

Reflexiones de derecho administrativo y electoral: Silencio administrativo, repetición, asignación de escaños plurinominales y derecho al sufragio



Compiladores:
Roger Nieto Maridueña, Mgtr.
Mario Cuvi Santacruz, Llm.



**REFLEXIONES DE DERECHO
ADMINISTRATIVO Y ELECTORAL: SILENCIO
ADMINISTRATIVO, REPETICIÓN,
ASIGNACIÓN DE ESCAÑOS
PLURINOMINALES Y DERECHO AL
SUFRAGIO**

COMPILADORES:

Roger Nieto Maridueña, Mgtr.

Mario Cuvi Santacruz, LIm.

2022

TÍTULO

REFLEXIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y ELECTORAL: SILENCIO ADMINISTRATIVO, REPETICIÓN, ASIGNACIÓN DE ESCAÑOS PLURINOMINALES Y DERECHO AL SUFRAGIO

COMPILADORES:

Roger Nieto Maridueña, Mgtr.
Mario Cuvi Santacruz, LIm.

AUTORES:

Duy Santamaria Moisés Josué, Mgtr.
José Andrés Ortiz Páez, Mgtr.
Nailyn Arian Valladares Sierra, Mgtr
Byron Paul Vera Rosales, Mgtr.

AÑO

2022

EDICIÓN

Econ. César Augusto Pozo Estupiñán, Mgtr. – Departamento de Editorial y Publicaciones
Lic. Alejandra González Andrade – Coedición
Universidad Tecnológica ECOTEC

ISBN

978-9942-960-78-8

No. PÁGINAS

247

LUGAR DE EDICIÓN

Samborondón - Ecuador

DISEÑO DE CARÁTULA

Ing. Annabell Esperanza Aguilar Muñoz-Departamento de Relaciones Públicas y Marketing. Universidad ECOTEC

NOTA EDITORIAL

Los trabajos que conforman los capítulos del presente libro son resultado de investigaciones por parte docentes-investigadores expertos en la rama del derecho, que tributan a la Línea de Investigación "Gestión de las Relaciones Jurídicas", en colaboración con los docentes de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad ECOTEC. Los autores de esta obra tuvieron la responsabilidad de seleccionar dichas investigaciones científicas, tomando en consideración el impacto y relevancia de la información, en virtud de la difusión del conocimiento.

CONTENIDO

DATOS DE LOS COMPILADORES	15
PRESENTACIÓN	16
CAPÍTULO 1: EL DERECHO DE PETICIÓN Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO COMPARADO	18
Autor:.....	18
Duy Santamaria Moisés Josué, Mgtr.....	18
1.1 Antecedentes del silencio administrativo.....	18
1.2 El Consejo de Estado francés y el origen del silencio administrativo....	20
1.3 Origen de la negativa ficta en el derecho administrativo francés.....	21
1.4 El Consejo Constitucional francés y el origen del silencio administrativo positivo de excepción	22
1.5 El deber de pronunciarse sobre requerimiento parte de la administración	25
1.6 Regla de abstención a aplicar un texto ilegal.....	25
1.7 Del derecho a impugnar la ilegalidad del acto normativo en conflicto...	26
1.8 El silencio Administrativo contemporáneo en Francia.....	26
1.9 Antecedentes constitucionales del derecho de petición.....	27
1.10 Nociones conceptuales y doctrinarias.....	27
1.11 Caracteres del Derecho de Petición.....	28
1.12 El Silencio administrativo	29
1.13 El silencio administrativo como hecho en la jurisprudencia	31
1.14 Efectos del silencio administrativo	33
1.15 Silencio administrativo positivo	33

1.16	El silencio administrativo negativo	35
1.17	El silencio administrativo negativo ¿principio o regla de excepción? ...	36
1.18	El silencio administrativo negativo ¿garantía o gravamen?	38
1.19	El silencio administrativo negativo y la seguridad jurídica.....	39
1.20	Constitución de 1830.....	40
1.21	Constitución ecuatoriana de 1967	41
1.22	Constitución de 1906.....	41
1.23	Constitución de 1945.....	42
1.24	Constitución de 1967.....	42
1.25	Constitución de 2008.....	43
1.26	Ley de Modernización del estado.....	44
1.27	Código Tributario	44
1.28	Código Orgánico Administrativo.....	46
1.29	Ley 39/2015 (legislación española)	49
1.30	El procedimiento de ejercicio del Derecho de petición	49
1.31	Los procedimientos relativo a la transferencia del dominio público.....	50
1.32	Las actividades que pueden dañar al medio ambiente.....	51
1.33	Los procedimientos de responsabilidad patrimonial	51
1.34	Los procedimientos de impugnación de actos y decisiones	51
1.35	Los procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud por parte de los interesados	51
1.36	Supuestos establecidos en normas con rango de ley: exigencia de razones imperiosas de interés general impuesta al legislados sectorial	51
1.37	La contraexcepción: el doble silencio sucesivo	52
1.38	Justificación de la contraexcepción	52

1.39	Extensión de la regla.....	53
1.40	Tipo de estudio realizado y/o investigación	54
1.41	Periodo y lugar donde se desarrolla la investigación.....	54
1.42	Universo y muestras escogidas	54
1.43	Procedimiento aplicado	54
1.44	Procesamiento y análisis de la información.....	55
1.45	Resultados	56
1.46	Propuesta.....	64
1.46.1	Objetivo de la propuesta.....	65
1.46.2	Fundamento de la propuesta	65
1.46.3	Descripción de la propuesta	66
1.46.4	Ejes de la propuesta.	67
1.47	Conclusiones.....	69
1.48	Recomendaciones.....	70
1.49	Referencias Bibliográficas.....	71
CAPÍTULO 2: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DERIVADA DE UNA RECOMENDACIÓN CONTENIDA EN UN EXAMEN ESPECIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....		76
Autor:.....		76
José Andrés Ortiz Páez, Mgtr.		76
2.1	Contraloría General del Estado en Ecuador	76
2.2	Rol de la CGE en Ecuador	77
2.3	Control interno.....	79
2.4	Control externo	80
2.5	Determinación de responsabilidades.....	81

2.6	Responsabilidad administrativa culposa	82
2.7	Responsabilidad civil culposa	83
2.8	Recomendaciones	84
2.9	Acción de repetición en Ecuador.....	84
2.10	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ..	86
2.11	Código Orgánico de la Función Judicial	88
2.12	Ley Orgánica del Servicio Público.....	90
2.13	Código Orgánico General de Procesos.....	91
2.14	Código Orgánico Administrativo	91
2.15	Proceso judicial No. 09802-2018-00009, derivado de examen especial No. DR1-DPGY-AE-0079-2014 de la CGE.	93
2.16	Examen Especial No. DR1-DPGY-0010-2017.....	97
2.17	Examen especial No. DR1-DPLR-AE-0008-2014.....	98
2.18	Consulta a Procuraduría General del Estado	99
2.19	Comentarios acerca de la acción de repetición en general	101
2.20	Acción de repetición en otras jurisdicciones. Derecho comparado	102
2.20.1	Colombia.....	102
2.20.2	Uruguay	106
2.21	Análisis y resultados	108
2.22	Propuesta	114
2.23	Conclusiones y recomendaciones	115
2.24	Referencias Bibliográficas	117
CAPÍTULO 3: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 120 Y 164 DEL CÓDIGO ORGÁNICO ELECTORAL, CÓDIGO DE LA DEMOCRACIA, EN ASIGNACIÓN DE ESCAÑOS PLURINOMINALES		120

Autora.....	120
Nailyn Arian Valladares Sierra, Mgtr	120
3.1 Sufragio	120
3.2 Tipos de votos	121
3.3 Función Electoral.....	124
3.3.1 Consejo Nacional Electoral	126
3.3.2 Tribunal Contencioso Electoral.....	127
3.4 Sistema Electoral	127
3.5 Escaño.....	128
3.6 Sufragio restringido.....	130
3.7 Sufragio universal.....	131
3.8 Procedimientos de selección electoral ecuatorianos	132
3.9 Circunscripción.....	133
3.10 Requisitos de postulación.....	136
3.11 Forma de voto	137
3.13 Forma de lista	138
3.14 Sistema Mayoritario.....	139
3.15 Sistema simple.....	139
3.16 Absoluto	141
3.17 Sistema Proporcional	143
3.18 Circunscripción plurinominal y candidaturas por lista	143
3.19 Sistema de asignación de escaños en Colombia, Perú y Argentina	154
3.19.1 Colombia.....	154
3.19.2 Perú.....	161
3.19.3 Argentina	170

3.20	Presidencia y Vicepresidencia.....	172
3.21	Congreso / Poder Legislativo.....	172
3.22	Enfoque	174
3.23	Investigación bibliográfica.....	174
3.24	Investigación de campo	175
3.25	Investigación descriptiva	175
3.26	Método deductivo - inductivo	175
3.27	Instrumentos de la investigación.....	176
3.27.1	Encuesta.....	176
3.27.2	Entrevista.....	176
3.27.3	Lista de Entrevistados:.....	177
3.27.4	Preguntas y Respuestas:.....	177
3.28	Análisis de los resultados.....	182
3.29	Conclusiones	199
3.30	Recomendaciones	203
3.31	Referencia Bibliográficas.....	204
CAPÍTULO 4: EL DERECHO AL SUFRAGIO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA LIBERTAD. DEBER U OBLIGACIÓN		209
	Autor	209
	Byron Paul Vera Rosales, Mgtr.....	209
4.1	La Democracia	209
4.2	Democracia	209
4.3	La Democracia en Ecuador	209
4.4	Cronología democrática en Ecuador.....	210
4.5	Las papeletas electorales:	211

4.6	La elección	211
4.7	El Candidato.....	211
4.8	Los Movimientos Políticos.....	212
4.9	El Sufragio.....	213
4.10	El Voto	213
4.11	Evolución del Voto en el Ecuador.....	213
4.12	El Voto Obligatorio	214
4.13	El Voto Voluntario.....	215
4.14	El Voto Voluntario en América Latina	215
4.15	Pros y Contras del voto Voluntario	216
4.16	El derecho al voto en Colombia.....	217
4.17	El derecho al voto en Chile	218
4.18	El derecho al sufragio en la Constitución de la República del Ecuador	218
4.19	El derecho al sufragio en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana	221
4.20	Población.....	222
4.21	Muestra.....	223
4.22	Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	225
4.23	Tratamiento de la investigación.....	226
4.24	Procesamiento y análisis	226
4.25	Análisis encuesta a los abogados de la provincia del Guayas	226
4.26	Análisis encuesta a los ciudadanos del cantón Guayaquil	234
4.27	Propuesta de reforma legislativa.....	240
4.28	Conclusiones	241
4.29	Referencias Bibliográficas	242

Índice de tablas

Tabla 1. La administración pública debe resolver sobre cuestiones planteados por los administrados.....	56
Tabla 2. No contestar las peticiones formuladas por los administrados atenta contra el derecho de petición.....	57
Tabla 3. Las leyes orgánicas pueden limitar los derechos establecidos en la constitución	58
Tabla 4. Silencio Administrativo negativo limita el ejercicio de derechos en sede administrativa.....	59
Tabla 5. La ley, la doctrina y los referentes históricos de silencio administrativo negativo favorecen a la misma como una institución que garantiza el acceso a la justicia ordinaria.....	60
Tabla 6. La inacción o negación tacita por parte de la administración constituye algún derecho del ejercicio de la administración pública.....	61
Tabla 7. Reforma del coa vulnera al derecho constitucional de no regresión	62
Tabla 8. La institución del doble silencio afirma el derecho de petición	63
Tabla 9. Análisis comparativo sobre el texto actual y la propuesta y sus efectos.....	67
Tabla 10. Sobre los efectos	68
Tabla 11. Ejemplo mayoría relativa.	139
Tabla 12. Cálculo método d'hondt para obtener los escaños de concejales urbanos cantón Samborondón.....	145
Tabla 13. Cálculo método d'hondt para obtener los escaños de concejales rurales cantón Samborondón.	146
Tabla 14. Orden método d'hondt de mayor a menor concejales urbanos, cantón Samborondón.	147
Tabla 15. Orden método d'hondt de mayor a menor concejales urbanos, cantón Samborondón.	148

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 16. Orden conforme el resultado determinado en el art. 164 numeral 4 de la (loe, cd, 2009) previo a la reforma.....	148
Tabla 17. Cálculo método webster para obtener los escaños de concejales urbanos cantón Samborondón.....	150
Tabla 18. Cálculo método webster para obtener los escaños de concejales rurales cantón samborondón.....	151
Tabla 19. Orden método webster de mayor a menor concejales urbanos, cantón samborondón.....	152
Tabla 20. Orden método webster de mayor a menor concejales urbanos, cantón Samborondón	152
Tabla 21. Resultados por partido.....	158
Tabla 22. Votos partidos.....	159
Tabla 23. División de votos válidos obtenidos por cada lista	160
Tabla 24. Votos válidos obtenidos por cada lista de candidatos	165
Tabla 25. División de votos válidos entre números naturales consecutivos	165
Tabla 26. Resultados ordenados.....	166
Tabla 27. Número de cargos	167
Tabla 28. Votos totales obtenidos.....	168
Tabla 29. División de votos.....	169
Tabla 30. Votos totales entre la cifra repartidora	170
Tabla 31. Orden conforme el resultado determinado en el art. 164 numeral 4 de la (loe, cd, 2009) previo a la reforma.	183
Tabla 32. Orden decreciente según votos obtenidos por candidato a concejal urbano del cantón Samborondón.....	184
Tabla 33. Orden decreciente según votos obtenidos por candidato a concejal rural del cantón Samborondón.....	187
Tabla 34. Universo del trabajo de investigación #1.....	222

Tabla 35. Universo de la investigación #2	223
Tabla 36. Campo de estudio #1.....	223
Tabla 37. Campo de estudio #2.....	224
Tabla 38. ¿El voto obligatorio atenta los derechos democráticos de los ciudadanos del Ecuador?	227
Tabla 39. ¿Considera que de debería implementar el voto voluntario en el Ecuador?...	228
Tabla 40. ¿El voto voluntario representaría un aporte a la democracia en Ecuador?	229
Tabla 41. ¿Qué beneficios se obtendrían al implementar el voto voluntario en el Ecuador?	230
Tabla 42. ¿Está de acuerdo con la multa a quienes no ejercen su derecho al voto?	231
Tabla 43. ¿Cómo se impulsa el voto voluntario en los ciudadanos?	232
Tabla 44. ¿Si se implementa el voto voluntario, ud. asistiría?	233
Tabla 45. ¿De qué manera el modelo del voto voluntario mejoraría la democracia en Ecuador?	234
Tabla 46. ¿Cómo preferiría que sea el sistema electoral en Ecuador?.....	235
Tabla 47. ¿Es importante votar en el Ecuador?.....	235
Tabla 48. ¿Ejercería su derecho a sufragar si el voto fuera voluntario?.....	236
Tabla 49. ¿Considera que el voto obligatorio refleja los resultados exactos de las elecciones?.....	237
Tabla 50. ¿Debería plantearse un nuevo sistema electoral en el país?.....	237
Tabla 51. ¿De qué manera se podría motivar a los ciudadanos a ejercer su derecho al voto, si el sistema cambiara a la modalidad voluntaria? Max. 2 opciones	238
Tabla 52. ¿Mejoraría el interés de la ciudadanía para sufragar el sistema del voto voluntario?	239
Tabla 53. ¿Mejoraría el interés de la ciudadanía para sufragar el sistema del voto voluntario?	240

Índice de Figuras

Figura 1. La administración pública debe resolver sobre cuestiones planteados por los administrados.....	56
Figura 2. No contestar las peticiones formuladas por los administrados atenta contra el derecho de petición.....	57
Figura 3. Las leyes orgánicas pueden limitar los derechos establecidos en la constitución	58
Figura 4. Silencio administrativo negativo limita el ejercicio de derechos en sede administrativa.....	59
Figura 5. La ley, la doctrina y los referentes históricos del silencio administrativo negativo favorecen a la misma como una institución que garantiza el acceso a la justicia ordinaria.....	60
Figura 6. La inacción o negación tacita por parte de la administración constituye algún derecho del ejercicio de la administración pública	61
Figura 7. Reforma del COA vulnera al derecho constitucional de no regresión	62
Figura 8. La institución del doble silencio afirma el derecho de petición.....	63
Figura 9. Concejales estará de acuerdo a la cantidad de habitantes, artículo 156 de la (loe,cd,2009).....	133
Figura 10. Concejales estará de acuerdo a la cantidad de habitantes, art 152 (loe, 2009).	134
Figura 11. Circunscripción, elecciones seccionales.....	134
Figura 12. Circunscripción, elecciones seccionales.....	135
Figura 13. Resultados oficiales, dignidades pluripersonales, elecciones generales	136
Figura 14. Resultados primera vuelta en territorio nacional y exterior, elecciones generales	141
Figura 15. Resultados segunda vuelta en territorio nacional y exterior, elecciones generales	142

Figura 16. Ejemplo voto preferencial ONPE	164
Figura 17. ¿Conoces el sistema de elecciones que rige actualmente en el país?	189
Figura 18. ¿Cuál es el sistema de elección que consideras que tiene la república del Ecuador?	189
Figura 19. ¿Realizas un análisis o investigas acerca de los candidatos que se postulan para el cargo de presidente/a, vicepresidente/a, alcalde/esa, prefecto/a, concejal, asambleísta?.....	190
Figura 20. ¿Ejercer tu derecho al voto o sufragio el día que corresponde?	191
Figura 21. ¿Se debería implementar o incorporar una materia que aborde temas relevantes de cultura política?	191
Figura 22. ¿Se siente representado por las autoridades que terminaron electas (concejales, asambleístas, miembros de juntas parroquiales)?	196
Figura 23. ¿Consideras que al momento de que te limiten en votar en lista, están restringiendo tu libertad de elegir a tu candidato de preferencia?.....	197
Figura 24. ¿Cómo considera que se debe realizar las elecciones pluripersonales?	198
Figura 25. Periodos en Ecuador.....	210
Figura 26. Cronología democrática del Ecuador	210
Figura 27. Evolución del voto en Ecuador	214
Figura 28. Sistema electoral.....	216
Figura 29. Cálculo de la muestra.....	225

DATOS DE LOS COMPILADORES

ROGER NIETO MARIDUEÑA

Abogado de profesión, con Maestría en Derecho Administrativo otorgada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, una experiencia profesional de 24 años en campo del Derecho Administrativo, actualmente es Docente Tiempo Completo de la Universidad ECOTEC, Doctorando de la Universidad de Córdoba y a lo largo de su trayectoria como Docente Investigador ha realizado varias ponencias en congresos científicos internacionales.

MARIO CUVI SANTACRUZ

Abogado de profesión, con Maestría otorgada por la Universidad de Melbourne, una experiencia profesional de 11 años en diferentes áreas del Derecho, Decano de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad ECOTEC desde hace 4 años, actualmente también es Docente de la Universidad ECOTEC, Doctorando de la Universidad de Córdoba y a lo largo de su trayectoria académica ha realizado varias ponencias en congresos científicos internacionales.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito analizar las disposiciones estipuladas en el artículo 229 del Código Orgánico Administrativo lo prescribe que la administración resolverá sobre la suspensión del acto administrativo, previa ponderación motivada de los daños que su suspensión o ejecución causaría al administrado, al interés público o a terceros. Se presenta un análisis detallado y exhaustivo del tema mismo que propone un desarrollo teórico sobre el silencio administrativo negativo en España, y una propuesta que concilie entre el silencio administrativo negativo y el derecho de petición aplicada a la legislación española.

La Contraloría General del Estado como organismo técnico encargado del control y fiscalización de la utilización de recursos públicos realiza, entre otras funciones, auditorías gubernamentales y exámenes especiales para estudiar y analizar a las instituciones sujetas a su control. En ocasiones, la Contraloría General del Estado recomienda a las instituciones que inicien acciones de repetición para la recuperación de valores. Se analiza y verifica la dificultad para el cumplimiento de dichas recomendaciones por la falta de norma específica para el efecto.

El trabajo presente busca analizar la situación jurídica de la acción de repetición en la República del Ecuador, tratada por los cuerpos legales que la abordan para evidenciar la posibilidad de aplicación de cada disposición para el caso en concreto. Se sugiere la herramienta de la integración del derecho, utilizar la norma vigente para el cumplimiento de las recomendaciones del organismo técnico de control, y abrir el espectro de investigación sobre acción de repetición.

La finalidad de este estudio consiste en explicar de una forma técnica pero sencilla, si las reformas realizadas a nuestra legislación electoral siguen protegiendo el derecho a la democracia, derecho a elegir y ser elegido y participación ciudadana. Llegándose a determinar la ausencia de normativa y vulneración de normas constitucionales en la asignación de escaños.

El Ecuador es un país democrático, no obstante, el voto es obligatorio contradiciendo así al principio de libertad. El Marco Constitucional Ecuatoriano nos muestra sanciones e imposiciones a aquellos que no ejerzan su derecho al voto, teniendo como consecuencia que no se garantiza libertad, sino que sanciona y prohíbe la realización de trámites.

Los Compiladores

CAPÍTULO 1: EL DERECHO DE PETICIÓN Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO COMPARADO

Autor:

Duy Santamaria Moisés Josué, Mgtr.

Universidad Tecnológica ECOTEC

moisesjduy@gmail.com

1.1 Antecedentes del silencio administrativo

La Revolución Francesa de 1789, contribuyó a una revolución jurídica que marcó la escisión entre el sistema monárquico y el circuncidante estado liberal laico. El poder absolutista poseía un sistema institucional limitado controlado por el rey, los cuales: a) el parlamento se encargaba de aprobar los decretos que expedía el monarca; y b) el consejo del Rey que ejecutaban la labor de ministros del gobierno. El parlamento ejercía de manera indeterminada funciones de índole jurisdiccional, debido a que no contaba con un cuerpo normativo procesal vigente, que también respondía las necesidades del rey. Con la nueva reforma del estado manifestada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la soberanía popular relegaba el sistema absolutista, y se establecía un orden tripartito en el ejercicio del poder (ejecutivo, legislativo y judicial), que significaría el principio de separación de poderes. Este nuevo orden institucional proponía dos vertientes en materia de soluciones de conflictos, los que se resolvían entre particulares, competencia para los jueces, lo que se suscitaban entre los órganos del ejecutivo y los ciudadanos.

El nuevo Estado luchaba por concebir un sistema que pudiera combatir las arbitrariedades y exceso de poder por parte del estado. Entre los retos que enfrentó, fue definir un marco legal que precise las competencias de la jurisdicción ordinaria y administrativa, y el órgano que se encargaría de administrarlo, dando origen al principio de especialidad administrativa.

Esta especialidad en el derecho administrativo se fundamenta en que las controversias del estado con los particulares no tienen que someterse al fuero de lo civil, ni a los tribunales ordinarios, sino que debe ser regulado por una legislación diferente que involucre los principios del derecho público. En 1790 se expidió la ley del 16 y 24 de agosto, que en su artículo 13 establecía la especialidad de la jurisdicción administrativo, asentada sobre el principio de separación de poderes e independencia institucional, mismo que prescribía: *“las funciones judiciales son distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas”*(Del Cabo, 1978). De manera que la jurisdicción administrativa necesita un órgano que se encargara de dirimir dichos conflictos, dando a luz al Consejo de Estado francés.

El Consejo de Estado se crearía como una versión actualizada del Consejo del Rey –del antiguo régimen-, mismo que sería la única instancia para dirimir conflictos de índole administrativo. Años después se crearían los Tribunales administrativos con el propósito de ser una primera instancia y, en 1889, se crearon las Cortes o Tribunales de apelación. A diferencia del sistema jurisdiccional administrativo francés 1790, el Consejo de Estado en la actualidad funciona como Corte de Casación.

En situaciones distintas, se pudo observar cierta invasión, confusión o renuncia en cuestiones de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa. No existía una jerarquía como tal, de manera que fue objeto de análisis con el fin de determinar la competencia, y los efectos jurídicos de la declaratoria de incompetencia, y el derecho de acceso a la justicia. Con el fin de dirimir cuestiones de competencia se crea el Tribunal de Conflictos con objeto de criterios para poder delimitar las controversias entre las dos, de los mismos que asomaron criterios doctrinarios como el *“el derecho administrativo como especialidad derivada del derecho privado”*(Vergara Blanco, 2009)

A raíz de la ley de 1790 y el decreto del 16 fructidor, establecieron disposiciones en contra de la colisión de competencias entre ambos fueros, mismo que disponía:

“la prohibición a los jueces de incidir, de la manera que sea, en las actuaciones de los órganos administrativos, de citar a los administradores en función de sus cargos, de conocer sobre los actos de la administración, de la materia que sea. Finalmente, como ya referido, al término de la Revolución, la justicia administrativa fue dotada de sus propios órganos de jurisdicción: la constitución del 22 frimario del año VIII (noviembre de 1799) y la ley del 28 pluvioso del mismo año, crearon - respectivamente- el Consejo de Estado y los Consejos de la Prefecturas, éstos últimos considerados como los “ancestros” de los tribunales administrativos”(Ley de separación de los poderes, 1790)

1.2 El Consejo de Estado francés y el origen del silencio administrativo

En el derecho continental o *civil law*, el silencio administrativo tuvo su origen en Francia, a través del decreto Real del 2 de noviembre de 1864 referente al recurso agraciado acerca de los ministros. Esta regla disponía la negación de la petición como resultado de la inacción y fue generalizada por en la ley 1900. La ley de 7 de julio de 1900 se considera el origen de la del silencio administrativo con efectos negativos, en la cual en su artículo tercero establecía una ampliación en cuanto al ejercicio que el administrado podía hacer en cuanto a cualquier decisión administrativa, que sea susceptible de apelación ante el Consejo de Estado Francés. Además, configuraba la *negación tácita* de la petición transcurrido los cuatro meses desde la fecha del recibido y constancia de la petición, sin que haya intermediado respuesta o contestación por parte del ministro. El rechazo de la misma, habilitaba al administrado la facultad de recurrir ante el Consejo de estado.

Se configuraron nuevos cambios a raíz del derecho Nro.65-29 de 1965, la misma que establecía como regla general el silencio administrativo negativo, como resultado de la inacción ante cualquier petición realizada ante cualquier autoridad administrativa. Es necesario destacar que el silencio administrativo como tal, no nace con los efectos positivos, es decir, que de la inacción de la administración se considera aceptada la petición, sino que los efectos facultaban al administrado recurrir ante el Consejo de Estado. Mediante una resolución de 30 de julio de 1920, el *Conseil*, se pronunció respecto a la dogmática del silencio administrativo negativo, resaltando con una oportunidad o derecho atribuido a los administrados para que puedan recurrir antes los órganos jurisdiccionales.

1.3 Origen de la negativa ficta en el derecho administrativo francés

Ley del 17 de junio de 1900 (Francia) –en el artículo tercero- instituyó el silencio administrativo negativo, mismo que disponía que se resolvería ante el Consejo de Estado a manera de recurso, transcurrido el plazo de cuatro meses contados desde el día en que se realizó la petición. La institución de la *Negativa Ficta* planteaba la posibilidad de impugnar la inacción de la administración, que transcurrido determinado plazo, se consideraban las peticiones denegadas, que no tardó en ser aplicado por las autoridades administrativas en general, según lo dispuso el *Decreto del 11 de enero de 1965*, artículo primero, que disponía que la inacción por parte de la administración constituía “*una decisión negativa*”(Baines & Rubio-Marin, 2005).

Con la vigencia de la ley de 12 de abril de 2000, (artículo 20)-en cuanto al ejercicio de las relaciones entre la administración y los administrados- persistió la figura de la negativa ficta, no obstante, introdujo un cambio en cuanto a la temporalidad para recurrir ante el órgano competente. Como resultado de la inacción por parte de la administración, según lo previsto en el artículo R. 421-2 del Código de Justicia Administrativa “*salvo disposiciones legislativas o reglamentarias en contrario, el silencio (...) de más de dos meses (...) equivale a una decisión negativa*”, mismo que se cuenta desde la “*fecha del acuso de recibo*”(Ley n° 2000-321, 2000)que la administración envía haciéndole conocer los plazos en cuanto al recurso sobre la contestación de la demanda, y de los plazos establecidos para que opere el silencio administrativo.

Desde mayo de 1994, mediante las propuestas presentadas por la Comisión sobre la Organización y las responsabilidades del Estado se requirió la necesidad de adaptar el silencio positivo ante la inacción de la administración, algo que no fue planamente acogido por el sistema jurídico administrativo francés. No obstante, perseveraría el “*silencio administrativo negativo, con reglas de excepción*” que podría surtir en aceptación de la demanda, *cuando este se trata de: i) solicitud de autorización o licencia*, por ejemplo, “la solicitud de licencia de obras: mismo que se incorpora en el acuso de recibo de la solicitud la fecha en la cual opera el silencio, y procederá la autorización para que el peticionario construya”(Código de urbanismo, 2003).

El periodo de tiempo que se le otorga al expediente de solicitud para que opere el silencio administrativo positivo, puede variar en tres dos y tres meses, de acuerdo al caso particular, y se hace constar en el acuse de recibido del expediente. En cuanto a la solicitud de *permisos de construcción* el plazo que regularmente dispone el plazo de tres meses para que opere el silencio de administrativo positivo (Código de urbanismo, art. R. 423-23); en cuanto al *certificado de urbanismo* se considerara oportuno el plazo entre uno y dos meses; la autorización de explotación de un establecimiento hospitalario privado se entiende renovada tras un silencio de seis meses (d'Etat, 2007), con base al artículo art. L. 6122-8 del Código de Salud Pública.

Se puede observar en la normativa francesa plazos especiales que, en ausencia de respuestas a las solicitudes propuestas ante la administración, opera el silencio administrativo negativo. Dichos decretos tampoco siguen la regla de los dos meses a partir del acuse recibido de la administración, sino que va de un mes hasta los seis meses de acuerdo a los casos planteados, entre ellos: *i) del artículo 1 del Decreto de 30 de junio de 1975*, establece que la licencia de cazar requiere un mes para que opere el silencio administrativo negativo; *ii) del artículo 2 del Decreto de 28 de abril de 1988*, sobre la solicitud de comunicación de documentos administrativos, mismo que establece un mes plazo para que opere el silencio administrativo negativo; *iii) del artículo L. 6122-10 Código de Salud Pública* establece que sobre las solicitudes de autorización de abertura de un establecimiento hospitalario privado operara el silencio negativo en un plazo de seis meses; *iv) del Decreto de 15 de julio de 2005*, establece el que, para los recursos jerárquicos contra las sanciones infligidas a los militares el plazo será de sesenta días.

1.4 El Consejo Constitucional francés y el origen del silencio administrativo positivo de excepción

El Consejo constitucional francés se creó el bajo el régimen constitucional de la Quinta república, de fecha de 4 de octubre de 1958. El primero de junio de 1958 la Asamblea Nacional francesa investió al general De Gaulle para el cargo de presidente del Consejo de Ministros otorgándole plenos poderes para gobernar Francia hasta el 31 de diciembre de 1958, mismo que mediante el mandato de la Asamblea Nacional preparó un proyecto de Constitución –del 4 de octubre de 1958–, que, mediante referéndum, el 79,25 % de los electores se pronunciaría a favor, y el 20,75 % en contra.

