, del 22 de febrero de 2000.

Decreto 4085. Diario Oficial: No 48.240, del 1 de noviembre de 2011.

Ley 24.667. Boletín Oficial: Julio 8 de 1996.

Ley 18.777. Boletín Oficial: 25 de septiembre de 1970.

Ley 12.954. Boletín Oficial: 10 de marzo de 1947.

Ley 25.344. Boletín Oficial: 14 de noviembre de 2000.

Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Boletín Oficial: 27 de abril de 1972.

PAGINAS WEB

Consejo Nacional Electoral, *Resultados Oficiales Consulta Popular 15 de Abril del 2007*. En <https://app.cne.gob.ec/Resultados2007/>, (acceso 05-02-2013, 14h24).

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=conurbacion> (acceso: 03-06-2013, 16:11).

Miguel Carbonell. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Biblioteca Jurídica Virtual del IJ UNAM, 2013, p. 27. En: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/estudios_sobre_la_interpretacion_juridica.shtml (acceso 02-03-2013).

Procuraduría General del Estado. *Centro de Mediación*. En: <http://www.pge.gob.ec/es/centro-mediacion/centro-de-mediacion.html> (acceso: 31-03-2013, 20h16).

Procuraduría General del Estado. *Síntesis Histórica de la Procuraduría General del Estado*. En: <http://www.pge.gob.ec/es/procuraduria/resena-historica.html>, (acceso 01-02-2013, 18h29)

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

Corte Constitucional. *Acción Extraordinaria de Protección*. Causa Nro. 172-12-SEP-CC de 26 de abril del 2012. Suplemento del Registro Oficial Nro. 743 de 11 de julio del 2012.

Corte Constitucional. *Acción por incumplimiento*. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. emitida el 02 de abril del 2009.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Caso Vicente Gilberto Reascos Vallejo vs. Procurador General del Estado, Ministro de Educación*. Causa Nro. 0463-2009. Sentencia de 07 de abril del 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. *Caso Ministro de Gobierno vs. Joffre Velasco Arellano y otra*. Causa Nro. 261-99, Sentencia de 24 de abril del 2000. Registro Oficial Nro. 83 de 23 de mayo del 2000.

Resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia en relación a la consulta realizada por el Contralor General del Estado (E), publicada en el Registro Oficial Nro. 154 de 19 de marzo del 2010, pg. 25.

Resolución emitida por la propia Corte Nacional el 20 de mayo del 2009. EXPEDIR LAS SIGUIENTES NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA LAS CONSULTAS DE LOS JUECES SOBRE LA INTELIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS LEYES Y PARA LA APROBACIÓN DE ANTEPROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Artículo 2. Registro Oficial Nro. 614 de 17 de junio de 2009.

RESOLUCIÓN Nro. O55. publicada en el Registro Oficial Nro. 789, del 14 de septiembre 2012.

Resolución Nro. 17 Procedimiento para la Absolución de Consultas por Parte de la Procuraduría General Del Estado. Registro Oficial 102, 11-VI-2007.

Tribunal Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad Nro. 0043-07-TC*, de 26 de febrero de 2008. Suplemento del Registro Oficial Nro 286 de 03 de marzo del 2008.

10. ANEXOS

CAPÍTULO I

- (ANEXO 1)

Decreto Supremo Nro. 188, Registro Oficial Ecuatoriano Nro. 706 de 02 de agosto de 1928 (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 2)

Decreto Supremo Nro. 547, Registro Oficial Nro. 52 de 2 de Agosto de 1944 (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 3)

Decreto 002 de 15 de enero del 2007, Suplemento del Registro Oficial No. 8, *de 25 de enero del 2007* (fuente.- <http://decretos.cege.gob.ec/decretos/>)

- (ANEXO 4)

Mandato Constituyente Nro. 7, Suplemento del Registro Oficial Nro. 321 de 22 de abril del 2008. (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 5)

Proceso Nro. 0043-07-TC, Suplemento del Registro Oficial Nro. 286 de 03 de marzo del 2008. (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 6)

Acta Nro. 22 de la Asamblea Constituyente, (fuente.- Archivo Asamblea Nacional)

CAPÍTULO II

- (ANEXO 7)

Estatuto por Procesos del Ministerio de Industrias y Productividad, Edición Especial del Registro Oficial Nro. 342 de 28 de septiembre del 2012. (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 8)

Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad, Edición Especial del Registro Oficial Nro. 399 de 19 de Febrero del 2013. (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 9)

Proceso Nro. 181-2000, Ministerio de Gobierno en contra de Joffre Velasco Arellano y otra, Registro Oficial Nro. 83 de 23 de Mayo del 2000(fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 10)

Proceso Nro. 0463-2009, *Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativa* (fuente.- <http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/#>)

- (ANEXO 11)

Decreto Ejecutivo Nro. 526 de 20 de septiembre de 2005, Registro Oficial Nro. 116, de 03 de octubre del 2005. (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 12)

Decreto Ejecutivo Nro. 1246 de 08 de agosto de 2008 (fuente.- <http://decretos.cege.gob.ec/decretos/>)

- (ANEXO 13)

Sentencia No. 172-12-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional dentro del proceso 172-12-SEP-CC, Suplemento del Registro Oficial Nro. 743 de 11 de julio del 2012. (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

CAPÍTULO III

- (ANEXO 14)

Sentencia No. 002-09-SAN-CC, de 02 de abril del 2009 emitida por la Corte Constitucional, dentro del Proceso 005-08-AN (fuente.- Archivo de la Corte Constitucional)

- (ANEXO 15)

Resolución Nro. 17, Procedimiento Para La Absolución De Consultas Por Parte De La Procuraduría General Del Estado, Registro Oficial Nro. 102 de 11 de Junio de 2007 (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 16)

Sentencia Nro. 003-13-SIN-CC, de fecha 04 de abril del 2013 emitida por la Corte Constitucional, dentro del Proceso 0042-11-IN, acumulados 0043-11-IN y 0045-11-IN (fuente.- Archivo de la Corte Constitucional)

CAPÍTULO IV

- (ANEXO 17)

Resolución Nro. 008, Procuraduría General del Estado, Políticas administrativas para la gestión de la Dirección Nacional de Contratación Especial y Dirección Nacional de Contratación Pública, en el ejercicio del control de los actos y contratos, asesoramiento legal a las entidades, empresas y organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos y capacitación en la normativa aplicable a la contratación del Estado, Registro Oficial Nro.460 de 01 de junio del 2011 (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

CAPÍTULO V

- (ANEXO 18)

Ley 24.667, Boletín Oficial: Julio 8 de 1996. (fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

- (ANEXO 19)

Ley 18.777, Boletín Oficial: 25 de septiembre de 1970 (fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

- (ANEXO 20)

Ley 12.954, Boletín Oficial: 10 de marzo de 1947 (fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

- (ANEXO 21)

Ley 25.344. Boletín Oficial: 14 de noviembre de 2000 (fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

- (ANEXO 22)

Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Boletín Oficial: 27 de abril de 1972. 2000 (fuente.- http://www.ptn.gov.ar/ptn_normativa.html)

- (ANEXO 23)

Decreto Nro. 262 del 2000, Diario Oficial No 43.904, del 22 de febrero de 2000 (fuente.- <https://www.procuraduria.gov.co/>)

- (ANEXO 24)

Decreto 4085 de 1 de noviembre de 2011, Diario Oficial No 48.240, del 1 de noviembre de 2011 (fuente.- <http://www.defensajuridica.gov.co/Paginas/Default.aspx>)

CAPÍTULO VI

- (ANEXO 25)

Resolución Corte Nacional de Justicia, Registro Oficial Nro. 154 de 19 de marzo del 2010, (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 26)

Resolución Corte Nacional de Justicia, Expedir Las Sigüientes Normas De Procedimiento Para Las Consultas De Los Jueces Sobre La Inteligencia Y Apliación De Las Leyes Y Para La Aprobación De Anteproyectos De Ley Relacionados Con El Sistema De Administración De Justicia, Registro Oficial Nro. 614 de 17 de junio de 2009 (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)

- (ANEXO 27)

Resolución No. 01-2014 emitida por la Corte Nacional de Justicia, emitida el 24 de abril del 2014 (fuente.-

http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/14-01%20Articulo%20146%20COIP.pdf)

- (ANEXO 28)

Resolución Nro. 055, Procuraduría General del Estado, Dispónese Que La Procuraduría General Del Estado Absuelva Consultas Jurídicas Con Carácter Vinculante, Sobre La Inteligencia O Aplicación De Las Leyes Y Reglamentos Del Trabajo, Registro Oficial Nro. 789, del 14 de septiembre 2012. (fuente.- <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>)