Mediante la Constitución de 1958, el poder constituyente confirió al Consejo Constitucional como órgano encargado para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, con el fin de: i) evitar conflictos entre competencias entre los órganos constitucionales del Estado y, ii) controlar el ejercicio legislativo del Parlamento respecto a cuestiones antagónicas a las disposiciones constitucionales, ambos basados en el catálogo de Derechos Fundamentales de la Revolución Francesa como: “la tradición liberal”(Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789), la tradición socialista, (Preámbulo de la Constitución de 1946, donde se recoge un catálogo de derechos políticos, económicos y sociales). y, la tradición democrática, (derechos políticos o de representación); los cuales conformarían los proclamados Principios Generales del Derecho implícitos en todas las materias, incluyendo las que rigen la jurisdicción administrativa.

El Consejo Constitucional limitó el ejercicio de los Principios Generales del Derecho, alno considerarlos como disposiciones universales, consuetudinarias y no escritas, sino que necesariamente se deben afirmaren principios positivos de rango constitucional. Un ejemplo es “*el principio de igualdad*”(Baines & Rubio-Marin, 2005), que para el juez constitucional se instituye un principio derivado del artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y del artículo 2 de la Constitución de 1946. No obstante, esta visión no es totalmente compartida por el Consejo de estado, quien no consideraba necesario su positivación para calar un rango de Principio General del Derecho.

En materia administrativa, el Consejo Constitucional mediante sus fallos señaló como “principios generales del derecho” aquellos «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», y en un caso excepcional, las que buscan ampliar el ámbito de acción de la ley como potestad exclusiva del parlamento, dando origen las excepciones a la regla básica resultante de la inacción por parte de la administración pública. El Consejo Constitucional señaló que según un principio general de nuestro Derecho el silencio de la Administración equivale a una decisión denegatoria y que, en este caso concreto, “*sólo puede derogarse mediante una decisión del poder legislativo*”(Resolución N.º 69-55 L, 1969)

Hasta ese entonces el silencio de la administración respondía por Regla General a una negación tacita e inamovible, facultativa a ser recurrida ante el Consejo de Estado, sin embargo, la misma resolución acentuó las potestades del parlamento, que en base a casos

concretos pueda formular excepciones a la misma regla. En el fallo de 26 de junio de 1959, del Consejo de Estado, referente a los principios Generales del Derecho, manifestó que *“corresponde en exclusiva al legislador determinar su alcance, ampliando o restringiendo sus límites”*(Syndicat généraldes ingénieurs-conseils, 1959), por lo tanto, la negación como resultado del silencio de la administración, no constituía una regla final, sino que podía establecerse excepciones si así lo considerare el parlamento. El Conseilen en el caso *Syndicat généraldes ingénieurs-conseils* hizo referencia a la facultad que posee el parlamento para establecer reglas de excepción y dirigir la aprobación de una ley para el efecto, en el marco de sus facultades reglamentarias que pueda contravenir los principios generales del Derecho miso que resaltó que el gobierno no puede vulnerar los principios generales del Derecho cuando adopta medidas que entran dentro de su ámbito de competencia. Si, en una materia de naturaleza reglamentaria, pretende conculcar cualquiera de dichos principios, como por ejemplo la no retroactividad o la autoridad de cosa juzgada, *“tendrá que dirigirse al Parlamento y obtener la aprobación de una ley a dicho efecto”*(Arrêts, 1959).

De manera que, en el caso concreto, la autoridad administrativa y/o gubernamental no posee facultades para validar disposiciones ilegales que se contraponen a los principios generales del derecho (principio de negación ante la inacción), sin embargo, el parlamento podía deducir excepciones a las reglas. En ese sentido, el Consejo Constitucional resolvió en favor de una negación con efectos positivos, tratándose de derechos fundamentales, de manera excepcional a los sectores que el parlamento considerare como beneficiarios necesarios. En ese sentido, fueron tres los sectores, –que mediante regla de excepción- se aplicó la inacción con efectos positivos en Francia. Fueron estos: i) la solicitud para el ejercicio de actividades profesionales, entre ellos, la libertad de comercio e industria, y la libertad de crear hospitales privados (1970); fijación de tarifas de transportes de pasajeros (1949), inscripción en el foro de expertos contables (1945) y arquitectos (1977). El segundo Campo: ii) en las relaciones laborales del sector público, para licencias o permisos, y en el tercer campo: iii) en la reglamentación del derecho a la propiedad, bajo la lógica que, si la administración no ejerce dentro de un tiempo sus potestades de limitación del dominio, se entiende que restituye el goce total del propietario.

Siendo “objeto de silencio administrativo positivo, los permisos de construcción (1970)”(Moreta, 2020), podría considerarse que, tratándose de derechos fundamentales como el trabajo y la propiedad, la inacción constituiría una violación a los derechos reconocidos por la declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y de la misma Constitución.

1.5 El deber de pronunciarse sobre requerimiento parte de la administración

Por otro lado, el Consejo de Estado iría limitando la función inactiva de la administración, cuando los administrados traten de impugnar la legalidad de un reglamento. El Consejo de Estado en el fallo del 3 de febrero de 1989, manifestó: *“se reconoce la obligación que incumbe a la Administración de pronunciarse sobre una demanda de derogación de un reglamento ilegal”*(Caso Compagnie Alitalia, 1989), del mismo, se entendería que la administración no podría excusarse de la obligación de corresponder a lo solicitado por parte del administrado, además, el mismo fallo integraría otros principios implícitos en otros fallos, como el “deber de abstenerse de aplicar la ley en conflicto”(Caso Ponard, 1958), y que “no incurriría en ilegalidad alguna al no aplicarlo”(Laiterie Saint-Cyprien, 1960), y el “derecho perpetuo de impugnar ilegalidad del mismo en cualquier momento”(Avézard y Chambre Syndicale des Propriétés Immobilières de la Ville de Paris, 1902).

1.6 Regla de abstención a aplicar un texto ilegal

El Caso Ponarda de 14 de noviembre de 1958, trataba sobre la petición de un Molinero, en contra de una orden ministerial, de fecha 29 de marzo de 1955, que anulaba el artículo primero de un decreto de 26 de mayo de 1948, mismo que observaba lo concerniente al subsidio por compensación por las labores realizadas en el molino harinero, cuya disposición entra en vigor antes de la publicación del decreto de 26 de mayo de 1948. En cuanto al o pertinente el Consejo de Estado resolvió que *“corresponde a la autoridad administrativa no aplicar un texto reglamentario ilegal, incluso si es definitivo, y si dicha ilegalidad puede ser planteado en cualquier momento por cualquier parte interesada en el caso de una disputa sobre una decisión individual”*(Caso Ponard, 1958).

Además, hizo énfasis que la autoridad no puede anular legalmente o revocar dicho texto son: i) que intermedie una prescripción legislativa facultativa para derogar el principio general del Derecho que establece la no retroactividad, ii) y que el plazo para la apelación legal no haya expirado en el momento en que decreta la retirada del texto ilegal o si ha sido

objeto de una apelación gratuita o contenciosa presentada dentro de dicho plazo. El Consejo de Estado también mencionó que ninguna ley autoriza la Retroactividad en materia de regulaciones, referido a la orden ministerial de fecha 29 de marzo de 1955; por lo tanto, y aunque dicha medida reglamentaria informada se promulgó ilegalmente, el administrado justifica su postura al mantener que el decreto impugnado de fecha 29 de marzo de 1955, está viciado con exceso de poder.

1.7 Del derecho a impugnar la ilegalidad del acto normativo en conflicto

Un ejemplo claro es la resolución emitida por el Consejo de Estado francés el 24 de enero de 1902, *Caso Avézard y Chambre Syndicale des Propriétés Immobilières de la Ville de Paris*, sobre la impugnación del decreto de fecha 24 de diciembre de 1897, presentado ante el Consejo de Estado por *Sieur Avézard* en calidad de representante del sindicato de propiedades inmobiliarias. El Consejo de Estado manifestó que en los términos que dispone el artículo del 11 del decreto del 22 de julio de 1806, sobre los derechos para recurrir, ratifica que el límite de tiempo para las apelaciones ante el Consejo de Estado se extiende solo desde la fecha de notificación del actor o decisión impugnada, no obstante, esta regla solo es aplicable a las apelaciones contra actos que se notifican al sujeto individual; y de aquellos que van dirigidos al público, –que mediante publicaciones y carteles se realice la notificación–; el período de recurso por exceso de poder contra estos últimos actos va desde la publicidad que recibieron. En el caso concreto, debido a que el decreto del 24 de diciembre de 1897 se publicó más de tres meses antes del registro de la apelación formada por *Sieur Avézard*, se declaró la inadmisibilidad de la impugnación ante el Consejo de Estado por medio del recurso por exceso de poder; sin embargo, el Consejo de Estado manifestó que, de ser pertinente y fundado, el “solicitante podría impugnar ante el tribunal competente la legalidad del decreto”(Avézard y Chambre Syndicale des Propriétés Immobilières de la Ville de Paris, 1902). Es decir, se establecía una vía perpetua, a la de exceso de poder que precluía transcurrido el plazo de tres meses.

1.8 El silencio Administrativo contemporáneo en Francia

La legislación ha desarrollado el concepto de las decisiones implícitas, que toman cuerpo una vez transcurrido un plazo determinado durante el cual la Administración guarda silencio sobre la demanda de un administrado. Durante mucho tiempo se aplicó exclusivamente a las decisiones implícitas de desestimación, cuyo plazo de formalización era de cuatro

meses. Después de que el artículo 21 de la ley de 12 de abr. de 2000, relativo a los derechos de los ciudadanos y sus relaciones con la Administración, redujera este plazo, en principio, a dos meses, dicho artículo fue modificado por la ley de 12 de nov. de 2013, que otorgó a este silencio de la Administración el valor de una aceptación, salvo en determinados casos, algunos de los cuales deben identificarse mediante decreto (decretos del 23 de oct. de 2014).

1.9 Antecedentes constitucionales del derecho de petición

El derecho de petición se constituye en un derecho fundamental vigente en la Constitución de 2008, cuyo contenido ha evolucionado desde el derecho medieval; tanto en España, como en los demás países europeos, se observaron caracteres arraigados a un derecho que ejercía un súbdito en relación al rey, y este se consolidó en el derecho Anglosajón con el Petition Of Rights de 1628 y el Artículo 5 del Bill Of Rights de 1689, dictado en el gobierno de Guillermo de Orange de Inglaterra, que prescribía el derecho de los súbditos de presentar peticiones al rey, siendo ilegales las prisiones o vejaciones de cualquier clase que sufran por esta causa.

Desde el siglo XVIII, la Constitución Estadounidense de 1787 y la Constitución francesa de 1791, proclama el derecho de dirigir peticiones de manera individual ante las autoridades legítimas. Se puede concluir que el derecho de petición surge a la vez como se consolida el Constitucionalismo, y se consagran derechos como el de igualdad; separación de poderes, y los demás rigen la relación entre la administración pública y el administrado.

1.10 Nociones conceptuales y doctrinarias

El derecho de petición se define como la “facultad concedida por la constitución a los ciudadanos para dirigir peticiones a los poderes públicos, de manera individual o colectiva” (Cabanellas de Torres, 2008). De manera, que esta definición centra su atención en el origen del derecho como tal, proveniente de la convención (referencia a la Constitución). Por otro lado, se considera el derecho de petición -desde el derecho político-, como “un derecho individual básico que puede ejercerse en relación con cualquiera de los tres poderes del Estado”. (Ossorio, 2008). Ossorio reflexiona sobre el derecho de petición a modo de derecho natural, y limita la noción de poderes públicos en relación a la trilogía del poder, hasta ese entonces vigente.

Consecuentemente, el derecho de petición no es más que una facultad que tienen los ciudadanos para dirigir peticiones ante la autoridad pública; como lo dicta la Constitución ecuatoriana en con garantía de recibir respuestas “motivadas”. Adicionalmente, este derecho de petición respondería a una técnica y reglas de especialidad. Criterio acompañado por Jacobo Pérez Escobar quien afirmaba que el derecho de petición constituye una “facultad concedida a los administrados para reclamar un acto, positivo y determinado, que pertenece a la competencia jurídica de la autoridad pública” (Cordero Ordóñez, 2009) Desde ese punto, se aprecia la técnica que concede las leyes especiales para el ejercicio del derecho de petición, tales como, las reglas de la competencia para dirigir reclamaciones ante la autoridad competente. La especialidad del derecho público y la gestión administrativa conllevaría al estudio de los caracteres del derecho de petición y los caracteres especiales que surgirían en el ejercicio del derecho administrativo.

1.11 Caracteres del Derecho de Petición

a) Del titular de la petición. –Esta premisa refiere que para ejercer el derecho de petición, este debe ser interpuesta por el interesado, mismo que refiere que “no todos los particulares que tengan el derecho de petición pueden también tener el derecho de recurrir, sino únicamente los interesados, los titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos afectados por el acto” (Bartra Caverro, 2008)

b) De la respuesta con garantía de motivación. - Del derecho de petición se deduce que el órgano competente debe pronunciarse de manera obligatoria respecto delo petitionado, sea esta de positiva o negativa forma. La motivación clarifica no solamente la mera respuesta afirmativa o negativa, sino el deber mismo de contestar de manera suficiente, es decir, enunciando el orden jurídico legal establecido que fundaméntela decisión, conforme a los fundamentos de hecho expuestos, que se eleva como un símbolo de la “racionalización de la función judicial”(Calamandrei, 1960). Atienza define motivar como el ejercicio explicativo o la forma para mostrar las causas que motivaron tal decisión, de la misma manera, es el “medio que permite aportar razones para una decisión como correcta”(Atienza Rodríguez, 1994). De tal manera concluimos que la motivación es el resultado del ejercicio jurisdiccional, no obstante, aplicable también a todos los órganos con potestad resolutoria, a los cuales, dentro de su competencia radica el deber de resolver en cuanto a las peticiones planteadas.

Por otro lado, ¿qué sucedería cuando la administración (quien tiene el deber de resolver) no se pronuncia, o en su defecto emite una respuesta que no cumple con el requisito de la motivación?, de esta disyuntiva nace el silencio administrativo, que, al no existir una manifestación expresa de voluntad por parte de la administración de acuerdo a los plazos establecidos por ley, y se genera el efecto jurídico de aceptación tácita. En el marco normativo ecuatoriano el silencio administrativo positivo es la regla general, no obstante, coexisten excepciones la misma, que la ley le otorga el efecto negativo del caso. En conclusión, el silencio administrativo genera dos efectos jurídicos: positivo y negativo; visto por Secaria, estos efectos “constituyen una garantía tanto al derecho de petición como al debido proceso”(Secaira Durango, 2004); no obstante, las corrientes se diversifican al momento exponer el deber mismo de la administración de resolver en cuanto al efecto negativo que confiere.

1.12 El Silencio administrativo

Resultado de la relación entre la administración y los administrados, subyace una figura denominada “silencio administrativo” que según SOTELO DE ANDREU lo define como una *“ficción que la ley establece en beneficio del administrado, la misma que se considera estimada (silencio administrativo positivo) o negada (silencio administrativo negativo) lo solicitado derivado de la omisión de resolver”*(Sotelo de Andreu, 1998). Es decir, el silencio administrativo opera cuando la administración incumple el deber objetivo de resolver al tenor de lo peticionado, mismo que de ser el caso se considerará aceptada la petición, y, en los casos *previstos en la ley, se entenderá como negado*.

El derecho administrativo rige las relaciones entre la administración y los administrados, de manera que se constituye un deber de la administración pronunciarse sobre los requerimientos dispuestos por el administrado como resultado de esa misma relación. El derecho administrativo contemporáneo ubica la ausencia de pronunciamiento expreso o silencio de la administración como constitutiva de un *“hecho administrativo”*, denominada como *“declaración ficta”*(Morón, 2011). No obstante, y con independencia de los efectos jurídicos que puede producir el silencio de la administración (positivo o negativo), existe una disyuntiva –ya discutida- sobre la naturaleza del silencio administrativo. Por mucho tiempo, la doctrina y diversas fuentes jurídicas en Latinoamérica plantearon la idea del silencio administrativo como un hecho propiamente tal, sin embargo, también en su momento se lo considero como un acto administrativo.

El silencio administrativo ¿acto o hecho de la administración?

La consideración del silencio administrativo *como hecho y no como acto*, proviene del requisito fundamental que exige para que se constituya un acto de la administración, como es la declaración formal de voluntad. La tesis que sostiene al silencio de la administración como acto, se afirma en que la *norma jurídica determina la naturaleza del silencio*, de manera que la ley prefija la inacción de la administración como una expresión de voluntad, que declara la aceptación o negación de la petición, relacionado a lo expresado por GARRIDO FALLA, quien sostiene que el silencio de la administración debe considerarse como un hecho al cual el “*derecho concede efectos jurídicos*”(Garrido Falla, Palomar Olmeda, & Losada González, 2005), que pueden ser positivos o negativos.

El derecho administrativo pretérito diferencia los actos de los hechos, tal formula que los diferencia, radica en que los actos son susceptibles de impugnación (como regla general) a través de mecanismos jurídicamente definidos, recursos (sede administrativa) y acciones judiciales, por cuanto constituyen la manifestación de la voluntad expresa de la administración; no obstante, los hechos de la administración no se constituyen en materia de impugnación, al no traducirse en la voluntad de la administración como tal, sino como una conducta atípica, que constituye efectos propios que puede comprometer la responsabilidad del Estado. No obstante, el silencio de la administración matiza el sentido tradicional de la impugnación a resoluciones expresas, y configura recurrible la falta de reticencia de la administración en torno a las peticiones de la administración.

Para MARIENHOFF el silencio como tal debe entenderse “*conducta inexpresiva*”(Marienhoff, 2010), propio de los hechos de la administración, y no un acto como tal. La idea del silencio como acto de la administración, motivaba la idea de apertura a una instancia judicial con el advenimiento de un acto propiamente tal, idea avocada por el sistema procesal administrativa de la provincia de Buenos, que no tardo en reformarse(Argenio, 2006).Ramón Martín en su obra *Manual de derecho administrativo*, señala que el silencio como tal se constituye materialmente en “*inactividad, vacío en el obrar, que el sistema jurídico determina su significación, que puede ser positiva o negativa*”(Martin Mateo, 1998).

De manera que, si la ley procesal no establece un significado específico a la naturaleza del silencio, constituye un *hecho administrativo* que no produce de efectos jurídicos directos, que no limita la capacidad del administrado vía *amparo por mora* (normativa argentina) obligar a la administración a pronunciarse de manera expresa; y de que pueda dar lugar a responsabilidad administrativa va, contractual o extracontractual.

1.13 El silencio administrativo como hecho en la jurisprudencia

Se puede admitir que la administración que se haya inoperante, interpela a los administrados a ventilar reclamaciones previas, por escrito, debido a la conducta de la administración incurre en mora ante la obligación de pronunciarse. Además, activa las posibilidades que ampara la normativa jurídica sobre los reclamos con efectos positivo o negativo, no obstante, se debe admitir diferenciaciones sustanciales entorno a un acto y hecho. Un acto propiamente tal goza de elementos sustanciales como: a) razón jurídica o remisión de resolución motivada; b) naturaleza de los efectos jurídicos; c) la presunción de legitimidad y fecha cierta; d) la plenitud de anulabilidad.

La Corte Nacional de Justicia (Ecuador) expone su postura sobre la naturaleza del Silencio administrativo, en cuanto a su consideración como acto o como hecho, mismo que manifiesta:

PUNTO CUARTO: La doctrina, en su gran mayoría, se alinea en el sentido que el silencio administrativo no es un acto administrativo, pues precisamente no cumple con ninguno de los requisitos que él requiere careciendo en primer término del elemento esencial que es la voluntad de producir derechos u obligaciones, el silencio administrativo corresponde a una omisión, a una inacción por lo tanto no puede reflejarse en aquello esa intención. El acto administrativo se estudia como un acto jurídico, en el cual es un elemento esencial una declaración dirigida a producir determinados efectos jurídicos, por el contrario, el silencio administrativo se produce cuando la administración se abstiene de expresar una declaración, de tal modo que demuestre ante el administrado un comportamiento ambiguo vago y equívoco del cual no puede inferirse ni interpretarse expresión volitiva alguna. Como tal, el silencio administrativo no constituye un acto administrativo, sino que trata de un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas (Benalcazar Guerrón, 2007).

Sin desmerecer lo mencionado por la Corte Nacional de Justicia, AGUSTÍN GORDILLO en su obra, *Tratado de derecho Administrativo* menciona, que para ser considerado como acto de la administración propiamente tal, no solamente debe poseer efectos jurídicos, sino que de “*la actividad administrativa tiene que colegirse efectos jurídicos directos*”(Gordillo, 2017). De manera que excluye de su análisis toda actividad “*no jurídica*” como lo explica ENRIQUE SAYAGUÉS, en su obra *Tratado de derecho administrativo*, mismo que utiliza la expresión “*no jurídica*” como elisión del acto jurídico que “*no produce efectos jurídicos directos*”(Sayaguez Laso, 2010). En base a las considerado por Sayagués, GORDILLO afirma que la naturaleza del acto administrativo se fundamenta requisitos indispensables, que son: *i)* la voluntad de la administración activa; *ii)* debe producir efectos inmediatos, es decir, que el acto emanado por la administración debe ser suficiente para producir efectos jurídicos directos, y no constituirse facilitador o intermediario a modo de “actos preparatorios”. Por ejemplo, el informe de un inspector de Minas sobre una empresa que ejerce una concesión para la explotación de recursos naturales, mismo que puede colegir los inconvenientes e inobservancias en torno a los protocolos ambientales, tal informe se constituye un acto preparatorio, pues el perito no tiene la facultad para determinar sanciones a través del mismo informe. De manera que los efectos jurídicos del acto administrativo han de emanar directamente del acto mismo: sólo entonces son inmediatos.

Es de relevante importancia la diferenciación que se otorga debido a la experiencia jurídica Argentina en torno a la autorización de la firma electrónica o digital, mismo que a través del decreto 427/98, dispone en el artículo primero tal escisión terminológica, al privar de su aplicación a “*los actos internos [...] que no produzcan efectos jurídicos individuales en forma directa*”(427/98, 2017), es decir, que excluye los actos administrativos preparatorios; y como tercer elemento, *iii)*, este debe ser impugnado administrativamente y judicialmente. Este elemento, provee solo un punto a favor del silencio como acto de la administración, debido a que tal es impugnado de los efectos que produce, no obstante, no recoge el primer requisito, provenir la voluntad de la administración activa, en este caso sería una consecuencia de la inacción de la administración.

De manera que se respeta la tesis del silencio propiamente tal, que a pesar que produce consecuencias jurídicas, y de las misma puede ser impugnado, al no existir un pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa, no concurre el primer requisito que refirió GORDILLO, esto es “provenir de la voluntad de la administración activa”, sino que

el silencio colige la inactividad ante la pretensión del administrado. En base a los argumentos expuestos, el silencio administrativo se define como *hecho administrativo* al cual “*la ley otorga consecuencias jurídicas, cuyo objetivo es asistir a la situación de desprotección, indefensión e incertidumbre que origina el ente administrativo, cuando este no se pronuncia, ni resuelve sobre la pretensión solicitada por el administrado, en el plazo que establece la norma*”(Gómez de La Torre, 2004).

1.14 Efectos del silencio administrativo

El silencio administrativo no se encuentra definido concretamente por el numeral segundo del artículo 201 Código Orgánico Administrativo, no obstante, se complementa como un mecanismo subsidiario para dar por finalizado el procedimiento administrativo. La inacción de la administración se sustituye por la voluntad que ejerce la ley, sea que lo manifiesta de manera positiva o negativa de manera expresa en la ley. De manera que la voluntad de la ley suple frente al silencio de la administración, y este se ejecuta de acuerdo a los requisitos formales que establece la ley. EL Jurista José Araujo Juárez señala que no valdrá del mismo “*interpretaciones vía analogía o extensiva*” (Araujo Juarez, 2017).

El silencio de la administración se configura en una ausencia expresa de voluntad, que constituye un incumplimiento por parte de la administración. La inoperancia de la administración y la activación del silencio administrativo se justifica por el paso del tiempo que prescribe la ley, ante las peticiones administrativas, (Araujo-Juárez, 2008: 971 y 984), que la inacción deberá considerarse estimadas o desestimadas por el imperio de la ley.

1.15 Silencio administrativo positivo

La legislación ecuatoriana ha determinado los requisitos esenciales para que se configure el silencio administrativo positivo, mismo que se interpreta por ministerio de la ley, que la petición ha sido aceptada. Dentro del juicio Nro. Juicio No. 0439-2010 la Corte Nacional De justicia, mencionó lo que la doctrina refiere sobre los requisitos que deben asistir para que sea plausible el silencio administrativo positivo: “*i) Que se fundamente en una disposición legal expresa, sin que valgan interpretaciones por vía analógica o extensiva. ii) el no ejercicio del derecho al veto de la administración, cuando se trate autorizaciones o aprobaciones. De no existir un pronunciamiento previo, se estima que se configura una renuncia a la facultad administrativa de resolver*”(Resolución No. 0456-2014, 2010).La

Obiter dicta de la resolución planteaba un requisito sustancial referente a la naturaleza de lo peticionado, esto es, que no se encuentre “afectado de nulidad o sea contrario a derecho”. Sobre este requisito, la Segunda Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia, resolvió inadmitir la demanda interpuesta por los señores Ernestina Rosalía, Arutam Cristóbal y José Salvador Akintiua Chup, en contra de la Policía Nacional, que transcurrido los 15 días que establecía la ley de modernización, manifestaron haber operado el silencio administrativo positivo en favor de los solicitantes, esto es, el pago de indemnización por responsabilidad del Estado en la muerte de su padre. La decisión del Tribunal Contencioso administrativo consideró que no se cumplieron los requisitos que establece la ley, para que pueda operar el silencio administrativo positivo, de manera que, adolece de nulidad, por cuanto no se cumplió con la citación al Procurador General del Estado.

Los actores interpusieron recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mismo que resolvieron no casar la sentencia, por considerar, “*que la solicitud de los actores no podía ser aceptada vía silencio administrativo positivo*”. La resolución de la Corte Nacional de Justicia, reverenciaba los requisitos legales establecidos en la ley de modernización, mismo que requería, la certificación emitido por la unidad que incurrió en la mora, que fue reformado en el COA, estableciendo como requisito una declaración juramentada.

El Consejo de Estado Colombiano, en la sentencia del 16 de abril de 1993, sobre los supuestos que opera el silencio administrativo positivo, refiere admitir “*solo en los casos que la ley lo establezca de manera expresa*”(Consejo de Estado, 1993). La necesidad que devela la jurisprudencia Colombia, refiere que es deber de la ley delimitar los supuestos para que opere el silencio administrativo. La Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia, resolución Nro.195-99, Caso Otatti Cordero Vs Municipio de Guayaquil, referido también en la resolución Nro.321-97, de la sentencia de 10 de diciembre de 1997, Caso Apis vs. Ministerio de Energía y Minas; y la resolución 169-98, de sentencia de 13 de julio de 1999, Caso Fernando Ottati Vs Municipio de Azogues, mismo que expusieron que para el silencio administrativo produzca un derecho autónomo, la ley debe conferirle tal efecto. La voluntad de la administración en cuanto el silencio administrativo se considera tácito, pero se confiere expresa en cuanto la ley lo dispone.

1.16 El silencio administrativo negativo

El silencio administrativo negativo opera cuando de la inactividad de la administración, y cumplidos los plazos que establece la normativa legal, la misma ley dispone la desestimación de lo petitionado, favoreciendo al administrado “acceder al recurso contencioso administrativo” (García de Enterría E. &, 2011) Podría entenderse que la figura del Silencio Negativo le da la posibilidad al administrado de interponer un recurso en sede jurisdiccional, ejercitándose así el derecho a la defensa, por otro lado no excluye el deber de la administración de resolver sobre las peticiones formuladas por los administrados. Para Benalcázar el silencio “no otorga ni resta ningún derecho del administrado “debido a que se trata de una ficción legal de efectos exclusivamente procesales. (Benalcázar, 2008). En lo pertinente, el Código Orgánico Administrativo no refiere de manera expresa la figura de un silencio administrativo negativo, sin embargo, por sus efectos se considera implícito en el mismo código. En el marco jurídico procesal administrativo ecuatoriano, el silencio administrativo positivo, es la regla general, sin embargo, no existen actualmente reglas que observen la denegación tacita –como se lo conoce al silencio administrativo negativo- frente a peticiones de primer nivel.

El caso jurídico conocido de silencio administrativo negativo, radicaba en el artículo 52 de la “*Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo*”, referente a la solicitud de permisos de construcción, o propiedad horizontal tramitados en los municipios; sin embargo, mediante la Disposición transitoria Quinta de la “*Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos*”, se resolvió cambiar el silencio de la administración en sentido negativo a positivo. También se observa la negación tacita en lo que reza del artículo 48 de la Ley Orgánica del Régimen Especial de la Provincia de Galápagos”, mismo que establece que “*la demora del despacho referente a la solicitud de algún usuario, con objeto de obtener una calidad migratoria, no favorecerá derechos al solicitante*”(Asamblea Nacional, 2015), sin perjuicio de las disipaciones sancionatorias al funcionario que por acción y/u omisión incurrió en la demora del mismo y la destitución del mismo.

No obstante, el COA ha reglado el *silencio administrativo negativo* como consecuencia de la inacción frente a los *recursos administrativos*, estos son: a) el recurso extraordinario de revisión; b) la petición de suspensión de ejecución del acto administrativo al presentar la

impugnación; c) el recurso de revisión ante la Contraloría General del Estado, que resultado de la denegación, posibilita el ejercicio facultativo que tiene el administrado para recurrir en sede jurisdiccional Contenciosa Administrativa. En el segundo caso –*la petición de suspensión de ejecución del acto administrativo al presentar la impugnación*– el estatuto de Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva –en adelante ERJAFE–, disponía la sobre el mismo objeto en el artículo 189, dándole como resultado un *“sentido positivo ante la inacción”*(Asamblea Nacional, 2002), reforma que significa un retroceso garrafal en materia administrativa.

Para los profesores García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, afirman que esta *“negación tácita por parte de la administración es una ficción legal”*(García de Enterría & Fernandez, 2017) –criterio que supero la consideración de acto administrativo en virtud de la extinta ley LPC 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vigente en España hasta 1999 que consideraba la negación tácita como un acto administrativo–, cuyo efecto es permitir al administrado dirigir la queja o reclamo a la vía jurisdiccional pertinente. En el marco Ecuatoriano, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en la Resolución 252-2012, hace referencia del caso en el considerando CUARTO, mismo que señala: *“El silencio administrativo no es un acto administrativo (...) no cumple con los requisitos que él requiere, careciendo del elemento esencial que es la voluntad de producir derechos u obligaciones, el silencio administrativo corresponde a una omisión”*(Corte Nacional de Justicia, 2012).

1.17 El silencio administrativo negativo ¿principio o regla de excepción?

La Disyuntiva en cuanto al silencio administrativo negativo, positivo y el derecho de petición persevera en la deontología formal que corresponde hacia un criterio formalista de la inacción. Por un lado, está el deber imperioso de la administración de pronunciarse sobre los requerimientos formulados por los administrados, con claridad, objetividad, en atención al principio de motivación, por otro lado, el silencio administrativo se confiere estimado, únicamente en los casos que la ley determina. No obstante, el silencio administrativo negativo, tampoco posee una regla expedita, es decir, que de no existir determinada normativa que estime aceptada tal petición, la inacción se configure como regla aplicada de manera general.

La experiencia jurídica francesa contestó esta interrogante afirmando el silencio administrativo negativo como regla general, aplicado a los casos que el efecto estimatorio conferido por la ley no alcanzara prever. El Consejo Constitucional Francés a través del fallo Nro. 69-55L de 26 de junio de 1969, estableció el silencio de la administración con efectos negativos al estadió de Principio General del Derecho, que se deroga por intermedio de decisión del poder legislativo; este carácter fue reconocido mediante el fallo Nro. 69-57 L, de 24 de octubre de 1969, sobre la aplicación retroactiva de una disposición reglamentaria que eximia a los antiguos alumnos de la Escuela Politécnica, reembolsar tasas académicas que se conferían al estado. El Consejo Constitucional francés estimó que tal disposición era contraria a la competencia reglamentaria; de manera, que afirmaba que las facultades reglamentarias de la administración (en este caso tributaria) no podía subrogar las funciones del órgano legislativo, que era el único que podía establecer reglamentos de excepción, en cuanto a los principios generales del derecho.

El silencio de la administración confiere efectos que necesariamente deben ser previstas en la ley. La legislación ecuatoriana es ortodoxa y comisionada en el deber que ejercen su facultad resolutoria, no obstante, parecería que la ausencia de este configura una regla general de estimación en sentido positivo. PATRICIO CORDERO en su obra "*El silencio Administrativo*" menciona una extensiva al derecho de interpretación favorable al contenido del silencio administrativo, es decir, "de no existir, ley expresa que niegue o acepte la petición, se entenderá aceptada"(Cordero Ordóñez, 2009).

RAFAEL BIELSA afirma que "el silencio administrativo no previsto en la ley, debe ser entendido como negativo"(Bielsa, 2017), criterio que comparte PENAGOS Y GUILLEN, con el fin de "buscar la preservación del interés general"(Cano Campos, 2009). No obstante, diversos autores consideran que la mera ausencia de voluntad, debe ser considerado, como tal, por lo tanto, el efecto positivo o negativo provienen del carácter que le otorgue la ley. ZANOBINI reflexiona sobre este punto quien manifiesta categorías propias sobre el silencio, que pueden ser: "*i) positivo, ii) negativo; y iii) el mero silencio*" (Zanobini, 2020); por lo tanto, de la norma es aquella que prescribe las condiciones que permiten deducir la voluntad tácita de la administración ante el silencio, por lo tanto, sin la intermediación normativa que el confiera el legislador, todas las circunstancias de inacción que la administración incurra, se configura en mero silencio.

El mero silencio por sí solo no puede atribuir efecto alguno, sino que la norma asegura el derecho de manera prescrita. Sobre la capacidad del silencio, este se considera como un “*comportamiento inexpresivo, estático y ambiguo*” (González Navarro, 2006) sin la norma.

No obstante, el carácter de principio general otorgado al silencio negativo persevera en los homólogos latinoamericanos que defienden el silencio de la administración con efectos negativos, entre ellos: i) *el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de lo Contencioso Administrativo de Colombia*, mismo que en su artículo 83, refiere que se aplicará el silencio administrativo negativo “para las peticiones que no hayan recibido respuesta expresa”, por otro lado, el artículo 84 de la misma ley afirma que, silencio positivo se aplica como regla de excepción. Este criterio jurídico, no se aparta de lo expresado por: ii) el artículo décimo de *la ley de Procedimiento Administrativo de la Nación Argentina*, mismo que refiere que el “*silencio o ambigüedad*” referente a las pretensiones del administrado se entenderán negadas, únicamente mediante ley expresa se puede acordar silencio administrativo con efectos negativos. En ambos casos, el legislador es quien se encarga de determinar de manera independiente, los efectos de la inacción de la administración, sin embargo, este no atribuye gravamen hacia alguna de ellas, en especial el silencio con efectos positivos.

1.18 El silencio administrativo negativo ¿garantía o gravamen?

El silencio administrativo negativo en Francia nace como una garantía a favor del administrado, cuyo objeto consistía en conceder acceso del administrado a dirigir el reclamo o queja, ante la justicia ordinaria, ante la inoperancia del órgano administrativo, cuyo mero silencio no confería negación o aceptación alguna. Es común considerar, con el neo constitucionalismo, la inacción de la administración relativamente se atentatorio a los derechos fundamentales, y demás valores axiológicos no pendenciales. La Corte Constitucional ecuatoriana reconoció el derecho de petición, sobre la negación tacita, mismo que hizo referencia la doctrina constitucional Colombiana, mismo que señala a modo de principios: i) *el derecho de petición radica en la obligación que tiene la autoridad de pronunciarse de manera pronta y oportuna*; ii) pronunciarse sobre cuestiones de fondo; iii) la resolución de la administración no implica que la respuesta sea favorable; iv) el derecho de petición no es satisfecho con la con el silencio administrativo con efectos negativos.

1.19 El silencio administrativo negativo y la seguridad jurídica

Históricamente el silencio administrativo negativo se configura como un elemento misional al mero silencio de la administración, y como garantía de acceso a la justicia. Andrés Moreta asegura que el silencio administrativo negativo se encuentra “*sustentado en la seguridad jurídica, debido a que intermedia ley expresa que para su efecto negativo*”(Moreta, 2020). La ley 30/1992. Española de del Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, que fue la base sobre la cual, se actualizó la Ley de Modernización, establece en su preámbulo que el Silencio Administrativo positivo y negativo, son instituciones jurídicas que “*impiden que los derechos de los Particulares se vacíen de contenido*”, cuando la administración no atiende de manera eficaz y con celeridad. De manera que, atendiendo a su sentido histórico, la aplicación el silencio administrativo negativo no se considera gravamen, sin embargo, con el nacimiento del Constitucionalismo, y la preponderancia de los derechos constitucionales, pareciera que encierra la inacción de la administración como tendencialmente violatoria de derechos, no obstante, para autores como Moreta, Bielsa, Penagos Y Guillen, el silencio administrativo se constituye de suma importancia para garantizar el interés general. Quienes podría entenderse, que la aplicación del mismo, en ninguna forma niega el derecho de petición, ni la seguridad jurídica, no obstante, los derechos constitucionales son aleatorios en cuanto a su contenido, y son de inmediato cumplimiento, por consiguiente, se constituye un imperativo el deber que tiene la administración de pronunciarse sobre las proposiciones y reclamos de los administrados de manera eficaz y motivada.

La Corte Constitucional del Ecuador sobre la seguridad jurídica reflexiona, en el cual hace constar un ideario constitucional, entre ellos: “*i) la seguridad jurídica es un derecho; ii) que las normas infra constitucionales se adecuan de manera armónica con los preceptos constitucionales; iii) deben ser clara y públicas*”(045-15-SEP-CC , 2011). Mediante este particular enunciado, de publicidad se entiende que las normas infra constitucionales son claras y de conocimiento público, y mediante esta se recrea la llamada ficción de “certeza jurídica”, en el cual se asienta el poder ciudadano, y el deber de las autoridades públicas, en ejercer sus funciones administrativas dentro del marco jurídico y acatarlos.

En el marco de la seguridad jurídica y el debido proceso la Corte Constitucional ecuatoriana manifiesta que: “i) *se entiende garantizada la seguridad jurídica cuando se concreta el respeto al debido proceso*”(Sentencia Nro. 067-14-SEP-CC, 2010); es decir, que existe seguridad jurídica cuando se aplican las normas de manera debida todos los procesos judiciales; ii) los fallos emitidos por las autoridades jurisdiccionales deben hacer uso del compendio de normas, que son la Constitución, los Derechos humanos y la las leyes (orgánicas y ordinarias); iii) la correcta aplicación de las normas antedichas, crea la seguridad jurídica. Sobre este tercer punto La Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia Nro.039-14-SEP-CC—sobre este tercer punto- aclara de manera manifiesta sobre la *compleción de las normas referente a la seguridad jurídica*, afirmando que “el respeto de la Constitución, como norma jerárquicamente superior confiere garantizar a la seguridad jurídica”. Es decir, antepone la Constitución ante las prerrogativas de cualquier norma infraconstitucional.

De lo mencionado anteriormente, el silencio administrativo negativo: i) *cumple con el criterio de claridad y publicidad*, por lo cual entiende socialmente conocido; ii) el silencio administrativo negativo no priva al administrado el derecho al acceso de la justicia, tampoco limita al derecho de debido proceso, sino que habilita al administrado –que no tiene una contestación clara por parte de la administración-, ejercer su reclamación en sede jurisdiccional. No obstante, no puede inobservar la idea del carácter permisivo de la norma, hace referencia hacia una vía que elude la responsabilidad de la administración para pronunciarse de manera motivada sobre el fondo del asunto. Entendido de aquella manera, los defensores del silencio administrativo negativo, perseveran en los principios clásicos del silencio administrativo, mismo que de la inacción de sobreentiende un desconocimiento total.

1.20 Constitución de 1830

El derecho de petición se encuentra consagrado desde la Constitución de Riobamba de 1830, sin embargo, ningunas de estas prescribió el silencio administrativo, como excepción a las normas téticas. En 1919, mediante la reforma a la Ley de Régimen Administrativo Interior de 1897, se estableció como mecanismo de impugnación de actos administrativos, el recurso de queja ante el Consejo de Estado, no obstante, la inacción por parte de la misma institución, no acarrearía ningún efecto. Desde la Constitución de 1945, se expide la

Ley de Régimen Político Administrativo, se consagró la competencia para resolver controversias de índole administrativas en el Tribunal Constitucional, mismo que eliminó al Consejo de Estado, a quien correspondió dirimir determinados conflictos entre la administración y los administrados. Se instaura el silencio administrativo negativo, mismo que de la inacción de la administración por un periodo de treinta días, se deberá entender negado lo peticionado.

1.21 Constitución ecuatoriana de 1967

Desde la Constitución de 1967, a través de la Ley de Jurisdicción contencioso administrativo de 1968, se instauró el Tribunal Contencioso Administrativo, mismo que absorbía las competencias heredadas desde el Consejo de Estado y su antecesor, el Tribunal Constitucional, sin haber modificaciones relevantes en cuando a sus facultades. Desde la Ley de Modernización del Estado de 1993, se ejerce un cambio significativo en cuanto a la inacción y el derecho de Petición, se modifica los efectos de la inacción de negativo a positivo, y disminuye los plazos para que opere el silencio a 15 días. Con el establecimiento del Código Orgánico General de Procesos el silencio administrativo se constituye en un “acto presunto” que funciona como título de ejecución; sea que el procedimiento inicie a petición de parte u oficio.

1.22 Constitución de 1906

Desde la Constitución de riobambeña de 1830, y las diecinueve constituciones subsecuentes, el derecho de petición no observa reglas de excepción, con efectos jurídicos de negación o aceptación que resultan de la inacción de la administración, sino que se constituye un derecho de los ciudadanos a recibir de manera expedita contestación a sus requerimientos y de manera oportuna. De manera, que los efectos producidos por la inacción de la administración, no provienen por mandato Constitucional, sino que sus reglas provienen de extrema legalidad.

Desde los orígenes de estado ecuatoriano, el estado ecuatoriano contaba con el Consejo de Estado –una institución replegada del sistema administrativo francés-, sin embargo, se encontraba ausente de normas que regularan el accionar de la administración. Se constituyó partidario de la decisión ejecutoria previa, mismo que establecía el silencio la lato de la administración, pero sin efectos positivos o negativos que el Consejo de Estado

podiera resolver, tampoco reglaba la impugnación ante los órganos judiciales, pues no existía decisión al cual podía impugnar. Siendo un sistema circular y blindado en favor de la administración. Con la Constitución de 1906, y la Reforma a la Ley de régimen Administrativo Interior de septiembre de 1919, se otorgó competencias en materia contenciosa administrativa al Consejo de Estado. Según lo previsto en la ley de Régimen Administrativo Interior de 1897, el Consejo de Estado ejercía solo competencias consultivas del gobierno central, con la reforma de 1919 –del artículo 3 Adherido al artículo 13-, se otorgaba la competencia para resolver sobre el recurso de queja, en contra de funcionarios, autoridades o corporaciones del orden administrativo al Consejo de Estado, al cual correspondía resolver los conflictos según *“lo que estime Justo”*(Nacional, 1919), expresión que responde a la función de la relatoría tradicional, que actúa en base a principios axiológicos y se ejerce en audiencia controvertida. Sin embargo, no se observa una solución práctica en cuanto a la inacción de la administración, so pena de ejecutar una declaratoria de aceptación, menos existía una negación, por lo tanto, la queja consistía en el resultado del ejercicio probatorio y controvertido en audiencia, y con la práctica de las pruebas, conferidas dentro del término de 8 días.

1.23 Constitución de 1945

Dictada la Constitución Política de 1945, mismo que eliminaba el Consejo de Estado, y sus competencias fueron conferidas al Tribunal de Garantías Constitucionales, además se expidió la Ley de Régimen Político y Administrativo de agosto de 1945, la cual, por primera ocasión instauraría el silencio con efectos negativos, mismo que establecía en su artículo 112 *“se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo en que la ley señale un plazo mayor”* (Congreso, 1945), además establecería como requisito para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, agotar los recursos administrativos previos.

1.24 Constitución de 1967

Desde la constitución de 1945, se recrea el Consejo de estado, como antes de la reforma de 1945, que se mantendría hasta la Constitución política de 1967, quien sustituiría al Consejo de Estado de manera definitiva por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

con el fin de definir las competencias del Tribunal Contencioso Administrativo, se expidió la ley 35 o Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968, mismo que mantendría agotar los recursos previos como requisito para activar la jurisdicción Administrativa, y el silencio administrativo negativo, casi una copia del artículo 112 de la ley de Régimen Político y Administrativo de la Republica de 1945. Con el artículo 13 de la Ley Orgánica de Ministerio Publico de 1967, se reformó el término en que los órganos administrativos deberían de pronunciarse sobre las reclamaciones de los administrados, pasando de treinta a sesenta días (Ley Orgánica de Ministerio Publico, 1967). No son precisos los motivos que conducen a la ampliación del tiempo para resolver sobre las reclamaciones, no obstante, se mantiene el efecto negativo como resultado de la inacción.

1.25 Constitución de 2008

El derecho de petición se constituye en una garantía de rango Constitucional establecido en numeral 23, artículo 66 de la constitución de la República del Ecuador, que establece el derecho a dirigir *“quejas y peticiones individuales y colectivas”*(Constitucion de la República del Ecuador, 2008), bajo premisa de motivación, como fundamento del control de legalidad y legitimidad de los actos del poder público. La doctrina constitucional hace referencia al valor axiológico de los derechos fundamentales, definido como los *“derechos subjetivos propios de la persona (status homine)”*(Ferrajoli, 1999), es decir que por su calidad humana es acreedor de los derechos todos que el estado es Garante, cuyo deber estratégico y/o principal es cumplir y hacer cumplir con los derechos establecidos en la Constitución.

Este derecho de petición según la Constitución del 2008 se enmarca en el ejercicio mismo de las facultades subjetivas del administrado para dirigir petición ante los órganos y autoridades públicas bajo consideraciones estrictamente formales. El tratadista Dugit afirma que este derecho de petición es aquel que se *“ejerce por escrito, mismo que expone opiniones, demandas o quejas”*(Dugit, 2017), además, como lo afirma MARCELO COSTA *“esta petición debe ser conforme al orden legal”*(Costa, 2017), conminando al órgano público a la *“contestación y/o absolucón de lo requerido”*(Rebollo, 2002), siempre y cuando este sea procedente.

1.26 Ley de Modernización del estado

La ley de Modernización del Estado –en adelante LME- de 1993 introdujo dos reformas importantes en cuanto a los efectos del silencio y la obligatoriedad de agotar los recursos disponibles para acceder a la jurisdicción administrativa. La LME introdujo el efecto positivo al vencimiento de quince días de presentada la reclamación (artículo 28) –salvo que otra ley disponga algo diferente-; además se eliminaron los recursos en sede administrativa para acudir ante la judicial (artículo 38).

1.27 Código Tributario

En materia Administrativo Tributaria, hasta 1993, el artículo 102 del Código Tributario aplicaba el silencio administrativo Negativo, que, por ausencia de resolución expresa por parte de la administración tributaria, transcurridos el plazo establecido por la ley, debería entenderse como “negativa tácita” al pedido del administrado. El artículo 127 del Código tributario explicaba que existía “denegación presunta cuando las resoluciones no cumplirán con los requisitos esenciales”, entendida denegación tácita. La ley de Modernización del Estado, incorpora por primera ocasión el silencio administrativo con efecto positivo en el derecho administrativo ecuatoriano, no obstante, la Ley 51, publicada en el Registro Oficial Nº 349 del 31 de diciembre de 1993, dispuso desde fecha 1 de enero de 1995, la obligación de resolver en 120 días, respecto a los reclamaciones y recursos, aplicable a los casos que prescribe el Código Tributario y la demás legislación conexas. Sin embargo, el código tributario establecía que sus disposiciones legales estaban por encima de cualquier otra norma de carácter general o especial, lo que generaba zozobra en cuanto a la aplicación de preeminente de la Ley de Modernización o el Código Tributario.

De lo extraído por (López, 2009)

Nuestra jurisprudencia ha establecido que cuando exista una ley contradictoria al Código Tributario, no importa que esta no sea específicamente tributaria y exprese que se van a innovar o cambiar las leyes tributarias, porque el artículo 2, ibídem, no pueden limitar la facultad legislativa del Congreso Nacional establecida en el artículo 130, numeral 5, de la Constitución, por lo tanto, es aplicable en materia tributaria el silencio administrativo positivo a favor de los sujetos pasivos.(p.313)

Este paso por la historia de esta institución nos conlleva a examinar la actualidad del silencio administrativo en el Código Tributario. El silencio administrativo se afirma en el derecho de petición, de manera que en materia administrativa tributaria nace la facultad resolutoria en virtud del artículo 132 del código tributario, que se extendía a las formas de ejercer el derecho de petición a través de la solicitud, reclamación, recurso o consulta. No obstante, el mismo código tributario se encargaría de establecer el termino para interponer los recursos o reclamaciones referente al acto impugnado, aplicable a los gobiernos autónomos seccionales, el gobierno central y de excepción, siendo este de veinte días (artículo 115), aplicable para los títulos crédito, que la administración tributaria debía contestar en un plazo de 120 días contado del acuso de recibo del reclamo (115 y 132 del Código Orgánico Tributario). Pasados los 120 días sin que se hubiese emitido resolución alguna y acorde a lo estipulado en el artículo 134, opera el silencio administrativo.

En el caso de las consultas, éstas deben ser subsanadas en el plazo de 30 días, no obstante, por la naturaleza de la consulta y puesto que por medio de éstas el contribuyente no podría dejar de cumplir con sus obligaciones, no aplica el Silencio Administrativo, sin embargo, parece ser que si en verdad, la consulta no es un medio de defensa al cual puede apelar el contribuyente, antiguamente podría usarse como un medio de incidencia jurídica para ciertos casos. (Benalcázar, 2004) dice:

El texto del antiguo inciso segundo del artículo 102 del Código Tributario, disponía lo siguiente: <<Cuando para determinadas consecuencias jurídicas se exija resolución de la administración, el silencio de la autoridad no puede suplirla>>. Esta norma fue inexplicablemente eliminada en la codificación del Código Tributario que está vigente. Aquella norma no consta en la codificación, sea cual fuere el régimen jurídico del silencio administrativo, era acorde con ciertas instituciones, que, por su naturaleza jurídica y finalidad, requerían necesariamente de una respuesta expresa de la administración. Este sería el caso preciso de la consulta tributaria. (p.120)

Otra figura en la cual no aplica el silencio administrativo, por lo menos en la legislación nacional, es el recurso de revisión. El artículo 143 del Código Orgánico Tributario señala que el Recurso de Revisión es, por naturaleza, un recurso extraordinario, el cual a insinuación del contribuyente se presentará ante las autoridades máximas de las administraciones tributarias. Puesto que este recurso permite impugnar actos firmes, es

decir actos de los cuales los contribuyentes no presentaron reclamación alguna dentro de los plazos señalados en la ley, su presentación puede realizarse dentro de 3 años contados desde la fecha en la cual el acto se volvió firme (no en todos los casos) y su resolución debería hacerse inmediatamente después de concluido el sumario (mínimo 5 días, máximo 20), no obstante en la práctica, muchos de los recursos de revisión llevan años sin ser resueltos, sin que de por medio exista u opere el silencio administrativo, cosa que como criterio personal vulnera la seguridad jurídica de los administrados.

En el Código Orgánico de la Producción, norma expedida mediante Registro Oficial, N° 351, suplemento del 29 de diciembre del año 2010, se refiere también al silencio administrativo, concediendo 60 días, a fin de que el Director General o los Directores Distritales de la SENA, resuelvan los reclamos propuestos a ellos. En cuanto al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Registro Oficial N° 303 de 19 de octubre de 2010, otorga facultad discrecional a los gobiernos autónomos descentralizados para que sean estos mediante acto normativo y de acuerdo a los niveles de gobierno, quienes fijen el tiempo en que deben evacuarse los reclamos presentados ante ellos, no obstante, establece un plazo máximo de 30 días para su resolución.

1.28 Código Orgánico Administrativo

Al tenor del legislador, se promulgó el Código Orgánico Administrativo de fecha siete de julio de 2020, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial Nro.31, –finalizada con la objeción parcial presentada por el presidente de la Republica, en la sesión de fecha 20 de junio de 2017-, mismo que la Asamblea Nacional conociendo y pronunciándose sobre el mismo, dispuso la Publicación en el Registro Oficial, del texto legal denominado “Código Orgánico Administrativo” (en adelante COA). Este código tuvo como objeto simplificar los trámites administrativos y garantizar la eficacia de los mismos, organizando el ejercicio de la función administrativa de las entidades públicas, través de la codificación de los procedimientos administrativos (sede administrativa), y estableciendo en el artículo 42 la *“relación jurídico administrativa entre la administración pública y los administrados”*(Asamblea Nacional, 2017),es decir, que las disposiciones contenidas en el antedicho código no se aplica para los procesos en que se sustanciarán en Sede Jurisdiccional.

De esta relación entre las personas y la administración pública, el mismo código refiere los principios, derechos, deberes y ámbitos de aplicación, corresponsales en materia administrativa.

Con el Código Orgánico Administrativo, derogó de manera expresa la Ley de Modernización del estado, mismo que amplió el término para que la autoridad administrativa resuelva de quince a treinta días; mismo que sustituía el requisito de certificación del vencimiento emitido por la autoridad que incurrió en la mora, por una declaración juramentada con el acuso recibido de la administración, como medio de verificación del cumplimiento de los términos. El código orgánico Administrativo presenta un procedimiento para la ejecución del silencio mismo que consta de diversos requisitos formales, cuyo conocimiento se sustanciaría Tribunal Distrital de los Contencioso Administrativo; e innovando el sentido cuando se verifica de manera espacial la inacción del ente administrativo, no solo puede ser ejecutable por el recurrente, sino que puede ser promovido de oficio.

El silencio administrativo negativo no se encuentra prescrito en la norma de manera expresa, podría dirimirse que el silencio administrativo positivo es la regla general, no obstante, la denegación tácita se encuentra implícito en el efecto de la inacción de la administración, en la forma de los recursos. Es decir, en el marco de las solicitudes de primer nivel, la inacción no constituye silencio administrativo con efectos negativos, a diferencia de lo que disponía, la Ley Orgánica de Ordenamiento territorial y Uso de Gestión del suelo, en cuanto a las solicitudes de permisos de construcción, propiedad horizontal, que se tramitan ante los Municipios. Esta ley fue reformada por la Ley Orgánica para la Optimización y eficiencia de los Trámites administrativos, mismo que cambiaba el efecto de negativo a positivo.

Por otro lado, se encuentra regulado la denegación tácita en cuanto a los recursos, entre ellos: i) *del recurso extraordinario de revisión*; el Código Orgánico Administrativo lo prescribe, en el artículo 233, mismo que señala “cumplido los veinte días desde su presentación, y no es admitido a trámite se entiende desestimado”, además, en el artículo 234 manifiesta “siendo este admitido, y no es resuelto en un plazo de un mes, se entenderá desestimado”. Para tratadistas como Juan Benalcázar Guerrón, defiende la idea de la denegación en caso del recurso extraordinario de revisión, que se encuentra respaldada en la jurisprudencia. Para Moreta por tratarse de un recurso y no una instancia de impugnación,

de ser considerada positivo, sería atentatoria a la seguridad jurídica y la estabilidad de los actos administrativos; ii) la petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo al presentar la impugnación; según el artículo 229 del Código Orgánico administrativo, establece que de los argumentos materia de impugnación se deduce causales de nulidad de pleno derecho del acto, de no obtenerse respuesta en el término de tres días, se entenderá denegado.

No obstante, el artículo 189 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establecía el silencio con efectos negativos. Para algunos teóricos significa un retroceso cabal. *iii) el recurso de revisión ante la Contraloría General del Estado*, mismo que se encuentra reglado por el artículo 85 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado, que dispone la denegación tácita en cuanto a falta de respuesta expresa sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro.

El silencio administrativo positivo opera en las peticiones, solicitudes, y/o reclamaciones por parte de la administrado a la administración, constituyéndose este la regla general. No obstante, existen normas que de manera excepcional niegan la regla general en casos particulares, un ejemplo es el artículo 48 de la Ley Orgánica de Régimen especial de la Provincia de Galápagos, misma que hace referencia al a obtención de calidad migratoria, cuyo deber de la administración es otorgar respuesta en el lapso de 30 días, no obstante, si este no es contestado dentro del término previsto, no generara derecho alguno, lo que sobrentiende que se refiere a una denegación tácita.

Es importante destacar que la regla del silencio administrativo positivo aplica en cuanto dispone el artículo 207 del COA, en cuanto “peticiones, solicitudes y reclamos”. El artículo 127 del COA manifiesta que el reclamo es un medio de impugnación contra hechos o actuaciones de la administración pública, que se deducen en actuaciones materiales con efectos directos o indirectos en contra del administrado. Es tal caso, la naturaleza de la reclamación versa sobre hechos administrativos, por ejemplo, aumento de la planilla de la luz, u ocupación de un lugar por parte del municipio.

No se descarta que dichos hechos sea el resultado de actos administrativo. Sin embargo, el reclamo administrativo que de la inacción dará lugar al silencio administrativo positivo, versa de los hechos que no hayan sido intermediados por vía de un acto administrativo. De

manera que no hay confusión entre impugnar un hecho e impugnar un acto. La reclamación del cual se deduce silencio administrativo positivo al configurarse la inacción, es aquella que intermedia un mero hecho administrativo, por otro lado, la impugnación a un acto administrativo no se lleva cabo mediante reclamación, sino mediante recurso, que de la inacción del mismo no procede silencio administrativo positivo.

1.29 Ley 39/2015 (legislación española)

La legislación española recoge el silencio administrativo positivo como regla general, de manera que el silencio negativo configura reglas de excepción que se materializan de manera suscitan como la ley lo establece. El artículo 24 de la ley 39/2015, precisaba un catálogo de excepciones a la regla del silencio administrativo positivo, entre ellas: i) El procedimiento de ejercicio del Derecho de petición; ii) los procedimientos relativo a la transferencia del dominio público; iii) de las actividades que pueden dañar al medio ambiente; iv) los procedimientos de responsabilidad patrimonial; v) los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones; vi) procedimiento de revisión de oficio iniciado por el solicitante; vii) las de legislación seccional o sectorial; viii) supuesto establecidos por la Unión Europea aplicable a España.

1.30 El procedimiento de ejercicio del Derecho de petición

El Consejo de Estado (España) criticó la extensión del silencio administrativo con efectos negativos, en la ley de 1992, a las “peticiones graciabiles sin amparo del ordenamiento jurídico”, y de la correlativa obligación de resolver los mismos. El Consejo de Estado en su dictamen Nro. 1076/1991, de fecha 31 de octubre de 1991, relativo al anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas, manifestó que no se debe aplicar el silencio administrativo a los supuestos ejercidos por el derecho de petición. De manera que, desde el mismo dictamen, el Consejo de Estado reverencia la idea que la administración posee el deber “resolver” de manera expresa.

Extrañaba lo manifestado por la ley de 1991, debido a que la falta de resolución expresa se encontraba relacionado con el ejercicio del derecho constitucional de petición, que arrastraba la ley 92/1960, de 22 de diciembre, cuya vigencia había sido reconocida por el tribunal Constitucional español en la sentencia STC 242/1993. que del articulo 11 numera 3 disponía “en cualquier caso deberá comunicarse al interesado la resolución que se adopte”.

En lo posterior, afirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo SSTS del 10 de abril de 1987, quien afirmaba el deber de resolver y la necesidad de asistir vía fiscalización jurisdiccional las resoluciones expresas o presuntas.

Con la ley 4/2001 se lograría delimitar la naturaleza del derecho de petición vista desde un concepto que dejaba fuera a las “solicitudes, quejas o sugerencias” a lo cuales se les atribuía un procedimiento distinto, y establecía el deber de “contestar” y no “resolver”, siendo notificadas en un plazo de tres meses (artículo 11, numera 1 Ley4/2001). Por otro lado, no proponía una vía desestimatoria a la falta de contestación a las peticiones formuladas a la administración, no obstante, figuró un mecanismo un sistema de protección jurisdiccional vía recurso de amparo, debido a omisiones o actuaciones de la administración que pueden ser: i) declaratoria de inadmisibilidad de lo peticionado; ii) omisión de la obligación de la contestación; y, iii) ausencia de contestación en cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 11 de la ley 4/2001.

La ley 4/2001 no fue partidaria de la desestimación presunta, no obstante, la ley de 2015, la recoge con el supuesto de silencio negativo vinculado al procedimiento de ejercicio de derecho de petición, en marcado a aquellas que no tienen respaldo legal, afirmado por la sentencia STS de 30 de abril de 2015, por la sala de lo Contencioso Administrativo.

1.31 Los procedimientos relativo a la transferencia del dominio público

Esta excepción a la regla del silencio administrativo positivo, se fundamenta en que: i) por su naturaleza, no pueden ser transmitidas mediante resolución la autorización del dominio, debido a que su transferencia se encuentra excluida desde el ordenamiento jurídico, ii) aplica a las demás facultades que por su naturaleza pueden ser objeto de transferencia. Para que opere la excepción, a solicita debe contener la petición de una facultad o un uso privativo al dominio público o al servicio público, considerado un contingente anormal, Un ejemplo claro, es que mediante solicitud el peticionario, no puede requerir una resolución favor de una concesión, debido a que este debe observar un procedimiento previo, no obstante, de poseer la concesión de manera legítima, y de solicitar determinada autorización para llevar a cabo un ejercicio concreto, este no aplica la regla de excepción.

1.32 Las actividades que pueden dañar al medio ambiente

Se justifica en la jurisprudencia de la Unión Europea, sobre la autorización de licencias libre del procedimiento previo de control ambiental. Además, esta excepción se fundamenta necesario, en cuanto a la existencia de un régimen estimatoria que confiere estimadas las peticiones vía silencio administrativo por regla general. La sentencia STC 70/2018 del Tribunal constitucional español, declaró parcialmente inconstitucional y nulo un precepto legal autonómico, que establecía el efecto estimatorio de la falta de resolución en los procedimientos de obtención de licencias de actividad, mismo que ratifico que dicha licencia se confiere previo al control preventivo ambiental.

1.33 Los procedimientos de responsabilidad patrimonial

El artículo 24 de la ley del 2015, incorpora la responsabilidad patrimonial, sin ninguna novedad, más bien ratifica las normas implícitas en el procedimiento común.

1.34 Los procedimientos de impugnación de actos y decisiones

Se dividen en tres estos procedimientos: a) los derivados del recurso de reposición; b) recurso de alzada; y c) extraordinario de revisión; los cuales en tanto en el artículo 122, 123.2, 126.3 de la ley de 2015, ratifica el efecto desestimatorio en ausencia de resolución.

1.35 Los procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud por parte de los interesados

Se encuentran ligados al efecto desestimatorio desde la ley 30/1992, acogido por la ley 35/2015.

1.36 Supuestos establecidos en normas con rango de ley: exigencia de razones imperiosas de interés general impuesta al legislados sectorial

Esta excepción genera controversia, debido a que, desde la reforma de 1999, la regla general del silencio administrativo con efectos positivos se reforzó, al exigirse que las excepciones debían tener rango legal. La controversia aumenta debido a que el legislador

sectorial, estatal, y autonómico, aprobaron varios supuestos al silencio administrativo negativo significando un espejismo cabal a la regla general (silencio positivo). No obstante, la referida capacidad exigencia del rango normativo, para invertir la regla general (silencio positivo) excluyó a las autoridades locales y los que gozaban de autonomía y de capacidad normativa.

1.37 La contraexcepción: el doble silencio sucesivo

Desde 1992 el ordenamiento procesal administrativo español lanza una regla, que se establecía que acordonaba a la administración, con el fin de zanjar una contestación por parte de la administración. Su motivo tiene como fundamento establecer una figura denominada “incumplimiento continuado” con una solución radicalista, que recoge el artículo 24 numeral primero, y el artículo 122 numeral segundo de la ley de 2015, que dispone “la inicial desestimación por silencio administrativo de la solicitud del interesado se convierte en estimación si la administración tampoco contesta al recurso de alzada interpuesta frente a la desestimación presunta”(Jefatura del Estado, 2015).

Este mecanismo tiene como antecedente lo dispuesto en la extinta Estatuto de trabajadores aprobado por la ley 8/1980, de fecha 10 de marzo, (artículo 51 de numeral 6), que se mantuvo vigente en la Ley de Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el real decreto Legislativo de 1/1995, de fecha 24 de marzo, quien disponía extinguirse las relaciones laborales fundada en causas económicas o de motivos tecnológicos, si la autoridad laboral no resolvía la petición en el plazo establecido y si el órgano competente no resolvía el recurso de alzada contrala denegación presunta, se entendía lo solicitado técnicamente estimado.

1.38 Justificación de la contraexcepción

Este mecanismo ha sido denominado por diversos tratadistas como “extraña”, “peculiar”, casi que no entendible. No obstante, la justificación de este mecanismo se ha hallado inmerso en la necesidad de conocer el fin del mismo, que puede ser: i) beneficiar al administrado; ii) empujar a la administración a ejercer su facultad resolutoria, iii) sancionar a la administración que incurrió en mora. La regla del doble silencio nace en la ley de 1992, cuando se generalizo el silencio administrativo positivo, quedando en manos de los órganos

sectoriales, establecer los supuestos del silencio desestimatorio, como un mecanismo para combatir la mala práctica de incumplir la obligación de resolver de manera expresa, razón que no afecta el interés general. No obstante, en la actualidad la potestad del legislador se encuentra muy limitada, sien plausible establecer un silencio administrativo negativo cuando exista una razón imperiosa de interés general.

1.39 Extensión de la regla

Este mecanismo responde a un sistema esencial de aplicación, entre ellas: a) procede en las causales recurribles mediante recurso de alzada, no operara el doble silencio, en cuanto recurso de reposición y revisión. El artículo 42 primer apartado de la ley de 1992, establecía taxativamente la regla del efecto estimatorio en los supuestos del doble silencio sucesivo, en vía de petición y recurso. No obstante, se halló controversia en el supuesto de ser considerada una regla general o debía también aplicar la contraexcepcion a todas las excepciones al silencio positivo. A pesar de la discusión teórica y doctrinal.

En una sentencia del 8 de enero de 2013, el Tribunal Supremo señaló la línea de aplicación del silencio sucesivo, mismo que manifestó “no debe regir en los casos de derecho de petición o de facultades relativas al dominio público”(2013), pero roge sin duda en los casos exceptuados del silencio positivo establecido en el primer párrafo del artículo 42 numeral 2 de la ley 30/1992. No obstante, en la sentencia de 14 de octubre de 2014, el tribunal supremo dejo en claro la regla de aplicación del doble silencio aplicable exclusivamente a procedimientos iniciados a instancia de parte, y no aplicables a los procedimientos iniciados de oficio.

La ley 39/2015, deja por sentado que la regla del sobre silencio no aplica a: i) los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, ii) aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público; iii) impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente; y iv) en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. De manera que el doble silencio aplica en los procedimientos en los que, mediante norma legal sectorial, se ha previsto el sentido negativo del silencio administrativo en vía de petición.

1.40 Tipo de estudio realizado y/o investigación

El estudio realizado en el presente proyecto de desarrollo, corresponde a un tipo de investigación descriptiva, cuyo fundamento de este tipo de investigación es propender a descifrar características del fenómeno sometido a estudio, evaluar la situación actual, y describir el estado de las variables.

Por consiguiente, el estudio empleado tiene un enfoque cualitativo, a partir en el que se determina las consecuencias que se genera en respecto a la aplicación del silencio administrativo negativo, y la consecuente evaluación al determinar el frado de afectación al derecho de petición.

1.41 Periodo y lugar donde se desarrolla la investigación

El estudio tiene como periodo el año 2020, y tiene como fundamento la vigencia de Código Orgánico Administrativo.

En referencia al lugar donde se desarrolla la presente investigación se tiene en cuenta el alcance nacional que posee la legislación ecuatoriana, y sus referentes generales, doctrinales y jurisprudenciales. En cuanto al alcance se hace énfasis un estudio comparativo con el derecho administrativo español que observa, la institución del silencio administrativa negativo de una manera particular.

1.42 Universo y muestras escogidas

Un total de 17.258 profesionales del derecho del Colegio de Abogados del cantón Guayaquil, provincia del Guayas, se tomará como muestra la población de 376 profesionales del derecho como sujetos encuestados.

1.43 Procedimiento aplicado

El instrumento fue validado y se procedió a aplicar a la muestra, recogiendo información de los profesionales del derecho encuestados. Se aplicó la fórmula del muestreo aleatorio del universo, obteniendo como muestra consistente de 100 personas profesionales del derecho.

El análisis de fondo de la muestra está orientado a calcular estadísticamente aspectos relacionados con el derecho de petición, la negación tácita para determinar el grado de afectación que incide el silencio administrativo negativo.

1.44 Procesamiento y análisis de la información

El procesamiento de los datos parte con una población de 17.258 abogados de libre ejercicio pertenecientes al Cantón Guayaquil, de los cuales se extrajo una muestra con un nivel de confianza del 95% y un error probabilístico del 5%, para ello se consideró el método de cálculo muestra de poblaciones finitas que se aplica de la siguiente manera:

$$n = \frac{Z^2 * p * q * N}{e^2(N - 1) + Z^2 * p * q}$$

- n = cantidad de personas a encuestar
- Z = el nivel de confianza del 95% $\Rightarrow Z = 1,96$
- P = probabilidad a favor (50%) $\Rightarrow 0.5$
- q = probabilidad en contra (50%) $\Rightarrow 0.5$
- N = población conocida
- e = error probabilístico (5%) $\Rightarrow 0,05$

$$n = \frac{Z^2 * p * q * N}{e^2(N - 1) + Z^2 * p * q}$$

$$n = \frac{(1,96)^2(0,5)(0,5)(17258)}{[(0,05)^2(17258 - 1)] + [(1,96)^2(0,5)(0,5)]}$$

$$n = \frac{16574,5832}{43,1425 + 0,9604}$$

$$n = \frac{16574,5832}{44,1029}$$

$$n = 375,82$$

$$n = 376$$

El tamaño de la muestra es de 376 abogados de libre ejercicio pertenecientes al Cantón Guayaquil, a estos se les aplicará una encuesta que permitirá obtener datos representativos de la población de estudio.

1.45 Resultados

Resultados aplicados al estudio del Derecho de Petición y el silencio administrativo Negativo

Pregunta N^o 1

¿Considera usted que es un imperativo de la administración pública resolver sobre cuestiones planteados por los administrados?

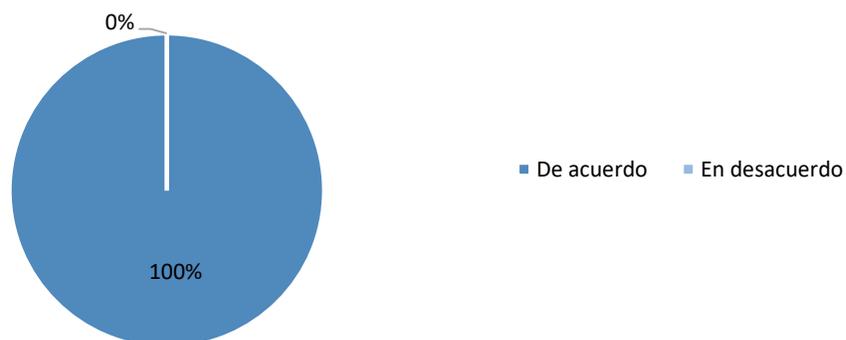
Tabla 1.

La administración pública debe resolver sobre cuestiones planteados por los administrados

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De acuerdo	376	100%
En desacuerdo	0	0

Figura 1.

La administración pública debe resolver sobre cuestiones planteados por los administrados



De los resultados tabulados hemos registrado que el 100% de la población encuestada se expresaron muy de acuerdo en que imperativo de la administración pública resolver sobre cuestiones planteadas por los administrados. A decir verdad, podemos notar que la mayoría de los encuestados está de acuerdo la administración debe resolver sin que intermedie regla de excepción alguna.

Pregunta Nª 2

¿Considera Usted que el mero hecho de no contestar las peticiones formuladas por los administrados atenta contra el derecho de Petición?

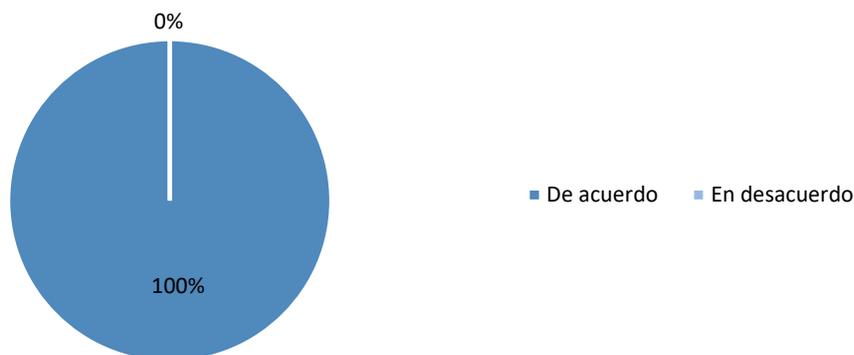
Tabla 2.

No contestar las peticiones formuladas por los administrados atenta contra el derecho de Petición

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De acuerdo	376	100%
En desacuerdo	0	0

Figura 2.

No contestar las peticiones formuladas por los administrados atenta contra el derecho de Petición



De los resultados tabulados hemos registrado que el 100 % de los encuestados se expresaron muy de acuerdo en que no contestar las peticiones formuladas por los administrados atenta contra el derecho de Petición.

Pregunta N^o 3

¿Considera usted que la especialidad de las leyes orgánicas puede limitar los derechos establecidos en la constitución?

Las leyes orgánicas pueden limitar los derechos establecidos en la constitución

Tabla 3.

Las leyes orgánicas pueden limitar los derechos establecidos en la constitución

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De acuerdo	0	0%
En desacuerdo	376	100%

Figura 3.

Las leyes orgánicas pueden limitar los derechos establecidos en la Constitución



De los resultados tabulados hemos registrado que el 100 % de los encuestados se expresaron muy de acuerdo que las leyes orgánicas no pueden limitar los derechos establecidos en la constitución.

A decir verdad, podemos notar que la mayoría de los encuestados está de acuerdo que la justificando la escala jerárquica de aplicación de las normas, del 424 y 425 de la Constitución.

Pregunta N^o. 4

¿Considera usted que el silencio administrativo negativo previsto en el artículo 233 y 229 del COA limita el ejercicio de derechos en sede administrativa?

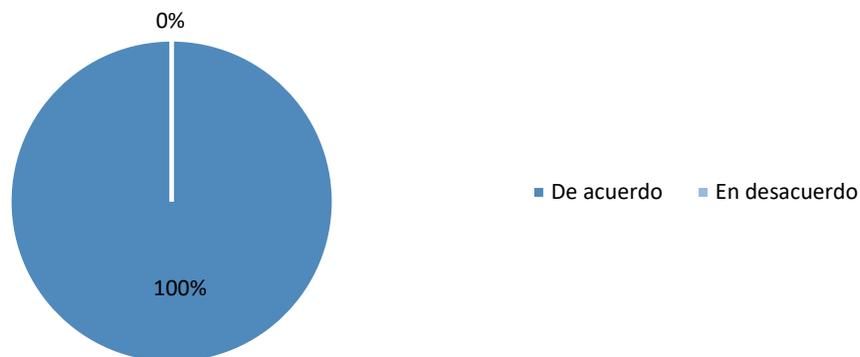
Tabla 4.

Silencio administrativo negativo limita el ejercicio de derechos en sede administrativa

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De acuerdo	376	100%
En desacuerdo	0	0

Figura 4.

Silencio administrativo negativo limita el ejercicio de derechos en sede administrativa



De los resultados tabulados hemos registrado que el 100% de los encuestados se expresaron muy de acuerdo en que el silencio administrativo negativo limita el ejercicio de derechos en sede administrativa, de manera que ante la ausencia de pronunciamiento expreso deberá acudir a sede jurisdiccional.

Pregunta N° 5

¿Considera usted que la ley, la doctrina y los referentes históricos de silencio administrativo negativo favorecen a la misma como una institución que garantiza el acceso a la justicia ordinaria?

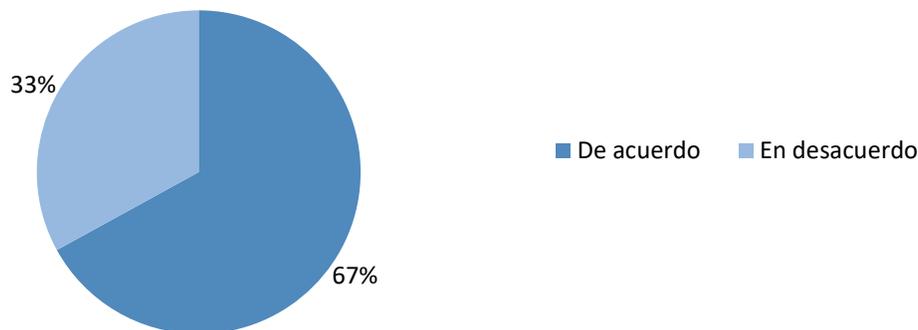
Tabla 5.

La ley, la doctrina y los referentes históricos de silencio administrativo negativo favorecen a la misma como una institución que garantiza el acceso a la justicia ordinaria

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De acuerdo	252	67%
En desacuerdo	124	33%

Figura 5.

La ley, la doctrina y los referentes históricos del silencio administrativo negativo favorecen a la misma como una institución que garantiza el acceso a la justicia ordinaria



De los resultados tabulados hemos registrado que el 67% de los encuestados se expresaron muy de acuerdo en que debería la ley, la doctrina y los referentes históricos de silencio administrativo negativo favorecen a la misma como una institución que garantiza el acceso a la justicia ordinaria, 33% por ciento se manifestó en desacuerdo. A decir verdad, podemos notar que la mayoría de los encuestados está de acuerdo que silencio administrativo negativo favorece el acceso a la justicia ordinaria, como facultad posteriori a

la denegación tacita o inacción, no obstante, del pequeño grupo se hizo notar observaciones referentes a las cuestiones y controversias al momento de acceder a la justicia ordinaria, mismo que no posee una resolución motivada.

Pregunta N° 6

¿Considera usted que la inacción o negación tacita por parte de la administración constituye algún derecho del ejercicio de la administración pública?

Tabla 6.

La inacción o negación tacita por parte de la administración constituye algún derecho del ejercicio de la administración pública

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De acuerdo	15	4%
En desacuerdo	361	96%

Figura 6.

La inacción o negación tacita por parte de la administración constituye algún derecho del ejercicio de la administración pública



De los resultados tabulados hemos registrado que el 96% de los encuestados se expresaron estar en desacuerdo que La inacción o negación tacita por parte de la administración constituye algún derecho del ejercicio de la administración pública, por otro

lado, el 4% por ciento se manifestó estar de acuerdo. A decir verdad, podemos notar que la mayoría de los encuestados está de acuerdo no existe un derecho propiamente tal que otorgue facultad a la administración para no resolver sobre cuestiones atinentes a su competencia.

Pregunta Nª 7

¿Considera que la reforma del artículo 229 Código Orgánico Administrativo que dispone el silencio administrativo negativo en cuanto a la ausencia de contestación a la petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo al presentar la impugnación, vulnera al derecho constitucional de no regresión, teniendo en cuenta el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo que disponía el silencio administrativo positivo en cuanto al vencimiento del tiempo para resolver?

Tabla 7.

Reforma del COA vulnera al derecho constitucional de no regresión

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De acuerdo	376	100%
En desacuerdo	0	0

Figura 7.

Reforma del COA vulnera al derecho constitucional de no regresión



De los resultados tabulados hemos registrado que el 100% de los encuestados se expresaron muy de acuerdo en que la reforma del artículo 233 Código Orgánico

Administrativo que dispone el silencio administrativo negativo en cuanto a la ausencia de contestación a la petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo al presentar la impugnación, vulnera al derecho constitucional de no regresión, teniendo en cuenta el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo que disponía el silencio administrativo positivo en cuanto al vencimiento del tiempo para resolver. A decir verdad, podemos notar que la mayoría de los encuestados está de acuerdo en que la autoridad que el silencio administrativo positivo constituía un derecho esencial adquirido.

Pregunta N° 6

¿Considera usted, que la figura del doble silencio (institución jurídica española) que mediante una segunda petición que advierte a la administración sobre el deber de resolver, sin hallar contestación, configure un silencio administrativo positivo por doble silencio, sería ideal para afirmar el derecho de petición sobre el silencio administrativo negativo?

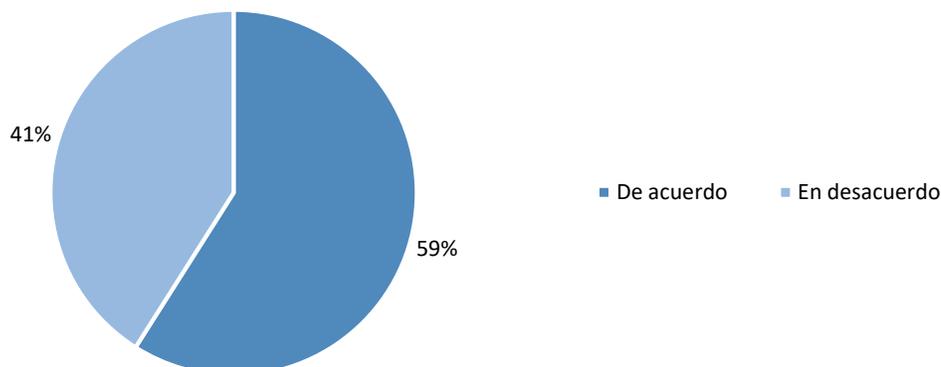
Tabla 8.

La institución del doble silencio afirma el derecho de petición

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
De acuerdo	222	59%
En desacuerdo	154	41%

Figura 8.

La institución del doble silencio afirma el derecho de petición



De los resultados tabulados hemos registrado que el 59% de los encuestados se expresaron estar de acuerdo que la figura del doble silencio (institución jurídica española) que mediante una segunda petición que advierte a la administración sobre el deber de resolver, sin hallar contestación, configure un silencio administrativo positivo por doble silencio, es ideal para afirmar el derecho de petición sobre el silencio administrativo negativo, por otro lado, el 41% por ciento de la población se manifestó estar de acuerdo. En las observaciones se registraron datos de muy poco conocimiento al tratamiento del doble silencio, en cuanto a los encuestados.

1.46 Propuesta

La propuesta es el resultado de la investigación realizada, mismo en el que se termina los fundamentos sustanciales del problema que se plantea, es este caso, la optimización del sistema procesal administrativo, tomando como antecedente la funcionalidad del silencio administrativo negativo, su naturaleza, carácter, y su contraposición casi que formalista con el derecho de petición. El silencio administrativo negativo, aunque no se halla regulado de manera expresa como silencio negativo como tal, se establece como regla de excepción cuando la administración en inacción, dejando por una voluntad presunta, ficticia, que no se materializa en la forma de un acto administrativo. El código Orgánico Administrativo se expidió con el fin de simplificar los trámites administrativos y garantizar la eficacia de los mismos, organizando el ejercicio de la función administrativa de las entidades públicas, través de la codificación de los procedimientos administrativos (sede administrativa), además, dichas funciones responden a criterios de supra de índole Constitucional que implica el ejercicio de los órganos del estado. De esta relación entre las personas y la administración pública, el mismo código refiere los principios, derechos, deberes y ámbitos de aplicación, corresponsales en materia administrativa.

El “silencio administrativo negativo” definido como una *“ficción que la ley establece en beneficio del administrado, la misma que se considera negada, para que esta pueda accederá instancias jurisdiccionales, se halla implícito en riesgo formalista sobre la ausencia de contestación”*. De manera que, la visión de muchos tratadistas puede inclinarse que esta institución contribuye a una clara violación al derecho de petición, no obstante, no

se puede dejar de lado la visión originaria del silencio administrativo negativo, preconizada por el Consejo de estado francés, que en contra del *mero silencio* (ni negativo, ni positivo) buscaba garantizar el acceso a la justicia ordinaria, cuando intermediara la inacción por parte de la administración.

Desde el nacimiento del Constitucionalismo y la defensa de los valores axiológicos de la Constitución, no se puede concebir un “petición, solicitud o reclamo” liberado de la necesidad de que este sea contestado, como lo establece la jurisprudencia española, aunque no intermedie la aceptación o denegación del mismo vía resolución, lo que se pretende es conminar a la administración a proveer una resolución motivada y suficiente en garantía del derecho de petición.

En lo pertinente, el COA no refiere de manera expresa la figura de un silencio administrativo negativo, sin embargo, por sus efectos se considera implícito en el mismo código. En el marco jurídico procesal administrativo ecuatoriano, el silencio administrativo positivo, es la regla general, sin embargo, no existen actualmente reglas que observen la denegación tacita –como se lo conoce al silencio administrativo negativo- frente a peticiones de primer nivel.

1.46.1 Objetivo de la propuesta

Realizar contribuciones al artículo 229 CODIGO ORGANICO ADMINISTRATIVO que permita aplicar mecanismos que afirmen el derecho de petición, mediante el cumplimiento del deber de resolver por parte de la administración pública.

1.46.2 Fundamento de la propuesta

El fundamento de hecho o material de la propuesta en la oposición formulada entre el silencio administrativo negativo, y el derecho de petición, mismo que tiene como puntos controvertidos:

- Que la inacción por parte de la administración, no se constituye en un derecho o salida ficticia que puede disponer la administración, por tanto, limita el derecho a conocer una resolución con garantía de motivación.
- Que la inacción no se constituye un acto sino un hecho de la administración susceptible de sanciones.

- A pesar del calado histórico del silencio negativo -no como gravamen sino como garantía de acceso a la justicia ordinaria- prevalece el deber de resolver por parte de la administración, fundamentado por los principios Constitucionales, derecho de petición, y los demás que son lineales como celeridad, eficacia, eficiencia, debida diligencia y motivación.
- La reforma del COA se considera regresivo en cuanto a lo que establecía el ERJAFE sobre *la petición de suspensión de ejecución del acto administrativo al presentar la impugnación*- el estatuto de Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva –en adelante ERJAFE-, disponía la sobre el mismo objeto en el artículo 189, dándole como resultado un “*sentido positivo ante la inacción*”(Asamblea Nacional, 2002), a diferencia que el COA le otorga *sentido negativo*, cuya reforma significa un retroceso garrafal en materia administrativa.
- El silencio administrativo desestimatorio opera en los supuestos de: i) *del recurso extraordinario de revisión; previsto en el artículo 233 del Código Orgánico Administrativo*, ii) *la petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo al presentar la impugnación; previsto en el artículo 229 del Código Orgánico Administrativo*; iii) *el recurso de revisión ante la Contraloría General del Estado*, mismo que se encuentra reglado por el artículo 85 de la ley Orgánica de Contraloría General del Estado, que dispone la denegación tacita en cuanto a falta de respuesta expresa sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro. Todas sobre recursos, mismo que atenta de manera paradójica derecho constitucional establecido en el artículo 77 num.7, l) que establece el derecho de recurrir, y recibir respuestas motivadas.
- Además, existe las normas que rigen un silencio de carácter especial, como es el caso del artículo 48 de la Ley Orgánica del Régimen Especial de la Provincia de Galápagos”, mismo que establece que “*la demora del despacho referente a la solicitud de algún usuario, con objeto de obtener una calidad migratoria, no favorecerá derechos al solicitante*”, del cual se entiende un silencio administrativo denegatorio.

1.46.3 Descripción de la propuesta

La propuesta busca hacer aportaciones al Artículo 229 Código Orgánico Administrativo, en el cual le sea aplicable el silencio sucesivo, en garantía del derecho de petición.

1.46.4 Ejes de la propuesta.

La presente propuesta se centra en dos ejes principales:

- Eliminación de la negación tacita prevista en el artículo 229 del Código orgánico Administrativo referente a la denegación tacita de la petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo al presentar la impugnación.
- Incorporación del doble silencio figura Jurídica española, que propende a configurar la necesidad del juzgador del resolver sobre lo peticionado.

Tabla 9.

Análisis comparativo sobre el texto actual y la propuesta y sus efectos

Situación Actual	Propuesta
Art. 229- Suspensión del acto administrativo. Por regla general, los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser ejecutados luego de su notificación. La interposición de cualquier recurso administrativo o judicial no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo que la persona interesada lo solicite dentro del término de tres días, petición que será resuelta en un término igual.	Art. 229- Suspensión del acto administrativo. Por regla general, los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser ejecutados luego de su notificación. La interposición de cualquier recurso administrativo o judicial no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo que la persona interesada lo solicite dentro del término de tres días, petición que será resuelta en un término igual.
La ejecución del acto impugnado podrá suspenderse, cuando concurren las siguientes circunstancias:	La ejecución del acto impugnado podrá suspenderse, cuando concurren las siguientes circunstancias:
1. Que la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación.	1. Que la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
2. Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno	2. Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

derecho, previstas en este Código o las normas que rijan el respectivo procedimiento especial.

La administración resolverá sobre la suspensión del acto administrativo, previa ponderación motivada de los daños que su suspensión o ejecución causaría al administrado, al interés público o a terceros. La falta de resolución expresa al pedido de suspensión, se entenderá como negativa tácita. **De la negativa expresa o tácita, no cabe recurso alguno.**

Al resolver la suspensión, la administración podrá adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

derecho, previstas en este Código o las normas que rijan el respectivo procedimiento especial.

La administración resolverá sobre la suspensión del acto administrativo, previa ponderación motivada de los daños que su suspensión o ejecución causaría al administrado, al interés público o a terceros. La falta de resolución expresa al pedido de suspensión, se entenderá como negativa tácita. (...) **De la negativa tácita, se interpondrá el recurso de alzada, mismo que incurrir en mora tres días posteriores a la petición, configurado el doble silencio se entenderá aceptada. (...)**

Al resolver la suspensión, la administración podrá adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

Tabla 10.

Sobre los efectos

Situación actual	Propuesta
De la negativa expresa o tácita, no cabe recurso alguno.	Se conmina a la administración a resolver en el término de 3 días
La negación tácita no permite la suspensión de la ejecución	Se favorecen derechos y se fortalece el deber institucional

La norma actual limita la aplicación del silencio positivo en recursos	Nueva visión jurídica en cuanto al derecho comparado
--	--

Esta medida se fundamenta, en el ejercicio del derecho de petición y la necesidad inminente en cuanto a la necesidad de resolver del mismo, fundamento que se le otorga subsiguiente a los tres días de recibido la petición. Dela misma manera se busca fortalece el rol institucional de la administración, como el goce d derechos de los administrados en cuanto recibir: a) respuestas en el término previsto; b) motivadas, y c) que garantice los derechos delos administrados en cuanto ejercer su participación plena en sede administrativa.

En cuanto al tema de la suspensión de la ejecución, es un deber inherente de los administrados en cuanto al rol que ejerce ante la administración que no debe ser limitado por hecho administrativos.

1.47 Conclusiones

- **Se logró conocer la naturaleza jurídica en cuanto al origen, desarrollo y aplicación del silencio administrativo negativo.** En cuanto al origen del silencio administrativo negativo se pudo determinar que surgió como una garantía de acceso a la justicia ordinaria mas no como gravamen. En cuanto a su desarrollo, este tiene su origen en el derecho francés, quien reglo los primeros casos de silencio administrativo negativo, en contra del mero silencio, y se desarrolló como regla general, hasta cuando fue cambiada al silencio positivo como regla general. En cuanto a su aplicación en el derecho ecuatoriano el silencio administrativo negativo es de excepción, y se aplica en tres esferas distintas, que son: a) *del recurso extraordinario de revisión*; el Código Orgánico Administrativo lo prescribe, en el artículo 233, b) *la petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo al presentar la impugnación*; según el artículo 229 del Código Orgánico administrativo; c) *el recurso de revisión ante la Contraloría General del Estado*, mismo que se encuentra reglado por el artículo 85 de la ley Orgánica de Contraloría General del Estado, que dispone la denegación tacita en cuanto a falta de respuesta expresa sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro.

- **Se logró determinar los derechos afectados por la aplicación del silencio administrativo negativo en el COA.** Entre ellos: a) el derecho de petición establecido en el artículo 66 de la Constitución de la República, en su parte pertinente dispone “Se reconoce y garantizará a las personas, numeral 23, el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. La garantía de motivación, que se fundamenta en el derecho de recibir respuesta suficiente. C) De la misma manera, cualquier tipo de retraso en cuanto a la debida contestación atenta a los derechos y principios previsto en la constitución, como son la celeridad, eficacia, eficiencia, debida diligencia y probidad. En cuanto al artículo 229 del COA, sobre la petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo al presentar la impugnación; al negarse la petición de suspensión de la ejecución, constituye una amplia vulneración de derechos. que forma parte del ejercicio del administrado, cuando este pretende mediante la consignación del 10 por ciento detener los efectos de la misma, a fin de evitar un daño posterior.
- **Se logró describir elementos técnico-jurídicos extranjeros aplicables para la optimización del derecho administrativo ecuatoriano en favor del derecho de petición,** tal es el caso de la experiencia jurídica española, como recurso de alzada o doble silencio, mismo que tiene como fundamento: i) beneficiar al administrado; ii) empujar a la administración a ejercer su facultad resolutoria, iii) sancionar a la administración que incurrió en mora. Este mecanismo, implica realizar una segunda solicitud que advierte el administrado sobre el deber de resolver, si en el término establecido por la ley, no contesta, entonces se entenderá aceptado lo peticionado. Confluye como una regla que la ley del 39/2015 des España aplica por varios años, que fortalece el derecho de los administrados.

1.48 Recomendaciones

Las conclusiones arribadas en la investigación permitieron dar cumplimiento a los objetivos trazados en este estudio. Sin embargo, las limitaciones del trabajo permiten establecer recomendaciones para mejorar el abordaje del tema.

- De acuerdo al primer objetivo, la encuesta de opinión mostró un resultado en cuanto a la naturaleza jurídica del silencio administrativo negativo, y el deber imperioso de resolver por parte del ente administrador, no se levantó información en cuanto a la

gestión procesal actual, que los órganos administrativos ejercen en cuanto su gestión de resolver sobre la suspensión de la ejecución del acto administrativo al presentar la impugnación que no fue profundizada en este estudio; por tanto, se recomienda realizar una investigación especializada para determinar los factores y realizar recomendaciones pertinentes.

- En segundo lugar, en cuanto a determinar los derechos afectados por la aplicación del silencio administrativo negativo en el COA, destacamos que solo se observó el artículo 229, una de las tres causales de silencio administrativo negativo previstas en el Coa, las otras dos que son; a) *del recurso extraordinario de revisión*; el Código Orgánico Administrativo lo prescribe, en el artículo 233, b) *el recurso de revisión ante la Contraloría General del Estado*, mismo que se encuentra reglado por el artículo 85 de la ley Orgánica de Contraloría General del Estado, se recomienda deberá analizarse en otro trabajo posterior.
- Sobre los elementos técnico-jurídicos extranjeros aplicables para la optimización del derecho administrativo ecuatoriano en favor del derecho de petición, se observó el recurso de alzada previsto en la ley 35/2015 de España, no obstante, se pudo divisar que no se tiene mucho conocimiento sobre aquello, a pesar que en la encuesta afirmo una aceptación a la implementación de la misma, en las observaciones se hizo constar que no se tenía conocimiento cabal de mecanismo, de tal forma que la misma ley observa causales, que El COA no prevé como asuntos cotidianos, por lo tanto se recomienda elevar un estudio profundo de las causales del derecho español actualizado a las del sistema ecuatoriano.

1.49 Referencias Bibliográficas

045-15-SEP-CC , casusa 1055-11-EP EP - Acción Extraordinaria de Protección (Corte Constitucional 2011). (Tribunal Supremo 8 de enero de 2013).

427/98, D. (2017). *La firma electrónica o digital*. Buenos Aires.

Araujo Juarez, J. (2017). *Derecho Administrativo*. Caracas: Ediciones Paredes.

Argenio, I. (2006). *La justicia administrativa en argentina*. Buenos Aires: FDA.

Arrêts, G. (1959). *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Asamblea Nacional. (2002). *Estatuto de Regimen Juridico Admnsitrativo Funcion Ejecutiva*. Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2015). *Ley Orgánica del Régimen Especial de la Provincia de Galápagos*. Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2017). *Codigo Organico Administrativo*. Quito: Registro Oficial.

Atienza Rodríguez, M. (1994). La Argumentación en Materia de Hechos. Comentario Crítico a las Tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. *Revista Jueces para la Democracia*, p. 84.

Avézar y Chambre Syndicale des Properties Immobilier de la Ville de Paris, Número de Solicitud 00106 (Consejo de Estado 24 de enero de 1902).

Baines, B., & Rubio-Marin, R. (2005). *The gender of constitutional jurisprudence*. England: Cambridge University Press.

Bartra Cavero, J. (2008). *El Silencio Administrativo*. Lima: Editorial Rodhas.

Benalcázar. (2008). Derecho de petición y efecto legal del silencio administrativo: una solución modesta. *Revista judicial Derecho Ecuador*, 75.

Benalcazar Guerrón, J. C. (2007). *Derecho procesal Administrativo Ecuatoriano, Jurisprudencia, Dogmática Y Doctrina*. Quito: Fundación Andrade Y Asociados.

Bielsa, R. (2017). *Tratado Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley.

Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual, D - E*. Buenos Aires : Heliasta.

Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ejea.

Cano Campos, T. (2009). *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*. Madrid: lustel.

Caso Compagnie Alitalia (Consejo de Estado 3 de febrero de 1989).

Caso Ponard, 35399 (Consejo de Estado 14 de noviembre de 1958).

Código de urbanismo. (2003). Francia.

Congreso. (1945). *Ley de Régimen Político y Administrativo de la Republica*. Quito: Registro Oficial , Nro. 357 de 13 de agosto de 1945.

Consejo de Estado, Expediente 3518 (Sala de lo Contencioso Administrativo 16 de abril de 1993).

Constitucion de la República del Ecuador. (2008). Montecristi: Ediciones Legales.

Cordero Ordóñez, P. (2009). *El Silencio Administrativo*. Quito: Editorial El Conejo.

Cordero, P. (2009). *El silencio Administrativo*. Quito: Editorial El Conejo.

Corte Nacional de Justicia, Resolución No.252-2012, Recurso de Casación No. 01-2010 (Sala de lo Contencioso Administrativo 29 de Agosto de 2012).

Costa, M. (2017). *Las acciones contenciosas administrativas en el Ecuador, Análisis Doctrinario y Jurídico*, . Quito: Corporación de Estudios y publicaciones.

Declaracion de Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789). Francia.

Del Cabo, C. (1978). *División y predominio de poderes en el control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*. Barcelona: M. Ramirez.

d'Etat, C. (2007). *Code de la santé publique*. paris: Conseil d'Etat.

Duguit, L. (2017). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: ABC Editores Librería.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías, La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

García de Enterría, E. &. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*,. Madrid: SL Civitas.

García de Enterría, E., & Fernandez, T.-R. (2017). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Editorial Civitas.

Garrido Falla, F., Palomar Olmeda, A., & Losada González, H. (2005). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.

Gómez de La Torre, B. (2004). *Nociones básicas sobre el silencio administrativo*. lima: Universidad de Lima.

González Navarro, F. (2006). *Derecho Administrativo Español* . Madrid: EUNSA (UNIVERSIDAD DE NAVARRA).

Gordillo, A. (2017). *Tratado de derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo.

Interior, R. a. (1919). Quito: Registro oficial Nro.903 de 16 de septiembre de 1919.

Jefatura del Estado. (2015). *39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. Madrid: BOE.

Laiterie Saint-Cyprien, 10 (Consejo de Estado 3 de enero de 1960).

Ley de separación de los poderes. (1790). paris.

Ley n° 2000-321. (2000). Francia.

Ley Orgánica de Ministerio Publico, d. s. (1967). Quito: Registro Oficial Nro. 871 del 10 de julio de 1979.

Marienhoff, M. S. (2010). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley.

Martin Mateo, R. (1998). *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Trivium.

Moreta, A. (2020). *El silencio Administrativo en el COA*. Quito: Legalité.

Morón, J. (2011). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. lima: Gaceta Jurídica, .

Nacional, C. (1919). *Reforma a la ley de Régimen Administrativo Interior* . Quito: Registro oficial Nro.903 de 16 de septiembre de 1919.

Ossorio, M. (2008). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Guatemala: Datascan S.A.

Raspi, A. E. (2015). *Una desafortunada modificación al art. 31 de la ley nacional de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: ED.

Rebollo, L. (2002). El derecho de Petición. *Revista de Derecho Político*, (núm. 53), págs. 75-130.

Resolución N.º 69-55 L (Conseil constitutionnel 26 de junio de 1969).

Resolución No. 0456-2014, Juicio Nro. 0439-2010 (Corte Nacional De justicia 2010).

Sayaguez Laso, E. (2010). *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: FCU.

Secaira Durango, P. (2004). *Curso Breve De Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria.

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Sentencia Nro. 067-14-SEP-CC, 1626-10-EP.-EP - Acción Extraordinaria de Protección (Corte Constitucional del Ecuador 2010).

Sotelo de Andreu, M. (1998). El silencio de la Administración. *Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los 20, 21 y 22 de mayo de 1998*, (pág. p.49). Buenos Aires: RAP.

Syndicat généraldes ingénieurs-conseils, 920099 (Conseil d'État 26 de Junio de 1959).

Vergara Blanco, A. (2009). Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil. *Revista de Derecho Administrativo*, pp. 45-68.

Zanobini, G. (2020). *Curso de Derecho Administrativo. Parte General*. Buenos Aires: Olejnik.

CAPÍTULO 2: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DERIVADA DE UNA RECOMENDACIÓN CONTENIDA EN UN EXAMEN ESPECIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Autor:

José Andrés Ortiz Páez, Mgtr.
Universidad Tecnológica ECOTEC
joseandres_ortiz@hotmail.com

2.1 Contraloría General del Estado en Ecuador

El antecedente histórico de la actual Contraloría General del Estado se remonta a tiempos de la Real Audiencia de Quito con las Contadurías mayores instituciones que funcionaron alrededor de los siglos XVI, XVII, XVIII e inicios del siglo XIX. Posteriormente, en tiempos de la Gran Colombia, en 1822 existió la Contaduría General de Hacienda, misma que en 1824 es suprimida y se crearon las Contadurías Departamentales, las cuales se establecen en Quito, Guayaquil y Cuenca. Así, en 1826 se crea la Contaduría General y los cargos de Contadores Generales y Contadores Departamentales. (Contraloría General del Estado, 2016)

En el año 1830 ya como República en Ecuador se constituyeron la Contaduría General y las Contadurías Departamentales. Más adelante, en 1846 en Quito, Guayaquil y Cuenca se instituyeron las Contadurías Mayores. Cinco años después se instaura la Contaduría General como Tribunal Superior de Cuentas y las Contadurías Mayores como Juzgados de Distrito. El Tribunal de Cuentas se crea en 1861 y en 1896 se instaura una sede en Guayaquil.

No es sino hasta el año 1927, durante el mandato del presidente Isidro Ayora, que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Hacienda, publicada en el Registro Oficial No. 448 del 16 de noviembre del mismo año, que se crea un departamento independiente del gobierno que tendría como objetivo realizar el control del fisco, compilar cuentas y erigirse como la oficina central de la contabilidad del Estado; ésta institución tomaría el nombre de Contraloría General de la Nación. Ésta Ley Orgánica es reformada más adelante por el

decreto "Ley 1065-A", el mismo que incluyó enmiendas que fueron codificadas en 1960 y que establecieron que la Contraloría contará con un denominado sistema integrado de administración financiera y control, cuyo fin sería asegurar una administración eficiente y efectiva de los recursos materiales humanos y por supuesto financieros del Estado. (Contraloría General del Estado, 2016)

Años después con la Constitución de 1967, se cambia de nombre a la institución de "Contraloría General de la Nación" a "Contraloría General del Estado"; modificación que no fue solo nominal, pues se buscaba alinear las funciones de las instituciones con la definición del Estado como organización política y jurídica. Se la definió también como el organismo de contabilidad y fiscalización de la hacienda pública.

Más adelante, en el Registro Oficial No. 337 del 16 de mayo de 1977 se expide la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que sustituiría a la Ley Orgánica de Hacienda arriba tratada. La LOAFYC normó el funcionamiento y estructura de la Contraloría General del Estado e incluyó el sistema de control gubernamental moderno de los recursos públicos. Finalmente, la actual Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es publicada en el Registro Oficial No. 595 del 12 de junio de 2002 trayendo consigo una serie de disposiciones que serán tratadas más adelante en el desarrollo del trabajo presente.

De esta forma, la Contraloría dejó de ser la oficina de intervención fiscal y contabilidad, para instaurarse como el organismo superior de control de los recursos de las instituciones públicas, y observar las operaciones administrativas y financieras de toda persona jurídica que maneje fondos estatales, esto a través de auditorías financieras, operacionales y exámenes especiales. (Contraloría General del Estado, 2016)

2.2 Rol de la CGE en Ecuador

La Contraloría General del Estado, persona jurídica con autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa; legalmente representada y dirigida por el Contralor General, es una de las entidades que forman parte de la Función de Transparencia y Control Social. De acuerdo a lo que establece la Constitución de la República del Ecuador en la sección tercera del capítulo quinto del título cuarto, la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control del uso de los recursos estatales y la consecución de los objetivos de las instituciones públicas y

privadas que manejen recursos públicos. Dentro de las funciones que se le han atribuido constitucionalmente al organismo en mención están las de dirigir el sistema de control administrativo, mismo que está compuesto por auditoría interna, auditoría externa y el control interno de las instituciones públicas y personas jurídicas privadas que dispongan de recursos públicos; determinar las responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal que correspondan y se encuentren dentro de su ámbito de control; expedir norma para cumplir sus funciones; y, asesorar a las demás entidades del sector público cuando éstas lo soliciten. (Constitución de la República, 2008)

Como se dijo en líneas anteriores, en el Registro Oficial No. 595 del 12 de junio del año 2002, se publicó la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado cuyo objeto según su artículo primero es el de mantener y establecer el sistema de control, fiscalización y auditoría del estado bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, así como regular su funcionamiento con el fin de verificar, examinar y evaluar el cumplimiento de la misión, visión y objetivos de las demás instituciones públicas y el uso de recursos, administración y custodia de bienes públicos. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

Este organismo, al que la Constitución le ha dado el carácter de técnico, tendrá como misión la de “Controlar los recursos públicos para precautelar su uso eficiente, en beneficio de la sociedad”. Así, su visión se centra en “ser el organismo confiable y vanguardista en la prevención y control de uso de los recursos públicos”. Importante entonces si se quiere definir el rol de la Contraloría General del Estado, citar los objetivos estratégicos que la ley le ha otorgado, es decir, comunicar de manera efectiva los resultados institucionales, fortalecerla gestión del control, mejorar el potencial humano, y optimizar la gestión interna. (Contraloría General del Estado, 2016).

La CGE actúa como organismo de control dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales, sin que exista superposición de funciones, pudiendo actuar de manera coordinada, conjunta y/o simultánea.

La LOCGE le otorga a la CGE la dirección sobre el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, la misma norma señala que la aplicación de este sistema implicará que: todo servidor público rinda cuenta sobre el ejercicio de sus atribuciones, el uso de los recursos públicos a su cargo, y sobre los resultados obtenidos de su utilización; las atribuciones y objetivos de las instituciones del sector público, así como los deberes y

obligaciones de sus servidores sean efectivamente cumplidos; cada institución pública asuma la responsabilidad por la existencia y mantenimiento de su propio sistema de control interno; y, exista una coordinación y complemento junto con la acción que otros órganos de control externo realicen sobre las actividades y operaciones del sector público y sus servidores.

La ejecución de éste sistema se dará por dos medios, el control interno y el control externo. El primero será de responsabilidad administrativa de cada una de las instituciones sujetas a control. El control externo por su parte, comprende el que compete a la CGE, y el que realicen los demás organismos de control del Estado dentro del ámbito de sus competencias.

El artículo 8 de la LOCGE delimita el objeto del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, el mismo que tiene que ver con la revisión, verificación y evaluación de la gestión administrativa, financiera y medio ambiental de las instituciones públicas, así como la actuación de sus servidores. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

2.3 Control interno

El control interno a que se refieren los párrafos anteriores será aplicado por la máxima autoridad de la institución y su personal y se encargará de proporcionar una seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se logren los objetivos institucionales. Así, dentro de los elementos del control interno se encuentran: el entorno de control; el cumplimiento de los objetivos institucionales; la organización; la idoneidad del personal; los riesgos institucionales en el logro de los mismos objetivos y la adopción de medidas para afrontarlos; el cumplimiento de normas jurídicas y técnicas; el sistema de información; y la oportuna corrección de las deficiencias de control.

Importante entonces señalar que el control interno es responsabilidad de cada institución pública y su finalidad principal será la de crear las condiciones para el efectivo ejercicio del control externo que estará a cargo de la Contraloría General del Estado.

Dentro del sistema de control interno y como parte del mismo constará la Auditoría Interna, la que será una unidad con que cuenten las instituciones del Estado cuando así se lo justifique. Dichas unidades dependerán administrativa y técnicamente de la CGE, que para su creación o supresión emitirá el informe previo respectivo. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

2.4 Control externo

El control externo lo llevará a cabo la Contraloría General del Estado y se llevará a través de la auditoría gubernamental y el examen especial, empleando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría. La auditoría gubernamental consistirá en un sistema integrado de asistencia, asesoría y prevención de riesgos que incluye la evaluación y el examen del accionar y obrar de las personas que administran recursos públicos.

El examen especial será parte de la auditoría gubernamental y estudiará, verificará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relacionadas con la gestión administrativa, financiera, operativa y medio ambiental, de forma posterior a su ejecución. Este examen utilizará técnicas y procedimientos de auditoría, de ingeniería o de la rama específica de acuerdo con la materia del examen; así realizará el informe correspondiente que contendrá comentarios, conclusiones y recomendaciones.

Las funciones y atribuciones legales de la Contraloría General del Estado se encuentran enlistadas en el artículo 31 de la LOGGE, entre estas, las de: practicar auditoría externa; examinar el uso y administración de recursos público, la gestión pública y el control interno de cada institución sujeta a su control; ejercer su función fiscalizadora en las entidades del Estado a través de la predeterminación, o glosa y la determinación para la efectiva protección y seguridad de recursos públicos; evaluar e identificar los procesos internos de prevención contra actos de corrupción; revisar los costos de prestación de servicios, estudios, adquisición de bienes y construcción de obras de las entidades del Estado; exigir el cumplimiento de las recomendaciones de los informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de las responsabilidades administrativas y civiles culposas; absolver las consultas que planteen las entidades sujetas a su control; requerir a las instituciones públicas los documentos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones y atribuciones que la misma ley le otorga a la CGE; ejercer la jurisdicción coactiva para la

recaudación de créditos propios y de las empresas e instituciones que no tengan la capacidad legal para ejercerla; establecer responsabilidades individuales administrativas por contravenir la norma de que trata la misma ley, responsabilidades civiles culposas por el perjuicio económico que sufrido la entidad respectiva, a causa de la acción y omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal a través de la determinación de hechos penalmente relevantes; entre otras que determine la misma ley, la Constitución de la República y los reglamentos.

2.5 Determinación de responsabilidades

Como se dijo anteriormente, partiendo de los resultados de la auditoría gubernamental, la CGE tendrá la potestad de determinar responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Todo esto con la debida motivación sustanciada en los fundamentos de hecho y derecho que correspondan, en lo que respecta a indicios de responsabilidad penal, éstos tendrán un tratamiento especial determinado en la LOCGE. La Contraloría General del Estado hará el seguimiento de la emisión y cobro de los títulos de crédito que se originen en resoluciones ejecutoriadas.

El artículo 40 de la LOCGE determina que todos los servidores públicos deben actuar con la diligencia y empeño que generalmente emplean en la administración de sus propios negocios, caso contrario responderán por sus acciones u omisiones. Los servidores públicos encargados de la gestión administrativa, financiera, operativa o ambiental serán responsables hasta por culpa leve, cuando por su acción u omisión exista incumplimiento de normas, falta de veracidad, pertinencia, oportunidad o conformidad con los planes, presupuestos y programas, y por el perjuicio que se ocasione por dichas acciones u omisiones.

Cuando se trate de pago indebido, podrán determinarse responsables principales y subsidiarios, existe también la posibilidad de que exista una responsabilidad solidaria según corresponda. La responsabilidad principal recaerá sobre la persona beneficiaria del pago. La responsabilidad subsidiaria recaerá sobre los servidores por cuya acción u omisión culposa se realizó el pago indebido, este responsable subsidiario tendrá los beneficios legales de orden y excusión. Se podrá establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparezcan como coautoras de la acción, omisión o inacción administrativa que la origine.

Teniendo claras las generalidades explicadas acerca de las responsabilidades que la Contraloría General del Estado tiene potestad exclusiva para determinar, así como que éstas podrán ser administrativas culposas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, resulta importante realizar las breves puntualizaciones siguientes.

Es necesario apuntar que todas las responsabilidades que una acción u omisión pudieran acarrear se podrán determinar sin perjuicio de las demás, teniendo en cuenta que de acuerdo a la naturaleza de la falta o del hecho podrán determinarse más de una responsabilidad a la vez.

2.6 Responsabilidad administrativa culposa

Sobre las causales por las que un servidor público incurriría en responsabilidad administrativa culposa, por su acción u omisión, la LOCGE en su artículo 45 enlista un catálogo ejemplificativo de las mismas. Las sanciones por adecuarse a una de las causales citadas, serán multas de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, además de, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que quepan, sanción de destitución. Estas sanciones serán ejecutadas por la autoridad nominadora de la institución pública de que dependa el servidor por requerimiento y resolución ejecutoriada de la Contraloría General del Estado. En el evento que la autoridad nominadora no hubiere cumplido lo anterior, o la misma fuere el sujeto pasivo de la sanción o lo fueren personas jurídicas de derecho privado, o terceros, quien impondrá y ejecutará será la CGE. Importante señalar que antes de imponer la sanción de destitución, la CGE notificará al servidor dándole un plazo improrrogable de treinta días para que ejerza su debida defensa. Cumplido dicho plazo, la CGE emitirá la resolución respectiva dentro del plazo de sesenta días. Es además disposición legal que estas sanciones de destitución son definitivas en vía administrativa pero impugnables por la vía judicial contencioso administrativa dentro del término contemplado en la norma. Ahora, en cuanto a la recaudación de multas impuestas a los funcionarios respectivos, ésta será efectuada por la propia institución a la que pertenezcan, a través de retención de remuneraciones o de la jurisdicción coactiva según sea el caso.

2.7 Responsabilidad civil culposa

Este tipo de responsabilidad nace de una omisión o acción culposa, aunque no intencional de un servidor público o un tercero, sea autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar las precauciones necesarias para evitar resultados que perjudiquen directa o indirectamente a bienes y recursos públicos. La responsabilidad civil culposa origina una obligación jurídica indemnizatoria del daño económico producido a las entidades del Estado. De lo anterior, en la instancia administrativa o judicial, se tendrá que probar que el acto o hecho administrativo fueron resultado de acciones u omisiones que denoten imprudencia, impericia, imprevisión, negligencia, imprevención o improvisación.

Le corresponderá entonces a la Contraloría General del Estado privativamente determinar la responsabilidad civil culposa cuando por resultados de la auditoría gubernamental se hubiere encontrado que ha existido perjuicio económico al Estado, como consecuencias de una acción u omisión culposa de una persona. El perjuicio se establecerá de dos formas. La primera será mediante la predeterminación o glosa de responsabilidad civil culposa, mismas que serán notificadas a la persona correspondiente, otorgando un plazo de sesenta días para que realicen el descargo respectivo presentando las pruebas pertinentes; una vez fenecido dicho plazo, la CGE expedirá su resolución. La segunda será mediante órdenes de reintegro en el caso de pago indebido. Pago indebido se referirá a cualquier egreso que se realice sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario haya entregado el bien, prestado el servicio, realizado la obra. En este caso, ante la expedición de la orden de reintegro por parte de la CGE y su notificación a los sujetos de la responsabilidad, éstos tendrán el plazo de noventa días para realizar el reintegro. Sin perjuicio de lo anterior, en el transcurso del plazo citado, los sujetos de responsabilidad podrán solicitar a la CGE la reconsideración de la orden de reintegro explicando los fundamentos de hecho y de derecho que sean necesarios. La Contraloría General del Estado en el plazo de treinta días contados desde la recepción de la solicitud de reconsideración, se pronunciará y su resolución será definitiva, pero impugnabile en la vía judicial.

La resolución sobre la determinación de responsabilidad civil culposa se expedirá dentro de un plazo de ciento ochenta días contados desde la notificación de la predeterminación. La resolución original desvanecerá o confirmará total o parcialmente la predeterminación de la predeterminación de la responsabilidad civil culposa.

Las resoluciones de la CGE se tendrán como ejecutoriadas cuando no hubieren sido impugnadas por los sujetos pasivos del control dentro del término estipulado en la ley, y cuando hubieren sido resueltas definitivamente. Importante anotar entonces que para que se inicie la recaudación o la acción coactiva será imperioso que las resoluciones de la CGE estén ejecutoriadas, y en el evento de haber acudido a la vía judicial, las sentencias de ésta también deberán estar ejecutoriadas.

Las resoluciones de la Contraloría General del Estado que impliquen la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas serán impugnables ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo de acuerdo a lo dispuesto en la ley.

Al respecto del tratamiento a los indicios de responsabilidad penal que pueda encontrar o determinar la Contraloría General del Estado, no se abrirá la explicación más allá de lo brevemente ya anotado por no tratarse de la materia específica en el trabajo presente.

2.8 Recomendaciones

El artículo 92 de la LOCGE establece que las recomendaciones de auditoría, cuando sean comunicadas a las instituciones públicas, deberán ser aplicadas inmediatamente y con carácter de obligatorio. Así, serán también objeto de seguimiento y su incumplimiento será sancionado por la CGE.

Coactiva

Las recaudaciones de las obligaciones a favor de las instituciones sujetas a la LOCGE, derivadas de resoluciones de la CGE que confirmen la existencia de responsabilidades administrativas o civiles culposas se realizará a través de procesos coactivos exclusivamente a través de la CGE, sin perjuicio de que la institución beneficiaria tenga también capacidad coactiva. Los valores recaudados se transferirán a la Cuenta Única del Tesoro Nacional.

2.9 Acción de repetición en Ecuador.

El Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales define de forma general a la repetición como la acción o el derecho que compete a alguno para reclamar o pedir lo que indebidamente pagó o lo que se ha tenido que pagar por otro. (Rombolá & Reboiras, 2004).

El objetivo principal de la acción de repetición se resume en la necesidad de lograr la recuperación total o parcial de los recursos económicos utilizados por el Estado para pagar las indemnizaciones de los afectados. (Castillo, 2012)

Dentro de su estudio acerca de la acción de repetición, el Dr. José Carlos García Falconí, jurista y docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, cita muy acertadamente a los autores colombianos Joaquín Córdoba y Luis Bravo Restrepo cuando señalan que la filosofía de la acción de repetición encuentra su fundamento en el ánimo de sanear la actividad pública, y mejorar así la calidad del servicio público, con lo que se buscaría que el servidor público actúe de forma eficiente y eficaz en el cumplimiento de sus atribuciones y funciones; y por otro lado, en que los servidores de las entidades públicas deban responder por sus actos, de tal forma que si como consecuencia de una mala gestión se produce un perjuicio al ciudadano, el mismo servidor deberá responder asumiendo de forma personal la indemnización. Siguiendo esta línea, los autores señalan que, si bien el Estado se encuentra obligado a reparar a la víctima por el perjuicio ocasionado, no lo estará también a soportar de forma definitiva las consecuencias de ese pago, dado a que éste provendría de un hecho cuyo responsable es una persona determinable. Es claro entonces para los autores, que la persona que ocasiona el daño deberá ser personalmente responsable del mismo, así se estaría actuando de forma coherente e incluso justa, al pensar en un mecanismo para la recuperación de valores que hubiere pagado el Estado por un hecho suyo, es decir el derecho de repetición. (García Falconí, 2018)

De la acción de repetición en general podemos anotar varios conceptos que sirven para comprender la naturaleza de la misma, como se puede revisar en los párrafos anteriores. Ahora, en la legislación ecuatoriana este derecho del estado cuya acción es materia del trabajo presente, nace con la Constitución de la República. El inciso tercero del numeral 9 del Artículo 11 de la Carta Magna señala de manera amplia que “el Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas” (Constitución de la República, 2008).

Partiendo de este punto, los cuerpos normativos que tratan a la acción de repetición dentro del marco jurídico ecuatoriano son: la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Orgánica del Servicio Público, el Código Orgánico General de Procesos, y recientemente el Código Orgánico Administrativo.

Teniendo claro que ejercer el derecho de repetición del Estado implica que éste recupere los valores que hayan salido de sus arcas por alguna acción u omisión de un servidor público, cabe analizar las situaciones que ha propuesto el legislador ecuatoriano, y que se describen en los cuerpos normativos antes mencionados.

2.10 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 52 del 22 de octubre de 2009. Esta norma, cuyo objeto y finalidad es regular la jurisdicción constitucional, garantizar a eficacia y supremacía constitucional y el respecto a los derechos contenidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos; en el Capítulo X del Título II trata sobre la repetición contra servidores públicos por violación de derechos. El primer artículo de este capítulo señala que el objeto de la repetición será el de declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por culpa grave¹ o dolo del servidor público en el ejercicio de sus atribuciones, cuando el Estado haya tenido que reparar materialmente por sentencia dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia definitiva de un organismo internacional de protección de derechos. Serán garantías jurisdiccionales, como lo establece la CRE y la misma LOGJCC, la acción de medidas cautelares, la acción de protección, la acción de hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, la acción de hábeas data, la acción por incumplimiento, y la acción extraordinaria de protección.

¹ El artículo 29 del Código Civil distingue tres especies de culpa: la culpa grave o dolo, la culpa leve o descuido ligero, la culpa o descuido levisimo. La culpa grave o dolo en materia civil, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

Importante dejar claro en este punto que por definición constitucional, los servidores públicos serán “todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten sus servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público” (Constitución de la República, 2008). Línea de definición recogida por la misma LOGJCC al momento de tratar sobre repetición contra servidores públicos.

La acción de repetición que trata esta norma prescribirá en tres años a partir de la realización del pago realizado por el Estado.

La acción será interpuesta ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente por la máxima autoridad de la entidad, quien deberá asumir el patrocinio de la causa por la que se deberá conseguir el reintegro al Estado de los valores pagados por concepto de reparación. El Procurador General del Estado siempre deberá intervenir para la defensa de los intereses del Estado. En el evento de que la máxima autoridad sea la responsable directa, la Procuraduría General del Estado asumirá el patrocinio de la causa. El juez pondrá en conocimiento del Procurador General del Estado y de la máxima autoridad de la entidad responsable, la sentencia del proceso de garantías jurisdiccionales. La norma permite, además, que cualquier persona ponga en conocimiento del Procurador General, la existencia de una sentencia o resolución en donde se ordene reparación material. Asimismo, la norma faculta a toda persona para incoar la acción ante la sala competente, hecho que no vincula procesalmente a la persona; en este evento, la Sala de lo Contencioso Administrativo notificará a la máxima autoridad de la institución correspondiente para que ésta asuma el patrocinio de la causa. La máxima autoridad de la institución y el Procurador General del Estado tienen prohibición expresa para excusarse de su participación en el proceso de repetición.

La no interposición de la acción de repetición por parte de la máxima autoridad de la entidad respectiva, en la circunstancia descrita por la LOGJCC, posibilita el inicio de una acción por incumplimiento en contra de dicha autoridad.

El artículo 69 de la misma norma trata sobre una investigación previa a la presentación de la demanda que deberá realizar la máxima autoridad de la entidad, en la que deberá determinar la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación de derechos. El mismo artículo obliga a la máxima autoridad de la entidad a identificar el o los presuntos responsables, aun cuando ya no presten sus servicios para dicha entidad. En

caso de que no se logre determinar la identidad de los responsables, el Procurador General presentará la demanda en contra de la máxima autoridad de la institución. Señala además que la investigación previa no podrá exceder de veinte días término, fenecido el cual, la máxima autoridad o el Procurador General deberá iniciar la demanda respectiva. En este punto se encuentra una suerte de discordancia con lo que establece el artículo 20, dado que este señala que será en la sentencia que declara la violación del derecho en donde el juez deberá determinar la responsabilidad del Estado o de una persona particular.

El artículo 70 señala como requisito indispensable, entre otros, la inclusión como habilitante la sentencia, resolución o auto definitivo del proceso de garantías jurisdiccionales o del organismo internacional de protección de derechos en que se ordene la reparación material al Estado, y el justificativo de pago correspondiente.

El trámite por el que se llevará la acción de repetición será el ordinario ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial que corresponda, se citará al Procurador General.

La sentencia dentro del proceso aquí tratado tendrá los siguientes efectos: declarar la responsabilidad de la persona demandada por la violación de derechos que generó al Estado la obligación de reparación material; ordenar a los responsables el pago al Estado de lo erogado por concepto de reparación material, indicando el tiempo y la forma en que deberá realizarse. En caso de pluralidad de responsables, el monto a pagar por cada uno se determinará en función de los hechos y el grado de responsabilidad. Esta sentencia será apelable ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

2.11 Código Orgánico de la Función Judicial

La Función Judicial será la encargada de administrar justicia a través de sus órganos correspondientes. El Código Orgánico de la Función Judicial norma publicada mediante Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo de 2009, y cuyo ámbito se circunscribe al accionar y desarrollo de la misma trata en su artículo 33 acerca de la repetición de lo pagado por el Estado. Señala la norma que el Estado deberá ejercer de forma inmediata el derecho de repetición en contra de los responsables del daño producido en los casos de: error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia,

violación del derecho a la tutela judicial efectiva y/o violaciones a las reglas del debido proceso. Es decir, en el momento posterior al que el Estado es condenado a pagar en un proceso en su contra por mal funcionamiento de la administración de justicia. Este cuerpo normativo limita su mandato acerca de la repetición a egresos de dineros estatales originados por procesos en contra de funcionarios u organismos de la función judicial por los casos antes descritos.

El mismo artículo 33 señala que deberá iniciarse la acción de repetición sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales que hubiere lugar.

En caso de haber varios responsables, de modo distinto a la norma antes revisada, todos serán solidariamente obligados a la repetición del valor total pagado más intereses y costas judiciales.

Lo que resalta en esta norma y difiere de las demás es que señala que, si en sentencia ejecutoriada se declara que los servidores no han justificado su conducta, el Estado pagará la indemnización por daños que corresponda e inmediatamente se iniciará el procedimiento coactivo contra los servidores responsables para la recuperación de lo que el Estado pagará al perjudicado. Esto implica que en el momento en que el afectado proponga su acción ante el juez de lo contencioso administrativo, solicitando en la misma demanda la indemnización por daños y perjuicios y reparación de daño moral; y esta sea citada al Consejo de la Judicatura, éste solicitará al juzgado de la causa que se tenga como partes procesales a los servidores que hayan participado en los actos que se tengan como violatorios de los derechos del perjudicado, esto para que dichos servidores cuenten con todas las garantías para ejercer su debido derecho a la defensa. Así, en el evento de que exista sentencia ejecutoriada que exponga la no justificación de la conducta de los servidores imputados, se procederá con lo indicado al inicio de este párrafo.

Lo mismo aplicará para el caso de revocatoria o reforma de sentencia condenatoria. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

2.12 Ley Orgánica del Servicio Público

La Ley Orgánica del Servicio Pública fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 294 del 6 de octubre de 2010, y es la norma que contiene las disposiciones de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública. En el capítulo 4 del Título III de esta norma, se trata sobre el régimen disciplinario. Señala la norma que el incumplimiento o contravención, por parte de los servidores públicos, de las obligaciones que emanen de la misma, de sus reglamentos o de la normativa conexas, acarrearán responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, dejando a salvo la acción civil o penal que corresponda por el mismo hecho. El artículo 43 *ibídem* muestra el catálogo de las sanciones disciplinarias expuestas en orden de gravedad, siendo las más graves la suspensión temporal sin remuneración y la destitución. Luego, el artículo 46 indica que el servidor que fuere suspendido o destituido podrá recurrir ante la Sala de lo Contencioso Administrativo competente. De obtenerse un fallo favorable de esta impugnación, que declare nulo o ilegal el acto, la restitución al puesto del servidor recurrente y de los valores no pagados, se procederá de tal manera, una vez ejecutoriada la providencia respectiva, puntualizando además que el funcionario causante de la actuación declarada ilegal o nula, será pecuniariamente responsable de los valores a erogar, de manera que el Estado deberá ejercer el derecho de repetición de los valores pagados, en contra de dicho funcionario. Para lo anterior la norma hace una aclaración importante al señalar que se podrá repetir siempre que judicialmente se hubiere declarado que el servidor causó el perjuicio por dolo o culpa grave, es decir, la existencia de una sentencia previa a la acción de repetición vuelve a ser necesaria en este nuevo escenario.

En el artículo 134 de la misma norma se vuelve a mencionar el derecho de repetición del Estado, al señalar que el incumplimiento que comprometa recursos económicos por parte de las autoridades nominadoras a las resoluciones del Ministerio de Trabajo, será causal de destitución y responsabilidad personal y pecuniaria, sin perjuicio de las demás responsabilidades que tuvieren lugar. Dicha responsabilidad pecuniaria será ejercida ejecutando el derecho de repetición del Estado en contra del servidor responsable, señala la norma “de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República” sin dar más detalles procedimentales sobre los que se desarrollaría el proceso. Más adelante la Disposición General Vigésima Tercera aclara el tema de procedimiento señalando que en

el evento que dichos incumplimientos de norma causen daños a un particular, este podrá demandarlo antes la Sala de lo Contencioso Administrativo correspondiente. Y, de obtener una sentencia que ordene resarcimiento al demandado, el mismo fallo deberá ordenar el cumplimiento del derecho de repetición en contra del servidor responsable. De esta forma puede verse, una vez más, la necesidad de la existencia de una norma para el inicio de una acción de repetición. (Ley Orgánica del Servicio Público, 2010)

2.13 Código Orgánico General de Procesos

En el Suplemento del Registro Oficial 506 del 22 de marzo de 2015 se publica el Código Orgánico General de Procesos. Esta norma tiene como ámbito regular la actividad procesal del sistema jurídico ecuatoriano en todas las materias, a excepción de la constitucional, electoral y penal.

Este Código que se concebiría como la norma adjetiva general del país, dedica un artículo a la repetición dentro del capítulo sobre los procedimientos contencioso tributario y contencioso administrativo, específicamente en su artículo 328 señala que ante una sentencia que declare la responsabilidad de servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones, se dictaminará que se inicie la acción de repetición contra el o los declarados responsables, los mismos que serán responsablemente solidarios hasta la total solución de la obligación.

Aclara el artículo en su segundo inciso que el órgano competente ante el que se deberá sustanciar la causa será la sala de lo contencioso administrativo mediante el procedimiento ordinario. Sin ampliar más el tema, termina de esta forma la norma procedimental judicial ecuatoriana de tocar a la repetición con este artículo de dos incisos. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

2.14 Código Orgánico Administrativo

Con el objeto de regular el ejercicio de la función administrativa de todos los órganos que forman al sector público, se publica el Código Orgánico Administrativo mediante Registro Oficial Suplemento 31 del 7 de julio del 2017.

El libro cuarto de este Código Orgánico Administrativo inicia indicando que ante responsabilidad extracontractual del Estado debidamente determinada a través del trámite del procedimiento administrativo ordinario regulado por el mismo Código, deberá ejercerse su derecho a la repetición.

El artículo 333 señala que el Estado responderá por daño calificado², por acción u omisión del servidor público y que tendrá la obligación de iniciar la acción de repetición contra aquellos servidores que en ejercicio de sus atribuciones, irrogaron daño por dolo o culpa grave.

El artículo 344 determina que una vez que haya sido declarada la responsabilidad extracontractual del Estado, misma que será declarada a través de un procedimiento que culmine con un acto administrativo como lo señalan los artículos anteriores, y que el pago por la indemnización se haya realizado, la máxima autoridad de la entidad responsable incoará una acción de repetición que se llevará por el trámite ordinario previsto por el COGEP ante una Sala de lo Contencioso Administrativo. Es decir, la exigencia de esta norma a diferencia de las anteriores no será una sentencia, sino una resolución de un procedimiento administrativo.

El mismo artículo prevé la situación de pluralidad de instituciones responsables, para lo que faculta a las mismas para la proposición conjunta de la acción de repetición en los términos que corresponda. De igual forma se habla más adelante sobre la pluralidad de servidores que hubieran sido declarados responsables, para lo que se aclara que el pago del valor a repetir se distribuirá de acuerdo con la responsabilidad del servidor y de su grado de participación.

Hasta este punto es claro el procedimiento administrativo que deberá realizarse para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado, sin embargo, el inciso tercero del mismo artículo 344 señala la acción de repetición tratada procederá únicamente cuando el daño sea consecuencia de la omisión o actuación con dolo o culpa grave del servidor, y que esta deberá ser declarada en proceso judicial, dejando así en duda si el requisito previo

² El artículo 334 del Código Orgánico Administrativo define al daño calificado como “aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas” (Código Orgánico Administrativo, 2017)

para iniciar la acción de repetición en los términos de esta norma, es una resolución de un procedimiento administrativo, o una sentencia de un procedimiento judicial. La acción de repetición normada por el Código Orgánico Administrativo prescribirá en cuatro años contados a partir de que se efectuó el pago total.

2.15 Proceso judicial No. 09802-2018-00009, derivado de examen especial No. DR1-DPGY-AE-0079-2014 de la CGE.

En el año 2014 la Contraloría General del Estado a través de su auditoría externa DP Guayas realizó el examen especial a los valores pagados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por concepto de aportes realizados en planillas normales y de ajuste a través de comprobantes electrónicos y por pagos de aportes de Fondos de Reserva de los servidores; y análisis de las denuncias presentadas, en la Universidad de Guayaquil, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2013³.

Dentro del examen, se analizan los intereses cancelados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pues la Asociación de Empleados Administrativos de la Universidad de Guayaquil había solicitado al Jefe de la Unidad Administrativa de Talento Humano de la época que disponga la revisión de la liquidación de los fondos de reserva de los servidores administrativos de los años 2006, 2007 y 2008 en los que no se había incluido ciertos componentes percibidos en dichos años. A esto la Sección Legal de la Unidad Administrativa de Talento Humano de la Institución y su Procuraduría Síndica pronuncian sus informes dando lugar a la reclamación, hecho que motiva la resolución No. R-023-213 del 18 de junio de 2013, en la que el Rector de la Universidad de Guayaquil resuelve oficiar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el reconocimiento de la reliquidación para el pago de los fondos de reserva de los años 2006, 2007 y 2008 para el personal administrativo de la entidad.

La conclusión de esta parte del examen se centra en que la Universidad de Guayaquil pagó \$ 681.236,45 USD al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por concepto de intereses generados en la reliquidación del pago de fondos de reserva del año 2006 al 2008 del personal administrativo de la Institución.

³ Ver Anexo 1.- Examen especial No. DR1-DPGY-AE-0079-2014 a la Universidad de Guayaquil por parte de la Contraloría General del Estado.

En la redacción de la misma conclusión se indica que “la revisión efectuada a los intereses correspondió al período de ejecución del presente examen, esto es, del 01 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2013, estableciéndose la generación de intereses por 478 456,26 USD...” (Contraloría General del Estado AE DP Guayas, 2014) Mostrando de esta forma incumplimiento del Rector y demás funcionarios de la Universidad pero sin mencionar el resto del monto total pagado por concepto de intereses. En la línea siguiente el examen contiene dos recomendaciones, la segunda es para el Órgano Colegiado Superior, máxima autoridad en las instituciones de educación superior, mandando a que disponga al Jefe de Asesoría Jurídica que en aplicación de lo que dispone el artículo 11 de la Constitución, proponga la demanda por el derecho de repetición “por 202 780 19 USD de intereses cancelados fuera de nuestro período de análisis, en contra de los servidores que por su acción u omisión permitieron se vulnerare el derecho de la seguridad social de los empleados y ex empleados de la Universidad” (Contraloría General del Estado AE DP Guayas, 2014) lo subrayado me pertenece. De esta forma y sin otro detalle más, culmina el tema tratado por el examen de Contraloría e inicia un nuevo asunto observado.

Ante esta recomendación y con ánimos de cumplir con lo que manda la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado acerca de lo vinculante de las recomendaciones, la Universidad de Guayaquil inicia su investigación sobre cómo deberá llevar la acción de repetición y los sujetos que serían los demandados dentro de la misma. Así y ante varias incertidumbres que fueron medianamente despejadas por la investigación antedicha, en la que medió una absolución de consulta al Procurador General del Estado que se revisará más adelante, la Universidad de Guayaquil propone la acción de repetición recomendada con fecha 11 de enero de 2018 en contra de ex rector y ex funcionarios de la Institución. La audiencia preliminar dentro del proceso se llevó a cabo el 4 de diciembre del mismo año, diligencia en que se declara válido el proceso, se determina el objeto de la controversia en la devolución de los \$ 202.780,19 USD recomendados por la Contraloría a la Universidad de Guayaquil, y que culmina con la convocatoria a la audiencia de juicio para el 10 de junio del año 2019.

En la fecha fijada se instala la audiencia de juicio cuya resolución será declarar sin lugar la demanda⁴ presentada por la Universidad de Guayaquil realizando, entre otras, las puntualizaciones siguientes:

“...La acción de repetición está encaminada a recuperar lo que el Estado ha pagado por los hechos antijurídicos generados por la acción u omisión, dolosa o gravemente culposa, de un funcionario o dignatario que actúa en nombre del Estado.”

“...podemos identificar que los demandados por su acción u omisión causaron daño mimos que se regresó contra la Universidad de Guayaquil, por lo que corresponde determinar su responsabilidad.”

En este punto el Tribunal asevera la importancia de la determinación de responsabilidad de los servidores o ex servidores públicos.

“...La acción de repetición, indiscutiblemente descansa en el interés público y, como hemos dicho, tiene una doble finalidad: por una parte, por su carácter resarcitorio (...) y, por otra parte, persigue prevenir conductas constitutivas de daño antijurídico, con lo cual se erige como una herramienta para conseguir la eficiencia de la función pública...”.(Repetición UG Vs. Ex Funcionarios, 2018)

Se señala entonces como fines de la acción de repetición, en primer lugar, el de recuperación de valores, y en segundo un fin educativo, pues la efectividad de la repetición generaría responsabilidad y compromiso en los servidores públicos, mejorando de esta forma el servicio que el Estado brindaría.

⁴ Ver Anexo 2.- Sentencia dentro de caso No. 09802-2018-00009.

“...el legislador al expedir el Código Orgánico de la Función Judicial, señaló que una de las competencias del Tribunal Contencioso Administrativo es conocer las acciones de repetición que se instauren cuando la administración ha tenido que pagar una indemnización POR SENTENCIAS FIRMES DENTRO DE JUICIOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS, por lo tanto para que proceda la acción de repetición, se necesita entre otras cosas la existencia de una sentencia ejecutoriada de un juicio contencioso administrativo; en el caso que nos ocupa la acción de repetición no se la ha deducido sobre la base de una sentencia, en la cual la entidad accionante hubiere sido condenado a pagar, lo que implica que no se cumple el presupuesto procesal de la existencia de la sentencia firme o ejecutoriada dentro de un juicio contencioso administrativo; por lo que la acción es improcedente, más cuando se advierte que la acción deducida se la hace en base de un examen especial de la Contraloría General del Estado, sobre un periodo que no ha sido examinado, por tanto el Tribunal no puede asumir las competencias de este órgano para establecer responsabilidad...”.

Pareciere nublar totalmente el ejercicio de una acción de repetición devenida de una recomendación de examen especial de la CGE en este punto el Tribunal pues señala que la única manera de demandar dicha pretensión sería ante la existencia de una sentencia que determine una responsabilidad y el daño irrogado al Estado.

“...Pertinentemente el artículo 11 de la Constitución de la República en el segundo inciso de su numeral 9, de modo imperativo ordena que la repetición se ejercerá “en contra de las personas responsables del daño producido lo que significa que previamente al ejercicio de esta acción no debe existir duda de la responsabilidad, que cada persona ha tenido a fin de que la repetición fluya sin ningún tropiezo. En la especie, no se encuentra acto administrativo, proceso investigativo previo, ni sentencia judicial ejecutoriada que haya declarado a los demandados en el presente juicio como responsables de los actos que motivan la demanda formulada en su contra” (...); lo jurisprudencia citada, es explícita en indicar que la acción de repetición proviene de la responsabilidad patrimonial del Estado o la que se denomina responsabilidad Objetiva del Estado, acción que se la dirigen en contra del agente que causó el daño, por el cual la administración tuvo que pagar una indemnización...” (Repetición UG Vs. Ex Funcionarios, 2018)

Ante esta resolución, la Universidad de Guayaquil interpuso recurso de casación, mismo que fue recibido con fecha 19 de agosto de 2019 y del que no constan, a la fecha, más actuaciones que el sorteo de la causa.

2.16 Examen Especial No. DR1-DPGY-0010-2017

En el año 2017 la Contraloría General del Estado a través de su Auditoría Externa DP Guayas realiza el examen especial al proceso de determinación, registro y control de los ingresos y gastos relacionados con la adquisición de bienes, servicios, consultorías, remuneraciones y denuncias presentadas en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Francisco de Milagro, por el período comprendido entre el 1 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2016⁵.

En dicho examen, en el punto en que se trata sobre la mora patronal con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se indica que dentro del período analizado se pagaron \$14.985,74 USD por concepto de cuarenta y dos glosas por responsabilidad patronal al IESS, mismas que se originaron por el incumplimiento de los servidores de la Institución en el pago oportuno de las obligaciones patronales. Se puntualiza, además que, dado el pago de las glosas, no se gestionó la recuperación de los valores en contra de los servidores que habrían ocasionado la generación de las mismas. Así la conclusión se centra en la no evidencia, una vez realizado el pago de las glosas por responsabilidad patronal al IESS, de gestiones realizadas para recuperación de los valores correspondientes, “previo a la identificación de los servidores que permitieron con su accionar se produzca las glosas” (Contraloría General del Estado AE DP Guayas, 2017). Dicha conclusión da origen a la recomendación No. 19 a la Alcaldesa del GAD, dentro del examen especial en mención que señala textualmente “Ejercerá el derecho de repetición con el objetivo de proceder a la recuperación del valor de 14 985,74 USD en contra de los servidores que con su accionar permitieron que se genera glosas por responsabilidad patronal con el IESS” (Contraloría General del Estado AE DP Guayas, 2017). Culmina de esta forma el asunto tratado e inicia un nuevo tema observado, de manera similar al examen especial antes revisado.

⁵ Ver Anexo 3.- Examen especial No. DR1-DPGY-0010-2017 al GAD Municipal del Cantón San Francisco de Milagro por parte de la Contraloría General del Estado.

2.17 Examen Especial No. DR1-DPLR-AE-0008-2014

En el año 2014 la Contraloría General del Estado a través su Auditoría Externa DP Los Ríos realizó el examen especial a las cuentas por cobrar, aplicación de la acción coactiva, análisis a los procesos de contratación, control de vehículos, a los juicios laborales, cumplimiento de perfiles académicos de los jefes y directores y denuncias, en la Corporación Nacional de Electricidad S.A. Regional Los Ríos, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de enero de 2013⁶.

Dentro del comentario acerca de los juicios laborales iniciados por ex trabajadores, se señala que, dentro del período analizado por el examen en mención, se determinó que la Institución realizó pagos por concepto de demandas laborales que ascienden a un monto de \$ 183.046,36 USD que corresponden a 6 juicios. Asimismo, se indica que se constató la presentación de 20 demandas laborales que se encuentran aún pendientes de resolución definitiva por parte de las dependencias judiciales respectivas. Señala más adelante como conclusión del comentario, que las demandas laborales que existieron dieron lugar al pago de indemnizaciones en favor de ex servidores, y que los Gerentes Regionales no iniciaron acciones de repetición en contra de los servidores por cuya actuación u omisión se dio lugar al inicio de las demandas laborales mencionadas, hecho que implica perjuicio económico para la entidad e incumplimiento de norma por parte de sus administradores.

La única recomendación en este tema está dirigida al administrador e indica que en defensa de los intereses institucionales, deberá iniciar “las acciones legales que permitan resarcir el perjuicio económico ocasionado por el pago de la indemnización realizada a favor de los ex servidores, como resultado de los juicios laborales en contra de la empresa”, aclarando en la línea siguiente que las acciones legales a llevarse deberán ser juicios de repetición en contra de los funcionarios que realizaron los actos administrativos de despido del personal demandante.

⁶ Ver Anexo 4.- Examen especial No. DR1-DPLR-AE-0008-2014 la Corporación Nacional de Electricidad S.A. Regional Los Ríos por parte de la Contraloría General del Estado.

Recomienda también que se deberá proceder de la misma forma ante la resolución definitiva de los juicios laborales que a la fecha del examen se encontraban pendientes. Puede verse en este examen, un tipo distinto de recomendación, pues el egreso de dinero parte de una sentencia de un proceso judicial. (Contraloría General del Estado AE DP Los Ríos, 2014).

2.18 Consulta a Procuraduría General del Estado

Ante la no determinación de la norma aplicable para el acatamiento de la recomendación contenida en el examen especial No. DR1-DPGY-AE-0079-2014 por parte de la Contraloría General del Estado a la Universidad de Guayaquil, esta institución de educación superior, haciendo un análisis de la norma existente eleva una consulta al Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado a la época, en los términos siguientes: “¿Es procedente iniciar una acción de repetición derivada de una recomendación contenida en un examen especial de la Contraloría General del Estado por la vía ordinaria antes los juzgadores de lo contencioso administrativo, actuando al tenor de lo establecido en el segundo inciso del artículo 328 del Código Orgánico General de Procesos?”

Dentro del análisis que hace la Procuraduría Síndica de la Universidad de Guayaquil previo a la consulta al Procurador General, esa unidad de asesoría hace referencia al mandato constitucional referente al derecho de repetición del Estado, y a las disposiciones legales respectivas para concluir la no existencia de norma específica para ejercer el derecho de repetición derivado de una recomendación contenida en un examen especial efectuado por la Contraloría General del Estado. El mismo análisis hace una salvedad al mencionar la disposición contenida en el Código Orgánico General de Procesos que señala las salas de lo contencioso administrativo serán las que conozcan las acciones de repetición mediante procedimiento ordinario, remarcando que el inciso primero del mismo artículo habla sobre una sentencia que determina responsabilidades, hecho con el que se muestra, a criterio de la Universidad de Guayaquil, la necesidad de existencia de una sentencia para la aplicación de la disposición, lo que imposibilitaría su utilidad para la demanda de repetición que buscaba iniciar la Institución. Con este estudio la Procuraduría Síndica de la Universidad de Guayaquil recomienda al Rector elevar la consulta en mención.

Señala el Procurador General que la consulta de la Universidad de Guayaquil tiene como finalidad establecer el procedimiento aplicable a la acción judicial que permita ejercer el derecho de repetición del Estado.

“La acción de repetición pretende que el Estado pueda recuperar los valores que en su momento tuvo que pagar para indemnizar o reparar daños provenientes de diversas acciones y omisiones de sus servidores, por lo que el ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene varios cuerpos normativos que regulan la acción de repetición del Estado...” (García Carrión & Procuraduría General del Estado, 2017) Con esta breve pero acertada definición, El Procurador General del Estado de la época inicia su análisis dando por sentado la existencia de varias normas que tratan a la acción de repetición, cada una en su ámbito y especialidad específicos.

Dentro de su estudio para absolver la consulta de la Universidad de Guayaquil, el Procurador General revisa disposiciones de norma sustantiva y adjetiva⁷ concernientes a acción de repetición en los cuerpos legales siguientes: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley Orgánica del Servicio Público, y Código Orgánico General de Procesos. El análisis se centra en determinar que existen fuentes que originan la responsabilidad de los servidores, de allí los distintos escenarios en que se presenta a la acción de repetición dependiendo de la norma que la aborda. La LOGJCC, por ejemplo, cuando se trate de reparaciones derivadas de acciones constitucionales o de resoluciones definitivas de organismos internacionales de protección de derechos; o bien el COFJ, en caso de actuaciones de servidores judiciales.

De esta forma y exponiendo lo que señala cada uno de los cuerpos legales mencionados exponen sobre la acción de repetición, el Procurador General del Estado concluye que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Ley Orgánica del Servicio Público y el Código Orgánico de la Función Judicial guardan relación en el ámbito procedimental con el Código Orgánico General de Procesos, al determinar que la competencia para conocer y resolver acciones de repetición corresponderá a los jueces de lo contencioso administrativo. Teniendo en cuenta que dentro de las funciones que

⁷Las normas jurídicas, por la función que desempeñen, pueden clasificarse en sustantivas o adjetivas. Las primeras regularán el fondo de situaciones jurídicas, y las otras se referirán a medios y procedimientos para deducir derechos. (Cortés Galván, 2003)

privativamente le corresponden al Procurador General del Estado, está la de absolver consultas sobre la inteligencia o aplicación de norma, y que el pronunciamiento que dicha absolución ocasione será obligatorio para la administración pública, queda determinado y abierto el camino con la absolución de consulta tratada en el trabajo presente, para que las acciones de repetición sean conocidas y resueltas por las salas de lo contencioso administrativo. Así, el texto del Procurador General culmina señalando que “el procedimiento aplicable para que una entidad pública ejerza la acción de repetición respecto de servidores o ex servidores no judiciales, es el procedimiento ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa; para lo cual, es responsabilidad exclusiva de los personeros de las entidades del sector público verificar en cada caso particular, el cumplimiento de los requisitos sustanciales y procesales para el inicio de dicha acción judicial” (García Carrión & Procuraduría General del Estado, 2017)

Importante destacar que antes de culminar la absolución de consulta de la Universidad de Guayaquil, el Procurador General del Estado enfatiza en que su pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, y que por ende no es concerniente a la Institución que él representa, a través de la absolución de consultas, la determinación de la procedencia o no de proponer una acción de repetición establecida en una recomendación de un examen especial elaborado por la Contraloría General del Estado.

2.19 Comentarios acerca de la acción de repetición en general

Como se analizó en líneas anteriores, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República establece de forma imperativa que la acción de repetición se iniciará en contra de las personas responsables del daño producido, hecho que implica que antes del ejercicio de la acción, no debería existir duda alguna sobre la responsabilidad que cada servidor o ex servidor hubiere tenido.

La acción de repetición ha sido observada por los juristas autores de los trabajos consultados, como un recurso legal que garantiza un mayor grado de responsabilidad de los servidores públicos en el desempeño de sus actividades.

Enríquez Burbano (2017) considera que en cuanto a la determinación de responsables para el ejercicio de la acción de repetición existe una contradicción entre lo que establece la LOGJCC acerca de la investigación previa a la demanda para la determinación de

presuntos responsables, y lo que dice la CRE en cuanto a la facultad exclusiva de la Contraloría General del Estado para determinar responsabilidades. Señala también que esto entorpece el ejercicio de las acciones de repetición.

Guillermo Enríquez Burbano, en su trabajo “ineficacia de la acción de repetición” señala que existen dificultades para el ejercicio de la acción de repetición. Una de estas dificultades es, a su criterio, la efectividad de la investigación previa a la demanda de repetición de que trata la LOGJCC para la determinación de la identidad de los presuntos responsables. Esto “debido a que la autoridad responsable no logra esclarecer los hechos por falta de pruebas, o porque hay encubrimiento entre compañeros o porque es la máxima autoridad la que cometió el hecho ilegítimo.” (Enríquez Burbano, 2017) Indica también que el juez no podría dictar sentencia de repetición sobre los servidores responsables dado su desconocimiento sobre la identidad o grado de responsabilidad. El autor concluye que la acción de repetición no es una acción que se lleve a cabo con frecuencia, a pesar de su base constitucional y legal. Puntualiza que hay lugar para una acción de repetición cuando mediante sentencia se haya condenado al Estado a indemnizar a un tercero, pero que su análisis le ha hecho concluir su ineficacia pues enfatiza en que las indemnizaciones serán completamente asumidas por el erario público. Diferencia además a la acción de repetición de las responsabilidades civiles, penales y administrativas que determina la Contraloría General del Estado, pues inicia que deberá ejercerse sin perjuicio de estas. Ante las conclusiones que presenta el autor, recomienda la creación de procedimientos específicos para ejercer acción de repetición en sede judicial.

2.20 Acción de repetición en otras jurisdicciones. Derecho comparado

2.20.1 Colombia

La primera noción de repetición en Colombia se da con el Decreto-Ley 150 de 1976, que en su Art. 200, señala: “Las sentencias que se profieran a favor de contratistas o de terceros y en contra de funcionarios o ex funcionarios, se harán efectivas ante la justicia ordinaria. Por jurisdicción coactiva se cobrarán las que se dicten a favor de las entidades contratantes y ante dicha jurisdicción se demandará la repetición de lo que las mismas hubieren pagado habiendo debido hacerlo funcionarios o ex funcionarios. La Procuraduría General de la Nación velará por el cumplimiento de la presente disposición”. (Decreto Ley 150, 1976)

Posteriormente, el Decreto 01 de 1984, en sus artículos 77 y 78 estipula que los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, y que la entidad estatal perjudicada repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.

La Constitución Política de Colombia de 1991 establece, en su Artículo 90 que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.(Constitución Política de Colombia , 1991)

Importante mencionar el avance sobre el tema principal del trabajo presente que existe en el sistema normativo colombiano, ya que su Ley 678 de 2001, será la que reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. Esta ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición. Puede verse que con esta norma se delimita aún más el ejercicio de la acción de repetición en este país.

El Art. 2 de la ley en mención define el acto de repetir como una “acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto”. (Ley 678, 2001)

Es importante destacar que el párrafo 1º del Art. 2 de la Ley señala que tanto los contratistas, como los interventores, consultores y asesores también se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos con las entidades estatales, por lo que son sujetos a lo contemplado en el cuerpo legal mencionado. En esa misma línea, el párrafo 3º indica que los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar asimismo son sujetos a una acción de repetición.

La norma señala que es obligatorio ejercitar la acción de repetición cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. Las causas por las que presume que existe dolo del agente público son enlistadas en su Art. 5, y son:

1. "Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial." (Ley 678, 2001)

Mientras que en el Art. 6 detalla las causas por las que se presume que la conducta de determinado funcionario es gravemente culposa:

1. "Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal."(Ley 678, 2001)

En lo que se refiere a aspectos procesales, la Ley 678 estipula que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición, y será competente el juez o tribunal ante el que se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo de Colombia.

La normativa menciona además que, si la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena o conciliación no inicia la acción de repetición correspondiente, esta puede ser ejercitada por el Ministerio Público o por el Ministerio de Justicia y del Derecho. No iniciar esta acción supone de igual forma una causal de destitución para el representante legal de la institución perjudicada.

Con relación al monto por el que se realiza el ejercicio de repetición, la legislación señala: “La cuantía de la pretensión de la demanda de repetición se fijará por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado, más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, del acuerdo conciliatorio logrado o de la suma determinada mediante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaran a causar”; lo que en legislación ecuatoriana correspondería a intereses, gastos, costas judiciales.

Finalmente, es relevante señalar que la Ley 678 determina que los servidores, ex servidores o particulares que desempeñen funciones públicas, que hayan sido condenados en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, serán desvinculado de la función pública, les serán declaradas la caducidad del o los contratos suscritos y en ejecución con cualquier entidad estatal y quedarán inhabilitados por cinco (5) años para el desempeño de cargos públicos y para contratar, directa o indirectamente, con entidades estatales o en las cuales el Estado tenga parte. “En todo caso, la inhabilidad persistirá hasta cuando el demandado haya efectuado el pago de la indemnización establecida en la sentencia”.(Ley 678, 2001)

En lo que respecta a la eficacia de la acción de repetición en Colombia, en un estudio cualitativo realizado por William Guillermo Jiménez e Israel Soler Pedroza, expertos del mismo país en la materia, encontraron que entre las principales causas que hacen que la acción de repetición sea valorada de manera negativa en Colombia, se encuentran el

desconocimiento y falta de cultura sobre el ejercicio de repetición por parte de los funcionarios; así como el hecho de que las condenas en varias ocasiones “terminan siendo impagables”.

De la misma manera, señalan que existen diversos factores que desestimulan el uso de la acción de repetición en el país, mayormente relacionados con el hecho que la misma entidad perjudicada es la que determina si vale la pena o no iniciar una acción de repetición contra uno de sus funcionarios en los denominados Comités de Conciliación. “En este sentido, la propuesta es quitar la función a los comités de conciliación de las entidades, para trasladarla a una instancia externa”.

Entre las recomendaciones de los entrevistados por los autores destacan soluciones orientadas a fortalecer el llamamiento en garantía con fines de repetición; así como también incrementar la capacitación sobre el mecanismo de la acción de repetición entre los funcionarios. Recomiendan además mayor diligencia de las entidades en la presentación de demandas y en el seguimiento a los procesos; así como mayor participación y vigilancia de los órganos de control.

2.20.2 Uruguay

El artículo 25 de la sexta Constitución de la República Oriental del Uruguay, publicada en 1967, establece: “Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación”. (Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967)

De acuerdo con Pablo Shiavi, profesor de la Universidad de Montevideo autor de la obra tomada como referencia para este punto, existen varias precisiones a realizar al hablar de la admisibilidad de la acción de repetición. En primer lugar, es importante notar la distinción que hace el artículo en cuestión en relación al dolo o culpa grave, puesto que la Administración solo puede repetir contra determinado funcionario siempre y cuando se pruebe la existencia de la culpa grave del mismo. “De esta exigencia subjetiva se deduce que la acción judicial de repetición debe ser precedida por una actuación administrativa a los efectos de determinar la existencia de ese dolo o culpa grave”.(Shiavi, 2018)

Además, indica el autor, el Estado puede reclamar repetición exclusivamente por la misma cantidad que pagó por el posible daño a un tercero. En esa misma línea, dice Shiavi, la acción de repetición no es procedente en los casos donde el Estado no haya pagado nada en reparación de daños a terceros, ni tampoco en los casos en los cuales no se haya entablado una demanda en su contra.

Otra precisión a destacar es que el Artículo 25 de la Carta Magna uruguaya no es aplicable a cualquier daño en contra del Estado. Más bien, se refiere directamente a la responsabilidad del Estado por los daños causados en la ejecución de los servicios públicos (daños causados a terceros), a los que también hace mención el Artículo 24 de la normativa en cuestión.

En materia de repetición, el estado uruguayo puede enfrentarse a tres escenarios:

1. Si el daño fue causado por un funcionario, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, el Estado podrá repetir basándose en el artículo 25 de la Constitución, siempre y cuando exista dolo por parte del responsable.
2. En el evento de que el daño fuere causado por un particular fuera de la función pública, la acción del Estado se basará en el derecho común, sin estar limitada a los casos de culpa grave o dolo.
3. Si el daño fue causado por un funcionario que no estaba en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, el Estado podrá repetir, aunque no conforme al artículo 25, sino según las normas legales vigentes en materia de responsabilidad. (Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967)

A diferencia de la Constitución ecuatoriana, dentro de la Carta uruguaya en ningún momento se refiere a la repetición como derecho del Estado. De hecho, es por esta razón que varios académicos han debatido ya si la acción de repetición es facultativa o si constituye un acto debido. En su escrito, sin embargo, Shiavi afirma que el Art. 25 no es discrecional. Citando la noción de buena administración citada en el Art. 311 de la normativa, el autor sostiene que, si la Administración determina que cierto funcionario obró con dolo o culpa grave, debe necesariamente iniciar una acción de repetición. “No hacerlo constituye un acto de mala administración”. (Shiavi, 2018)

2.21 Análisis y resultados

Dada la investigación efectuada se presentan a continuación el análisis y resultados sobre la situación jurídica de la acción de repetición en Ecuador dentro del marco del presente estudio.

De los criterios y normas esbozados se abstrae que repetir es igual a recuperar, entonces el derecho de repetición es la facultad que tiene el Estado para recuperar los valores que salieron de sus arcas por alguna acción u omisión dolosas de un servidor o ex servidor. Así, la acción de repetición será la acción judicial a través de la que el Estado recuperará dichos valores.

Un punto importante a tratar, cuando se habla sobre iniciar una acción judicial, es la determinación de responsables, la determinación del sujeto pasivo contra el que se dirigirá la demanda. Así, cabe analizar brevemente lo referente a responsabilidad del Estado.

La responsabilidad estatal comprende el conjunto de obligaciones propias del mismo que garantiza el funcionamiento social y de sus instituciones. “La responsabilidad del Estado engloba la necesidad de proyectar igualdad de condiciones ante la ley para todos sus ciudadanos, garantizándose el cumplimiento de todas aquellas obligaciones que posean un carácter legal, así como aquellas obligaciones extracontractuales de las cuales se derive un daño o afección a terceros.” (Zanovini, 2010)

Sin la necesidad de abrir más el espectro acerca de la responsabilidad del Estado, cabe realizar las puntualizaciones siguientes acerca de las especies esbozadas anteriormente. En lo que respecta a la Contraloría General del Estado y su Ley Orgánica, se trata sobre responsabilidad administrativa culposa, responsabilidad civil culposa e indicios de responsabilidad penal.

La responsabilidad administrativa culposa será la relacionada con la inobservancia de disposiciones legales e incumplimiento de deberes, funciones, atribuciones u obligaciones del servidor al que se esté auditando.

La responsabilidad civil culposa, por otra parte, nace de una acción u omisión culposa de un servidor público, de un acto o hecho administrativo emitido sin tomar las precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales a los bienes públicos. Esta especie de responsabilidad origina una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio ocasionado al Estado.

En lo que respecta a indicios de responsabilidad penal, se trata sobre hallazgos de hechos o conductas que podrían ser penalmente relevantes que serán puestas en conocimiento de la Fiscalía General del Estado para que se les dé el trámite que corresponda.

Hay que analizar ahora lo tratado por el Código Orgánico Administrativo sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, no sin antes dejar claro que de constitucional y legalmente, el legislador ha atribuido a la Contraloría General del Estado, la atribución privativa de determinar las tres responsabilidades antes anotadas.

El Código Orgánico Administrativo ha dedicado su cuarto libro a la responsabilidad extracontractual del Estado, en donde además se nombra a su derecho de repetición. Se habla sobre responsabilidad extracontractual al señalar que las instituciones del Estado responderán por el daño “debidamente calificado”, señala la norma, que provenga de sus acciones u omisiones, aun cuando estas sean lícitas, siempre que la persona perjudicada no tenga la obligación jurídica de soportarlo. Para el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado, tendrán que coexistir tres requisitos: La falta o la deficiencia en la provisión de un servicio público u otra prestación a la que el particular tenga derecho. El daño calificado. Y el nexo causal entre el daño calificado y la omisión o acción de la administración pública, mismo que deberá fundamentarse en hechos probados. La norma es clara al señalar que el Estado responderá por daño calificado, por acción u omisión del servidor público y que tendrá la obligación de iniciar la acción de repetición contra aquellos servidores que, en ejercicio de sus atribuciones, irrogaron daño por dolo o culpa grave. Es importante dejar en claro que la carga de la prueba sobre el daño sufrido y el nexo causal, recaerá sobre la persona que lo alegue.

En lo que respecta a aspectos procedimentales, la forma de reclamar responsabilidad extracontractual será a través del trámite del procedimiento administrativo ordinario regulado por el mismo COA, aunque es criterio del particular el llevar su reclamación a la vía judicial. Dicho procedimiento culmina con un acto administrativo que tendrá, entre otras

cosas, la determinación del daño calificado, el nexo causal, la valoración del daño y los criterios empleados para su cálculo, y la reparación de daños. Esta declaración de la responsabilidad extracontractual, acompañada del pago de la indemnización respectiva, obligan a la máxima autoridad de la institución a iniciar la acción de repetición correspondiente.

Dejando de lado la responsabilidad del Estado y las especies que tienen relación con el tema en cuestión, cabe analizar aspectos normativos sustanciales y procedimentales sobre la acción de repetición.

Como se explicó anteriormente, la acción de repetición tiene su fundamento en la Constitución de la República, encontrándose la misma en las líneas del numeral 9 de su artículo 11. Ahora, el marco jurídico en el que se concibe la acción de repetición, fuera de la esfera constitucional y por las distintas circunstancias o ámbitos de aplicación de cada norma que la trata, no es tan amplio y responde a situaciones concretas, es decir, cada norma que trata o menciona a la acción de repetición, la concibe en una situación específica, crea un supuesto jurídico único en el que cada norma podría aplicarse. Así se tiene que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, regula la repetición cuando el Estado haya sido condenado a pagar en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una resolución definitiva de un organismo internacional de derechos humanos. Por otro lado, el Código Orgánico de la Función Judicial, norma la acción de repetición contra servidores judiciales que por su acción u omisión hubieren provocado daños que el Estado tuvo que reparar, en caso de error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia, y, violación a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. En la Ley Orgánica del Servicio Público, el origen de la repetición es la acción, omisión o hecho del servidor público que causó daño a la entidad por sanciones declaradas nulas o ilegales por sentencia, por comprometer recursos en gastos de personal, permitir ingresos o ascensos sin la debida motivación, así como daños que provengan del indebido ejercicio de facultades; es decir, la fuente que origina la repetición en este caso, es una sentencia que declare el daño y ordene resarcimiento. El Código Orgánico Administrativo tiene como requisito para repetir un acto administrativo o sentencia que resuelva la responsabilidad extracontractual del Estado, en donde se determinará la misma y la indemnización a pagar, que una vez desembolsada, dará origen a la obligación de la demanda de repetición. El Código Orgánico General de Procesos por su parte, señala de

forma escueta que ante una sentencia que declare la responsabilidad de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, deberá dar origen a una acción de repetición que deberá ser conocida por los juzgadores de lo Contencioso Administrativo mediante procedimiento ordinario. Hasta este punto se evidencia que la norma ecuatoriana, ya sea sustantiva o adjetiva, exige para el inicio de una acción de repetición, indistintamente de su especie, una sentencia previa que determine el daño ocasionado y la obligación de indemnizar, hecho remarcado por el especialista Jorge Falconí Mancheno, al señalar que “ni el Código Orgánico de la Función Judicial ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contemplan la posibilidad de iniciar una acción de repetición sin que medie una sentencia.” (Falconí Mancheno, 2019)

Ahora, teniendo claras las especies de responsabilidades que aporta la norma relacionada con la acción de repetición del estado, y las normas que la abordan, queda el definir quién determina los responsables o los sujetos contra los que se deberá demandar, y cuál es la norma que se deberá obedecer para los requisitos sustanciales del acto propositivo en cuestión.

Acerca de la vía para el ejercicio de una acción de repetición, las normas antes citadas fueron tomadas por el Procurador General del Estado en la absolución de consulta que realizó la Universidad de Guayaquil, y que se revisó arriba, para unificar y establecer el criterio de que el procedimiento para toda acción judicial de repetición será el ordinario normado por el COGEP, y los jueces competentes serán los de lo Contencioso Administrativo, hecho que conocen y con el que concuerdan los juristas entrevistados.

Habiendo expuesto lo anterior, y ante los casos citados sobre recomendaciones de acción de repetición por parte de la Contraloría General del Estado, queda por definir qué de lo analizado le podría ser aplicable a cada caso en particular. De los tres casos propuestos, uno tiene que ver con valores pagados al IESS por intereses generados en la reliquidación de fondos de reserva de servidores, el segundo con glosas sobre responsabilidad patronal con la misma institución, y el tercero sobre pago de indemnizaciones ordenadas dentro de juicios laborales.

En lo que respecta al tercer caso, podría utilizarse lo que dispone la Ley Orgánica del Servicio Público para su sustanciación. Ante la imposibilidad de encuadrar las situaciones expuestas en las recomendaciones de acción de repetición, en los supuestos de hecho de

las normas antes revisadas, se abstrae la existencia de una laguna o vacío legal. “Ahora, respecto a que la acción se inicie estrictamente por la recomendación de Contraloría, es aquí donde existe un vacío ya que sin que medie resolución judicial o administrativa, por lo que se estaría obediendo estrictamente a la norma constitucional...” (Castro Chiriboga, 2019)

Una vez más se deja claro que el vacío está en la determinación de los responsables, pues la determinación del procedimiento y jueces competentes ha sido ya resuelta y analizada en líneas anteriores.

Se consultó al Supervisor Nacional de Auditoría en territorio Costa y Galápagos de la Contraloría General del Estado, si la determinación de legitimarios pasivos o responsables para el inicio de una acción de repetición recomendada mediante examen especial, debería efectuarse por parte de la misma Contraloría; a lo que enfáticamente contestó: “No, la recomendación va dirigida al representante legal de la Institución y al Procurador Síndico, en ciertos casos al Cuerpo Colegiado, la razón es simple, se necesita como paso previo a la acción de repetición una investigación administrativa que la lleva a cabo la propia Institución.” (Ortiz Moyano, 2019)

Para la solución de este conflicto la herramienta jurídica práctica, adecuada y concertada entre los profesionales entrevistados, es la integración del derecho, misma que consiste en “crear una norma especial para un caso, cuando el jurista se encuentra con una “laguna” de la legislación. En efecto, no habiendo *norma* que contemple un caso, ya no se trate de “interpretar”, sino de algo más que es la integración”. (Torré, 2007) El mismo autor señala que existen generalmente dos procesos de integración, estos son la analogía y los principios generales del derecho.

La analogía como procedimiento de integración, consiste en aplicar a un caso no previsto, la norma que regula otro caso similar o análogo, cuando exista la misma razón para solucionarlo de igual manera. Surge entonces como una opción viable para la determinación de la identidad de responsables, la integración del derecho, la aplicación de una analogía para emplear norma que, si bien es cierto es aplicable para una de las especies de acción de repetición revisadas, servirá para llenar el vacío que se ha podido evidenciar en la norma, específicamente lo que dispone el artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, acerca de la investigación previa a

la demanda que tendrá que hacer la máxima autoridad de la institución para la determinación de la identidad de los presuntos responsables de las violaciones de derechos, de las personas contra las que se iniciará la acción de repetición en ese caso en particular.

“...Correcto el término empleado, la integración de derecho cabe como la forma en que las instituciones, en el caso planteado, podrán determinar sus demandados, sus legitimarios pasivos.” (Castro Chiriboga, 2019)

“Considero que es la vía que debe emplearse para lograr el cumplimiento de la recomendación de Contraloría. No cabe que nadie más que la misma Institución determine los legitimarios pasivos, la integración de derecho es la herramienta adecuada en los términos propuestos.” (Falconí Mancheno, 2019)

Con esta disposición podría definirse el tema de los sujetos pasivos de la acción, así, empleando lo ya expuesto, podría pensarse en iniciar la demanda recomendada y así cumplir con lo dispuesto por la norma y la Contraloría General del Estado. Es decir, ante la erogación indebida de dineros estatales, la observación y recomendación de Contraloría acerca de una acción de repetición, la Institución respectiva deberá iniciar la demanda con una investigación previa para la determinación de responsables, cumpliendo de esta forma con la norma constitucional y legal.

“La entidad deberá iniciar de inmediato los presupuestos administrativos para la interposición de la demanda, caso contrario y de ser una recomendación incumplida o que prescriba sería tomada como responsabilidad civil en el próximo examen especial que se lleve a cabo en la institución y que indefectiblemente conllevara la glosa de lo no repetido dirigida a quien tenía que iniciar el proceso.” (Ortiz Moyano, 2019)

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el ejercicio del derecho de repetición del Estado en el escenario planteado se efectivizará a través de una acción de repetición, de una acción judicial, es decir, de un procedimiento sometido a la decisión de un tercero con poder jurisdiccional. Esta precisión es necesaria dado a que debe estar claro que la sola presentación de una demanda de acción de repetición, no implica que el juez le dará la razón a la institución y mandará a los demandados a pagar, tal y como pudo verse en el caso de la Universidad de Guayaquil, pues se está ante un procedimiento judicial que tendrá

todas las garantías procesales y demás; pero lo que si implica es el cumplimiento de la recomendación de examen especial de la Contraloría General del Estado, tema central del trabajo presente. Y es que dejando de lado el plano teórico para pensar en la realidad práctica, el efectivo ejercicio de una acción de repetición podría devenir en un tema realmente controversial y preocupante para los servidores o ex servidores del Estado, pues una cosa es erogación de dineros o pagos por parte del Estado, pagos por resarcimientos, por mandatos judiciales, y otra muy distinta es que una persona natural, servidor público o no, asuma ese valor. De allí lo poco que se ha tratado el tema de acción de repetición del Estado en general, y lo poco que se ha desarrollado en términos legales en Ecuador. Por esto es que es consideración del autor del trabajo presente que el análisis de la eficacia de la acción de repetición, radicada en la obtención de una sentencia favorable para el estado, es materia de otro trabajo de investigación.

2.22 Propuesta

De lo analizado se logra abstraer la existencia de especies de acción de repetición, cada una dada por los ámbitos y características de las normas que las abordan. La propuesta para la problemática presentada en la investigación inicia por la importancia en la diferenciación y conocimiento de cada una. De igual forma, resulta relevante el dejar en claro la obligatoriedad, para las instituciones auditadas, del cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los exámenes especiales de la Contraloría General del Estado

Por lo anterior y ante todo lo expresado a lo largo del presente trabajo de investigación , con especial observancia de la absolución de consulta citada, emitida por la Procuraduría General del Estado, se propone que las acciones de repetición recomendadas por la Contraloría General del Estado mediante exámenes especiales, sean presentadas, conocidas y resueltas por los jueces de lo Contencioso Administrativo que correspondan, siguiendo las reglas pertinentes que dicta el Código Orgánico General de Procesos.

La inexistencia de norma específica hace que surja la dificultad para la determinación de legitimarios pasivos, a lo que se plantea como solución viable la integración de derecho, la utilización de norma existente sobre casos similares, pero no idénticos, para la solución de este vacío legal. En específico, el uso de lo que determina el artículo 69 de la Ley Orgánica

de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional acerca de la realización de una investigación que se deberá hacer dentro de la institución para lograr determinar los presuntos responsables del perjuicio causado al Estado y contar de esta forma con legitimarios pasivos para poder incoar la demanda por el derecho de repetición del estado recomendada por la Contraloría.

2.23 Conclusiones y recomendaciones

El derecho de repetición del Estado tiene fundamento en la Constitución de la República, y consiste en la facultad para recuperar los valores que en determinado momento tuvo que pagar para reparar daños o indemnizaciones provenientes de acciones u omisiones de servidores o funcionarios públicos. El ejercicio de este derecho se realiza a través de una acción de repetición. De aquí y de lo ya esbozado, se logra establecer que el marco institucional y jurídico en el que la Contraloría General del Estado recomienda iniciar una acción de repetición, obedece a un carácter constitucional coadyuvado o complementado con la Ley Orgánica de la misma Institución y su Reglamento.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene cuerpos normativos que tratan a la acción de repetición. Cada norma contiene características especiales acorde a su ámbito de aplicación. De aquí que se concluye la existencia de especies de acción de repetición, cada una con sus requisitos específicos. Existe aquella que se origina cuando el Estado haya sido condenado a pagar en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una resolución definitiva de un organismo internacional de derechos humanos, regulada por la LOGJCC. También la acción de repetición que regula el COFJ, que se lleva contra servidores judiciales que, por su acción u omisión, hubieren causado daños que el Estado tuvo que indemnizar o reparar. Existen además las indemnizaciones pagadas por el Estado por temas referentes a mal manejo de personal, especie delimitada por la LOSEP. La acción de repetición derivada de resarcimientos por responsabilidad extracontractual declarada, es otra de las especies citadas y está regulada por el COA. Estas especies de acción de repetición, regladas y delimitadas cada una por la norma que la describe, exigen, previo a la proposición de la demanda, una sentencia o resolución de procedimiento administrativo, en donde se condene al Estado al pago.

La Contraloría General del Estado, por su parte, en uso de sus facultades legales plantea en sus exámenes especiales recomendaciones para las instituciones auditadas. Según la legislación ecuatoriana, dichas recomendaciones deben ser aplicadas obligatoriamente por la entidad examinada. La Contraloría General del Estado en ocasiones recomienda iniciar acciones de repetición. Como se revisó en los casos presentados, las recomendaciones de inicio de una acción de repetición no tienen como antecedente una sentencia. Por lo que se puede demostrar la inexistencia de una norma especial o específica que regule o indique como ejercer una acción de repetición que devenga de una recomendación contenida en un examen especial de la Contraloría General del Estado.

El procedimiento por el que se sustanciará cualquier acción de repetición del Estado será el ordinario reglado por el Código Orgánico General de Procesos, y los jueces competentes serán los de lo Contencioso Administrativo.

Ante la no existencia de norma expresada, pero la definición del procedimiento aplicable y jueces competentes para el conocimiento y resolución de la acción, queda la duda sobre temas sustantivos específicos para sustanciar la demanda. Puntualmente, la necesidad de determinar los legitimarios pasivos en la demanda recomendada, y la determinación de responsables.

La Constitución de la República separa a la responsabilidad civil, administrativa y penal de la acción de repetición, pues señala que esta se promoverá sin perjuicio de aquellas. De aquí que la facultad exclusiva de la Contraloría General del Estado para determinar responsabilidades, no servirá para la determinación de los sujetos pasivos de una acción de repetición.

El problema incoar una acción de repetición devenida de una recomendación de examen especial de la CGE, al ya existir definición sobre el trámite a seguir y los jueces competentes para resolver, ésta en los legitimarios pasivos, en la determinación de responsabilidad, la determinación de contra quién se dirigirá la demanda. Por esto es que se considera o recomienda que se puede recurrir a la integración de derecho, a la aplicación de la analogía para emplear el mandato legal contenido en la LOGJCC para la determinación de responsables, específicamente lo dispuesto por su artículo 69, la investigación previa a la demanda para la determinación de la identidad de los presuntos responsables.

El incumplimiento de recomendaciones de exámenes especiales acarrea responsabilidades observables y punibles por la misma Contraloría General del Estado, por lo que se recomienda velar por el cumplimiento de las mismas.

Ante una recomendación de inicio de una acción de repetición, se recomienda que una vez notificada, la institución internamente de inicio a la investigación para la determinación de responsables, proceso que no puede durar más de veinte días término. Habiendo definido los legitimarios pasivos se deberá preparar la demanda siguiendo los términos generales señalados por el COGEP, para presentarla ante los juzgadores de lo Contencioso Administrativo, y que sea sustanciada por el procedimiento ordinario. De este modo y en este punto la institución pública auditada habrá cumplido con la recomendación de Contraloría, y no podrá ser observada por lo que resuelvan los juzgadores. Se puede decir entonces en este punto que queda identificada una vía legal que permitiría la ejecución de una recomendación de examen especial de CGE relacionada con el inicio de una acción de repetición.

Lo cierto es que por todo lo que se ha expresado y analizado, todo lo referente a la acción de repetición del Estado es objeto de estudio que ha sido muy poco abordado. Se sugiere que se continúe la investigación, que se siga desarrollando la acción de repetición en cada una de sus formas para lograr el efectivo cumplimiento del derecho constitucional de repetición del Estado.

2.24 Referencias Bibliográficas

Castillo, R. (2012). *El Servidor Público Español*. Madrid: Cervantes.

Castro Chiriboga, F. (2 de Octubre de 2019). Acción de repetición devenida de recomendación de examen especial de la CGE. (J. A. Ortiz Páez, Entrevistador)

Código Civil . (2005). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio de 2005.

Código Orgánico Administrativo. (2017). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de Julio de 2017.

Código Orgánico de la Función Judicial. (9 de Marzo de 2009). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de Marzo de 2009.

- Código Orgánico General de Procesos. (2015). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo de 2015.
- Constitución de la República. (2008). Ecuador: Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. (1967). Uruguay.
- Constitución Política de Colombia . (1991). Colombia .
- Contraloría General del Estado. (2016). *Contraloría General del Estado*. Recuperado el Septiembre de 2019, de <https://www.contraloria.gob.ec/LaInstitucion/Historia/HistoriaCGE>
- Contraloría General del Estado AE DP Guayas. (2014). Examen Especial DR1-DPGY-AE-0079-2014. Guayaquil, Ecuador.
- Contraloría General del Estado AE DP Guayas. (2017). Examen Especial DR1-DPGY-0010-2017. Milagro, Ecuador.
- Contraloría General del Estado AE DP Los Ríos. (2014). Examen Especial DR1-DPLR-AE-0008-2014. Babahoyo, Ecuador .
- Cortés Galván, A. (20 de Marzo de 2003). *Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*. Obtenido de Normas Jurídicas. Su ubicación legislativa no determina su naturaleza sustantiva o procesal : <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/183/183780.pdf>
- Decreto Ley 150. (1976). Colombia.
- Enríquez Burbano, G. (2017). *Ineficacia de la acción de repetición*. Obtenido de Dialnet - Universidad de la Rioja: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5877165>
- Falconí Mancheno, J. L. (1 de Octubre de 2019). Acción de repetición devenida de recomendación de examen especial de la CGE. (J. A. Ortiz Páez, Entrevistador)
- García Carrión, D., & Procuraduría General del Estado. (2017). *Oficio No. 12559 Absolución de Consulta a Universidad de Guayaquil* . Guayaquil: Procuraduría General del Estado .
- García Falconí, J. C. (2018). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Acción de repetición: <https://www.derechoecuador.com/accion-de-repeticion>

- Jiménez, W. G., & Soler Pedroza, I. (2012). *Causas de ineficacia de la acción de repetición*.
Obtenido de Dialnet - Universidad de la Rioja:
file:///C:/Users/jose.ortiz/Downloads/Dialnet-
CausasDeIneficaciaDeLaAccionDeRepeticionEnColombia-4031882.pdf
- Larrea Holguín, J. (2005). *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana*. Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello .
- Ley 678. (2001). Colombia.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de Octubre de 2009.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (2002). Ecuador: Registro Oficial 595 de 12 de Junio de 2002.
- Ley Orgánica del Servicio Público. (6 de Octubre de 2010). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 294 de 6 de Octubre de 2010.
- Ortiz Moyano, J. L. (3 de Octubre de 2019). Acción de repetición devenida de recomendación de examen especial de la CGE. (J. A. Ortiz Páez, Entrevistador)
- Repetición UG Vs. Ex Funcionarios, 09802-2018-00009 (TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SEDE EN EL CANTÓN GUAYAQUIL, PROVINCIA DEL GUAYAS 2018).
- Rivas Casaretto, M. D. (28 de Mayo de 2014). La acción de repetición estatal ecuatoriana como posible instrumento de abuso de poder. Guayaquil, Guayas, Ecuador.
- Rombolá, N. D., & Reboiras, L. M. (2004). *Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales* . Buenos Aires: Ruy Díaz.
- Shiavi, P. (2018). Acción de Repetición contra Funcionarios Públicos en el Uruguay. En W. Gallo Aponte, R. Fácio, A. Sanabria Rodelo, X. Brito Jaime, & L. Abcarius Racines, *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional* (págs. 279-294). Belo Horizonte: Fórum.
- Torré, A. (2007). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Zanovini, G. (2010). *Derecho Administrativo*. Ciudad de México: Azteca.

CAPÍTULO 3: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 120 Y 164 DEL CÓDIGO ORGÁNICO ELECTORAL, CÓDIGO DE LA DEMOCRACIA, EN ASIGNACIÓN DE ESCAÑOS PLURINOMINALES

Autora:

Nailyn Arian Valladares Sierra, Mgtr

Universidad Tecnológica ECOTEC

nailynvalladares@gmail.com

3.1 Sufragio

El sufragio siendo el *“voto de quien tiene capacidad de elegir”*(RAE)., y el derecho al voto *“son el derecho de participación política por excelencia y consiste en la facultad que tiene el ciudadano de manifestar su voluntad en favor de los candidatos a ocupar cargos de elección popular de todo tipo, es decir, le permite actuar como miembro del órgano encargado de la designación* (Fierro, 2005)”, está estipulado dentro de la legislación ecuatoriano, como aquella obligación de los ciudadanos, debido a que este es un derecho y como tal debe ser ejercido de manera racional y consciente, no como una forma de cumplir con el mandato constitucional que prevé la obligatoriedad de ejercer el sufragio para los ecuatorianos.

Prevé la norma constitucional en el artículo 62 *“El voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años”*(CRE, 2008); sin dejar atrás el Código de la Democracia que determina en el artículo 11 que el voto *“será facultativo para las personas entre 16 y 18 años de edad, las mayores de 65 años, las ecuatorianas y ecuatorianos que habitan en el exterior, los y las integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en servicio activo, las personas con discapacidad y las personas analfabetas”*(LOE, CD, 2009); entendiéndose así que el ejercicio del sufragio es una manera de participación de los ciudadanos en la vida del Estado, por cuanto la ciudadanía debe recordar que la soberanía del Estado nace del pueblo a través de sistemas de elecciones libres.

El derecho al voto tiene íntima relación con la libertad que es un derecho inmanente a los seres humanos (por el simple hecho de serlo), una de las manifestaciones más importantes en sistemas de gobiernos democráticos es precisamente el sufragio. El constitucionalista Luis Carlos Sáchica en su libro (Derecho Constitucional General, 1999), indico que *"cuando en la elaboración de un modelo de régimen político se determinan los titulares de la capacidad decisoria, la forma de escogerlos y cambiarlos, el procedimiento para decidir, para quiénes y para quién se gobierna, la intensidad y la amplitud del poder se están definiendo simultáneamente la órbita y el significado de la libertad de los gobernadores, los derechos de los destinatarios del poder"* (Sáchica, 1999).

Lo antes expuesto, evidencia que el derecho al voto, implica la libertad de las personas de elegir al gobernante más apto para guiar, orientar, y encaminar el destino de un estado (porque no solo involucra el ámbito político, sino a su vez, económico, social y cultural), tomando como referencia el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica *"1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos...3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto"*(DUDH, 1948); pero esa libertad debe ser usada bajo la concienciación de cada persona, en este caso cada ciudadano ecuatoriano, debería reflexionar sobre la forma de gobierno del estado y lo que hace falta para mejorarlo (precautelando la dignidad de la persona), con la finalidad de mejorar su tipo de vida.

3.2 Tipos de votos

El manual de derecho procesal electoral nos menciona los tipos de voto que existe, entre los cuales destaca:

A) Voto directo e indirecto. - En el primer caso del elector escoge directamente al gobernante en cambio en el segundo caso escoger a un representante a compromisarios quienes a su vez eligen al gobernante, por ejemplo: Por ejemplo, en EEUU todos sus ciudadanos votan para escoger a un presidente, pero los votos que más influye son los de la asamblea formada por 100 Senadores, 435 congresistas y 3 delegados de Washington que no tienen senadores, pero si delegados. Por lo general este sistema determina que un

candidato a presidencia necesita al menos la mitad de 538 es decir 269 + 1, es decir, 270 votos, pudiendo tener mayoría en voto popular, pero mayoría en votos de asamblea(Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004).

B) Voto único o múltiples. - El voto único implica un sufragio igual, que cada elector tiene un solo voto, a diferencia del sufragio múltiple engloba una desigualdad dando como resultado que algunos electores tengan más de un voto.

C) Voto personal o no.- En la mayoría de los casos es necesario que el titular del voto se presente físicamente expresar su opinión, es posible también que se lo exprese a través de un mandatario o por correo, por ejemplo: en países europeos como Suiza y Australia, son donde mayormente es acogido el sistema de voto por correo electrónico, donde aproximadamente el 50% lo utiliza, para evitar la aglomeración o por no poder acercarse a los colegiados electorales el día de las elecciones correspondientes.

D) voto público o secreto. -El voto secreto es una manera de evitar el control de la expresión de la voluntad de los electores por parte del detentador del poder político y evitar las represalias, pero por otro lado ayuda al gobernante al fraude, debido a que puede ser manipulado y no existir un registro de la decisión del voto con el ciudadano.

E) Voto en blanco. -Este puede ser un gran instrumento en manos del pueblo para barrer a la clase política y podría ser el inicio de una nueva era de paz con una nueva clase política que consolide un orden y protección de derechos. Cómo por ejemplo en Colombia el artículo 9 del acto legislativo 1 de 2009 y mediante sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C - 490 de 2011 le dieron efecto jurídico el voto en blanco, siendo *“una expresión política de disentimiento, abstención o inconformidad, con efectos políticos”*(CCRC, 2011)por lo tanto los votos en blanco *“deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando el total de los votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral”*(Colombia C. d., 2009), en Ecuador esta figura no es utilizada.

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

De conformidad con la norma constitucional, todos los ciudadanos tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, elegir y ser elegido, tomar parte de los distintos procedimientos electorarios populares y democráticos, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, sin limitación alguna, esto también contemplando en la ley(LOE, CD, 2009).

Este criterio no es netamente para los cargos como presidente o vicepresidente del país, sino también al momento de escoger asambleístas, gobernadores, prefectos, alcaldes, concejales, entre otros; ya que el soberano es el que por medio de su participación directa con el voto escoge a su partidario, como lo citado por Flavia Freidenberg y Simón Pachano en su libro denominado El sistema político ecuatoriano, que dice *“Realmente creo para elegir a nuestros gobernantes, pero no hay cabida para que la gente actúe, no hay acción, no capacitan a la gente para que pueda organizar sus comunidades en el campo. Como le digo es un sistema. Lo utilizamos a conveniencia de cada quien (Larrea, 2007)”*(Freidenberg & Pachano, 2016).

Por lo tanto, el ciudadano ecuatoriano tiene que cumplir con responsabilidad un deber impuesto por la Constitución, cuya verdadera naturaleza es la de ser un derecho consagrado en todos los estados democráticos; siendo la finalidad de expresar la voluntad soberana por medio de su voto considerado en el artículo 10 del Código de la Democracia(LOE, CD, 2009) como *“universal, igual, periódico, directo, secreto y escrutado públicamente, que se manifiesta en los tiempos, condiciones y bajo las normas que esta ley señala para garantizar la permanencia y el perfeccionamiento de la democracia”*(LOE, CD, 2009).

Es por eso que Ecuador siendo un estado constitucional y al estar tipificado en la norma suprema tiene la obligación de promoverla, pero es el pueblo, los que tienen la capacidad y la necesidad de cumplirla con racionamiento, el autor Luis Carlos SÁCHICA señala que *“El ejercicio de una libertad auténtica comporta variedad, pluralidad de opciones, alternativas entre las cuales escoger, elegir. Aunque recuérdese lo dicho, la libertad es la posibilidad de elegir, pero no solo de elegir. Con esto se dice que la voluntad no está determinada, predeterminada y que solo precisamente en razón de que el hombre es libre, es responsable”* (SÁCHICA, 1999).

3.3 Función Electoral

A partir de la publicación de la Constitución del 2008, la cual fue cuna para la aparición de nuevas funciones del estado, rompiendo el modelo clásico de los poderes del Estado; incorporando la función de transparencia y control social, y la función electoral, que según el artículo 18 del Código de la Democracia establece que “*Se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad, probidad, certeza, eficacia, eficiencia, calidad, coordinación, planificación, evaluación y servicio a la colectividad*” (LOE, CD, 2009).

El modelo clásico explicado por Montesquieu en su autoría “El espíritu de las leyes” explica las tres clases de poderes que tiene un estado: “*el legislativo, el ejecutivo de las cosas pertenecientes al derecho de gentes, y el ejecutivo de las que pertenecen al civil. Por el primero, el príncipe o el magistrado hace las leyes para cierto tiempo o para siempre, y corrige o deroga las que están hechas. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones; y por el tercero, castiga los crímenes o decide las contiendas de los particulares. Este último se llamará poder judicial; y el otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado (...)*” (Montesquieu, 1748).

Sin pasar por alto, lo que Montesquieu hace mucho énfasis “cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo... Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor. En el Estado en que un hombre solo, o una sola corporación de próceres, o de nobles, o del pueblo administrase los tres poderes, y tuviese la facultad de hacer las leyes, de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los crímenes y contiendas de los particulares, todo se perdería enteramente” (Montesquieu, 1748).

Esta función paralelamente nueva, denominada Función o Poder Electoral, según la norma constitucional en el artículo 217 determina que su finalidad es *“garantizar el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio”*(CRE, 2008); siendo una manera de hacer partícipe a la sociedad en la toma de decisiones como es la elección de representantes.

Los especialistas en derecho procesal electoral José Armenta y Cecilia Calderón, explicaron que el voto puede considerarse como el ejercicio de una función o de un derecho, ligada a la tesis de la soberanía, debido a que *“si la soberanía radica en la nación se considera al sufragio como una función y su fin es el de servir de vehículo para escoger a los representantes de la nación”* y *“si la soberanía está en el pueblo, el voto es un derecho que tiene cada uno de los miembros que lo integran”*(Armenta Fuentes & Calderón Jiménez, 2014).

Por lo cual este poder tiene a su cargo promulgar una democracia plena; es decir, una participación activa, racional y responsable de las personas como protagonistas de los cambios; encargándose también este poder de la organización política de la ciudadanía, promulgando los principios de transparencia, eficiencia, equidad y lucha contra la corrupción electoral. Inclusive el artículo 204 de la norma suprema determina que *“El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación”*(CRE, 2008).

La Función Electoral se la concibe como una de las más directas y profundas manifestaciones de la soberanía (correlaciona con la Función de Participación Ciudadana y Control Social), que consiste en la construcción de una democracia directa y ciudadana que se expresa en lo que se denomina como “poder popular”. Por lo cual el estado tiene como deber respetar y hacer respetar los derechos, entre estos el derecho a la participación de la ciudadanía en todas las gestiones públicas, tal como lo garantiza la actual Constitución.

Como el artículo 95 de la constitución ecuatoriana, indica: *“Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad”*(CRE, 2008).

En la misma normativa, esto es el artículo 217, el estado ecuatoriano por medio de esta función electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos *“por medio del sufragio”* (CRE, 2008) y en el artículo 61 numeral 1 establece que los ecuatorianos y ecuatorianas gozaran de derechos de participación el cual involucra la facultad de *“elegir y ser elegidos”*(CRE, 2008).

El Código de la Democracia en el artículo 6 determina que *“La Función Electoral tiene como finalidad asegurar que las votaciones y los escrutinios traduzcan la expresión auténtica, libre, democrática y espontánea de la ciudadanía y sean el reflejo oportuno de la voluntad del electorado expresada en las urnas por votación directa y secreta”*(LOE, CD, 2009), en términos muy generales, puede decirse que con el desarrollo de la democracia en el sentido del Estado de Derechos y de la participación efectiva de los ciudadanos, crece la importancia del sistema electoral para la democracia y los mismos sistemas electorales pueden brindar una contribución importante para este desarrollo.

La Función Electoral se encuentra conformada por los siguientes:

3.3.1 Consejo Nacional Electoral

Institución encargada de entre otras funciones de: *“Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones...”*(CRE, 2008).

Sin dejar a un lado lo que determina la constitución ecuatoriana en el artículo 219 y el Código de la Democracia(LOE, CD, 2009) en el artículo 25, con relación a las funciones que le corresponden al Consejo Nacional Electoral, entre ellas *“2. Designar los integrantes de los organismos electorales desconcentrado; 3. Controlar la propaganda y el gasto*

electoral, conocer y resolver sobre las cuentas que presenten las organizaciones políticas y los candidatos; 4. Garantizar la transparencia y legalidad de los procesos electorales internos de las organizaciones políticas y las demás que señale la ley; 5. Presentar propuestas de iniciativa legislativa sobre el ámbito de competencia de la Función Electoral, con atención a lo sugerido por el Tribunal Contencioso Electoral.”(CRE, 2008).

3.3.2 Tribunal Contencioso Electoral

Institución encargada de entre otras funciones de: *“Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas...”(CRE, 2008).*

Como también en la Constitución ecuatoriana en el artículo 221 establece las funciones que le corresponden, entre ellas: *“2. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales; 3. Determinar su organización, y formular y ejecutar su presupuesto”(CRE, 2008).*

Sus máximas autoridades se designan por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social a través de concursos públicos de oposición y méritos con postulación e impugnación ciudadana, con la intervención de Comisiones Ciudadanas de selección, conforme lo establecido en el artículo 20 del Código de la Democracia(LOE, CD, 2009), dando cumplimiento a la garantía constitucional de equidad y paridad entre hombres y mujeres.

3.4 Sistema Electoral

Definido como *“la estructura compuesta por las normativas y los procesos que, fijados por la ley, permiten que los ciudadanos intervengan en las decisiones políticas a través del voto. Podría decirse que, mediante el sistema electoral, los individuos se convierten en electores y seleccionan a los dirigentes que ocupan diversos cargos públicos en el gobierno” (Pérez Porto & Merino, 2014).*

Es decir que las elecciones representan un método democrático para designar a los representantes del pueblo, inclusive existen países que no son democráticos, pero aun así utilizan un sistema electoral, porque es una técnica de designación de representantes.

Otro autor lo define *“como el proceso específico de conversión de votos en escaños, esto es, el análisis comienza con la emisión de los votos y termina con la adjudicación de escaños, o en sentido amplio, que incorpora, además del sistema electoral en sentido estricto, las cuestiones relacionados con la administración electoral, con la preocupación por garantía de elecciones libres y resultados electorales confiables”*(Nohlen, Sistemas electorales del mundo, 1981) además agrega que *“Si por sistema electoral se entiende al conjunto de procedimientos por medio de los cuales se expresa la voluntad de los electores y la manera en que los votos emitidos por estos se transforman en puestos en las instancias de representación y de toma de decisiones”*(Nohlen, Sistemas electorales del mundo, 1981).

3.5 Escaño

La Real Academia Española define “escaño” según el parlamento: *“asiento de cada uno de los parlamentarios en las cámaras, por extensión, se aplica también al cargo parlamentario; según la constitución: puesto de representante elegido mediante sufragio”* (RAE). Esto quiere decir que el término “escaño” es el puesto que ocupará un representante escogido por la ciudadanía de un país.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos especifica en el artículo 21 lo siguiente: *“toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”*(DUDH, 1948); dando que la actividad de los partidos políticos, los mecanismos a través de los cuales los ciudadanos emiten su voto, el recuento de los sufragios y la distribución de los cargos de acuerdo a los resultados de la elección son algunas de las cuestiones que se vinculan al sistema electoral vigente en un determinado territorio.

El sistema electoral es el mecanismo por medio del cual los electores deciden mediante el voto su inclinación o preferencia por un candidato o por un partido y lo convierten en un representante; es vital agregar que las regulaciones técnicas de un sistema electoral abarcan todo el proceso electoral, desde la candidatura regulada por una ley electoral hasta el escrutinio (que es el conteo de votos o como *“operación pública de recuento de los votos emitidos en unas elecciones”*(RAE).

El político Schröder menciona que *“Los sistemas electorales son en alto grado políticos e influyen particularmente en la composición del órgano a ser elegido, la estructura del sistema de partidos, la formación de la opinión y de la voluntad de los electores, la predisposición y la capacidad de participar de los electores y cultura política”*(Schröder, 2004).

La combinación de normativas da el paso para la creación, origen e implementación de una variedad de sistemas electorales con efectos diferentes, influyendo en la planificación estratégica; pero los sistemas electorales se diferencian, en lo esencial, en cuatro áreas:

- División en distritos electorales, *“el territorio electoral se divide en distritos electorales que se distinguen por su tamaño (número de candidatos a ser elegidos): uninominales, pequeños, medianos y grandes”*(Schröder, 2004).
- Candidatura (hay diversas formas de candidaturas electorales: candidaturas individuales y listas de candidatos, que pueden ser diversos tipos de listas:
 - **Lista cerrada y bloqueada:** *“el elector no puede modificar la lista, lo cual le da un gran poder al partido o al grupo que la presenta, pues él fija el orden de los candidatos”*(Schröder, 2004).
 - **Lista cerrada y no bloqueada:** *“el elector puede cambiar el orden de los candidatos o emitir votos preferenciales, lo cual le da una influencia limitada en la selección de los candidatos; disminuye la influencia de los partidos y de los grupos”* (Schröder, 2004).
 - **Lista abierta:** *“el elector puede emitir varios votos a favor de un candidato (acumular) y elegir a candidatos de diversas listas (panachage); aquí el elector tiene la mayor posibilidad de influir, posibilidad que aún puede depender del número de votos a ser emitidos”* (Schröder, 2004).
- Sufragio *“Aquí se establece cuántos votos tiene el elector, que puede ser sufragio único, sufragio múltiple”* (Schröder, 2004).
- Procedimiento para la distribución de escaños *“contiene las variables más importantes para la incidencia del sistema electoral: criterio de decisión: mayoría o proporción; nivel de distribución: distrito electoral, unión de distritos electorales, región, país...”* (Schröder, 2004).

El trabajo de investigación denominado El Proceso Electoral de Ecuador, del autor Simón Pachano, da su definición sobre que es un sistema electoral: “*Si por sistema electoral se entiende al conjunto de procedimientos por medio de los cuales se expresa la voluntad de los electores y la manera en que los votos emitidos por estos se transforman en puestos en las instancias de representación y de toma de decisiones*”(Pachano, 2004).

Pero se debe de tener en cuenta que las elecciones implican la sucesión de una serie de actos o procesos, donde hay que considerar momentos fundamentales como: a) quienes son los electores o quienes pueden elegir, b) requisitos exigidos a los candidatos a quienes pueden ser elegidos y los partidos, c) Las circunscripciones electorales; d) la adjudicación de puestos, e) la solución de los conflictos electorales ya sea administrativa judicial o electoralmente.

3.6 Sufragio restringido

La Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 23 numeral segundo determina que “*La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*” (CADH, 1969). Dado la posibilidad de que cada país que es “estado / parte ratificante” pueda determinar los parámetros del ejercicio del voto.

- Económico: Estableciendo restricciones, siendo exclusivamente para aquellos que tienen bienes, conocido como sufragio censitario. Es el tipo de sufragio con que aparece el sistema liberal – capitalista, que considera que solo los que pagaban impuestos podían participar en la vida política de la sociedad y tiene como fundamento la capacidad económica.
- Capacidad: Con relación a la capacidad intelectual o más concretamente de instrucción, a este tipo de sufragio se le conoce como capacitaría. Solo pueden votar los que tengan un grado mínimo de instrucción: que sepa leer y escribir o interpretar la constitución. En muchos países, bajo este pretexto se margina de la vida política a los estratos sociales menos favorecidos de la fortuna, como es el caso de los negros en muchos Estados, de los Estados Unidos de América normalmente los que tiene menos nivel de instrucción son los mismos que tiene menos capacidad económica.

- Raciales: Se les prohíbe el sufragio a quienes no son miembros de determinada raza, por ejemplo: Hitler, prohibió a los judíos sufragar en Alemania, ya que solo podían hacerlos los “miembros de la raza aria”.
- Ideología o clase social: Cuando una clase llega al poder político, restringe los derechos de la clase derrocada. La revolución Bolchevique quitó el derecho de voto a todos los contrarrevolucionarios o miembros de la anterior clase dominante.
- Sexo: Se prohíbe a los miembros de determinado sexo, especialmente al femenino. Se considera que la cosa pública era competencia de los hombres; el lugar de la mujer estaba en la casa, en suiza se le negó hasta hace poco el derecho de voto a la mujer.
- Política criminal: Hay delitos que además de la pena principal privativa de la libertad llevan en sí una pena accesoria, consistente en la pérdida o suspensión de los derechos políticos. Por ejemplo: al General Gustavo Rojas Pinilla se le privó de sus derechos políticos dentro del juicio político que se llevó en su contra en Colombia por consecuencia de sus actos.
- Religión: En los países con graves enfrentamientos religiosos, los miembros de la religión dominante, que tenían el poder, prohibían a los creyentes de otra religión o secta, el derecho al sufragio. Por ejemplo: los católicos a los protestantes o viceversa.
- Edad: Todos los legisladores establecen a su arbitrio, una edad mínima para poder votar. Los grupos de tendencias izquierdistas siempre han propugnado por la rebaja de la edad mínima, en cambio los de tendencias conservadoras quieren aumentar la edad para poder elegir y ser elegido.
- Nacionalidad: Los derechos políticos los reserva el estado a sus nacionales, de manera tal que los extranjeros, por regla general no pueden votar o es opcional.

3.7 Sufragio universal

Se produce cuando solo existen las restricciones de edad y de nacionalidad. Esto contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23, como también en la Convención Americana de Derechos Humanos que contempla en su artículo 23 indicando en el literal b con relación a los derechos políticos “*de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y...*” (CADH, 1969).

3.8 Procedimientos de selección electoral ecuatorianos

El Doctor Pachano (2004) sostiene que desde 1979 el Ecuador ha contado con un sistema electoral mixto, conformado por tres tipos de procedimientos de selección:

1er, la elección de la presidencia y vicepresidencia de la República se ha regido por una fórmula de mayoría absoluta con el recurso de la doble vuelta para lograrla; concordancia con el artículo 161, determina *“Las candidaturas... constarán en la misma papeleta. El binomio será elegido por la mayoría absoluta de votos válidos emitidos...”*(LOE, CD, 2009).

2do, para la elección de gobernador regional, alcaldes municipales y prefectos provinciales (consideradas como elecciones unipersonales, concordancia con el artículo 99 inciso segundo del Código de la Democracia) se ha utilizado la fórmula de mayoría simple; de conformidad con el Código de la Democracia establece el artículo 162, que determina *“elección de gobernador/a regional se proclamará ganador al candidato/a que hubiese obtenido el mayor número de votos”*(LOE, CD, 2009); artículo 163 inciso segundo, que determina *“elecciones para las alcaldías de distrito metropolitano y alcaldías municipales se proclamará electo al candidato o candidata que hubiere obtenido el mayor número de votos”*(LOE, CD, 2009); y, finalmente artículo 163 primer inciso, lo siguiente: *“elecciones de prefectura y vice prefectura, se presentarán binomios que constarán en la misma papeleta y se proclamará ganadores a quienes hubiesen obtenido el mayor número de votos. Los binomios deberán integrarse con la participación de una mujer y un hombre o viceversa”*(LOE, CD, 2009); y,

3er, las elecciones de asambleístas, concejeros regionales y concejales municipales se han regido inicialmente por una fórmula de representación proporcional. (consideradas como elecciones pluripersonales).

Se deben tener en cuenta ciertos criterios para el diseño de un sistema electoral, como por ejemplo que tipo de sistema implementar (mayoritario, proporcional, mixto o qué tipo de fórmula matemática se utilizaría para la asignación de escaños), la forma de la papeleta de votación, composición de las circunscripciones, requisitos para postular candidatos, formas de lista (candidatos de organizaciones políticas que constaran en la papeleta el día de la elección).

3.9 Circunscripción

La circunscripción es “*la unidad territorial en la cual los votos emitidos por los electores constituyen el fundamento para el reparto de escaños a los candidatos y organizaciones políticas con independencia de los votos emitidos en otra unidad territorial*”(Atlas Electoral del Ecuador, 2009-2014).

La legislación electoral vigente, determina en la Sección Primera a las “circunscripciones electorales”, desde el artículo 150 al 159 del Código de la Democracia(LOE, CD, 2009), de los cuales explica de la siguiente manera:

Se podrá determinar las circunscripciones urbanas y rurales para elegir los concejales municipales multiplicando el total de concejales por el porcentaje de la población de la circunscripción, basándose en la estructura siguiente:

Figura 9.

Concejales estará de acuerdo a la cantidad de habitantes, artículo 156 de la (LOE,CD,2009)

	Habitantes	Concejales a elegir
Municipio	Más de 400.001	15
	Más de 300.001	13
	Más de 200.001	11
	Más de 100.001	9
	Más de 50.001	7
	Menos de 50.000	5

Fuente: CNE

Se podrá determinar las circunscripciones urbanas y rurales para elegir los concejales distritales metropolitanos será el porcentaje de la población de la circunscripción, basándose en la estructura siguiente:

Figura 10.

Concejales estará de acuerdo a la cantidad de habitantes, art 152 (LOE, 2009)

	Habitantes	Concejales a elegir
Distrito Metropolitano	Menos de 1'000.000	15
	Más de 1'000.000	19
	Más de 2'000.000	21
	Más de 3'000.000	25

Publicación del sitio oficial del Consejo Nacional Electoral, para las elecciones seccionales (escoger concejales municipales) del 24 de marzo del 2019, en la ciudad de Guayaquil ubicada en la provincia del Guayas y la ciudad de Quito ubicada en la provincia del Pichincha, según lo determinado en el artículo 152 inciso segundo y 157 respectivamente de la Ley Orgánica Electoral (LOE, CD, 2009), dio como resultado lo siguiente:

Figura 11.

Circunscripción, elecciones seccionales

Cantón	Circunscripciones	Concejales	Total
Guayaquil	Urbana 1	5	15
	Urbana 2	5	
	Urbana 3	4	
	Rural	1	

Fuente: CNE

Figura 12.

Circunscripción, elecciones seccionales

Quito	Urbana 1 (Norte)	5	21
	Urbana 2 (Centro)	5	
	Urbana 3 (Sur)	5	
	Rural	6	

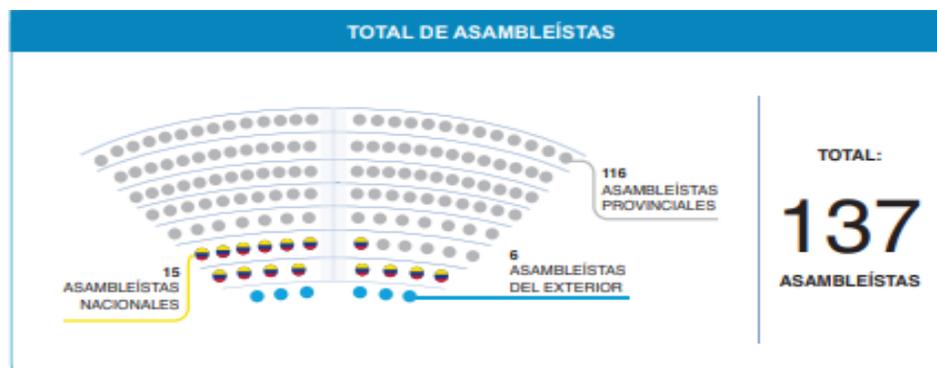
Fuente: CNE

Siendo diferente en el caso de la Asamblea Nacional las circunscripciones electorales serian de la siguiente manera conforme lo determina el artículo 150 inciso tercero “*en las circunscripciones electorales que elijan entre ocho y doce representantes se subdividirán a su vez en dos circunscripciones, aquellas que pasen de trece y hasta diez y ocho se subdividirán en tres y las que pasen de diez y ocho lo harán en cuatro circunscripciones...*”(LOE, CD, 2009). Dando como resultado lo siguiente, en las provincias con mayor población, son las que tendrán circunscripciones: según resultados oficiales de las elecciones generales del 2017, Pichincha conto con 3 circunscripciones, Guayas con 4 circunscripciones y Manabí con 2 circunscripciones (CNE, Consejo Nacional Electoral, 2017, pág. 152).

En publicación oficial de la Asamblea Nacional, hay un total de 137 asambleístas(AN), divididos de la siguiente forma:15 asambleístas nacionales, “*dos asambleístas por cada provincia o distrito metropolitano y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los cincuenta mil...*”(LOE, CD, 2009)y 6 asambleístas especiales divididos “*dos por Europa, Oceanía y Asia, dos por Canadá y Estados Unidos y dos por Latinoamérica, el Caribe y África*” (LOE, CD, 2009).

Figura 13.

Resultados oficiales, dignidades pluripersonales, elecciones generales



Fuente: Asamblea Nacional

3.10 Requisitos de postulación

De conformidad con el artículo 95, determina cuales son los requisitos para inscribirse como candidaturas, para aquellos cargos que son escogidos mediante voto popular, entre los cuales tenemos diferentes requisitos para cada candidato o postulando.

1. Para el cargo de Presidenta o Presidente y Vicepresidenta o Vicepresidente de la República del Ecuador, los requisitos son:
 - a. ser ecuatorianos de nacimiento
 - b. tener treinta y cinco años de edad al inscribirse
 - c. goce de derechos políticos
 - d. no tener inhabilidades o prohibiciones establecidas en la Constitución
 - e. declaración juramentada ante Notario Público que indiquen *“que no se encuentran incurso en las prohibiciones previstas en la Ley Orgánica para la Aplicación de la Consulta Popular efectuada el 19 de febrero del 2017”*(LOE, CD, 2009).
2. Para el cargo de Asambleísta incluidos los representantes ante el Parlamento Andino, también para el cargo de gobernador/a regional, consejero/a regional, prefecto/a provincial, viceprefecto/a, alcalde/sa distritales y municipales, concejales

distritales y municipales, como también vocales de las juntas parroquiales, los requisitos son:

- a. Tener diez y ocho años de edad al inscribirse
- b. goce de derechos políticos
- c. nacido o haber vivido en ella por los últimos dos años previos a la inscripción (con relación a la jurisdicción donde desea postularse)
- d. constar en el registro electoral del lugar al que desea representar
- e. haber sufragado en jurisdicción donde desea postularse en las últimas elecciones (ya sea nacional o seccional);
- f. no tener inhabilidades o prohibiciones establecidas en la Constitución
- g. Las y los representantes ante el Parlamento Andino, además, deben cumplir los requisitos las leyes o convenios internacionales que rijan la materia.
- h. En el caso de asambleísta de circunscripciones especiales como es la del exterior “*haber nacido en la respectiva circunscripción o haber vivido en ella, de forma ininterrumpida, al menos dos años en los últimos cinco años*”(LOE, CD, 2009).
- i. declaración juramentada ante Notario Público que indiquen “*que no se encuentran incursos en las prohibiciones previstas en la Ley Orgánica para la Aplicación de la Consulta Popular efectuada el 19 de febrero del 2017*”(LOE, CD, 2009).

3.11 Forma de voto

La forma del voto se refiere “*a la manera en la que el ciudadano o ciudadana puede marcar su voto en la papeleta el día de la elección*” (Atlas Electoral del Ecuador, 2009-2014).

Como ya se ha hecho énfasis la forma de voto se divide en:

- Elecciones unipersonales: representa un límite, en donde solo puede quedar electo un candidato entre varios contendientes, y en ciertos casos quedan dos, como por ejemplo dentro de nuestra legislación electoral, encontramos que en esta modalidad se escogen: gobernador/a regional, prefecto/a, viceprefecto/a, alcalde/esa municipal y metropolitano, presidente/a, vicepresidente/a (Atlas Electoral del Ecuador, 2009-2014).

- Elecciones pluripersonales: aquí no se limita, en el sentido que existirán varios candidatos que serán asignados a los puestos correspondientes, realizando un cálculo matemático implementado por el sistema electoral del año en curso con relación a la cantidad de votos obtenidos por el método de asignación de escaños determinado por la ley vigente (Atlas Electoral del Ecuador, 2009-2014).

En tal sentido desde el año 2009 hasta el año 2019, la República del Ecuador mantenía el “voto múltiple personalizado” (CNE, 2009-2014), para escoger a asambleístas, concejales y miembros de juntas parroquiales rurales, esto sustentado en la Ley Orgánica Electoral hasta antes de su reforma del 3 de febrero del 2020, la cual determinaba que “... los electores marcarán la casilla que identifique a cada candidato de una sola lista o entre listas, hasta el máximo de la representación que corresponda elegir” (LOE, CD, 2009), siendo en la actualidad diferente: “... Los electores marcarán la casilla de la lista de la organización política o alianza de su preferencia” (LOE, CD, 2009).

3.13 Forma de lista

En el caso de elecciones unipersonales, la papeleta de votación aparecerán casilleros por cada organización política, de los cual se podrá escoger al candidato preferido, ya sea de forma unipersonal o con su binomio (CNE, 2009-2014).

A diferencia de las elecciones pluripersonales que en los periodos del 2009 hasta el año 2019, se presentó como: listas de las organizaciones políticas donde refleja los candidatos principales y suplentes respectivamente, de los cuales con el paso del tiempo se fue implementando el uso de la foto de cada uno de los candidatos además de la identificación de su nombre.

En la normativa electoral vigente, una vez realizada la reforma el 3 de febrero del 2020, en la sección segunda de la Ley Orgánica Electoral, especifica una forma de lista, determinando lo siguiente “se elegirán votando por las respectivas listas de las organizaciones políticas o alianzas de su preferencia establecidas... El elector indicará su preferencia por una sola lista según las dignidades que correspondan” (LOE, CD, 2009).

Esto quiere decir que después de 22 años en Ecuador se aplicara votaciones cerradas y no serán abiertas en el caso de asignación de escaños pluripersonales, siendo la forma de sufragar de los ecuatorianos como comúnmente es denominada “voto en plancha”, con el criterio de soporte que beneficiaría a los partidos políticos mas no a decisión de los votantes.

Una vez abordado e identificado al sufragio y el derecho al voto, podemos analizar los sistemas electorales implementados en la legislación electoral ecuatoriana, esto es el sistema mayoritario y proporcional.

3.14 Sistema Mayoritario

El sistema de representación puramente mayoritaria, es cuando el candidato que alcanzó la mayoría de votos (esta puede ser simple o absoluta) en un distrito electoral, sin que se consideren los votos a favor de los candidatos derrotados.

El alemán Schröler define al sistema mayoritario como *“En general, en este sistema... gana un escaño en el distrito electoral quien logre la mayoría de los votos”*(Schröder, 2004). Defendiendo este tipo de concepto, el político Dieter Nohlen agrega que *“Los sistemas electorales mayoritarios son, aquellos sistemas que en su efecto conjunto se aproximan más al polo de la representación por mayoría...”*(Nohlen, 2004).

Se logra interpretar a este sistema electoral, como aquel que se refiere al candidato que tiene más votos, es el que gana, pero este sistema tiene dos variantes:

3.15 Sistema simple

También denominado como *“mayoría relativa de votos”*, es cuando, de todos los candidatos, el que tiene más votos gana y punto; por ejemplo:

Es decir que aquí el candidato que tiene el 45% es el ganador.

Tabla 11.

Ejemplo mayoría relativa

N °	CANDIDATOS	PORCENTAJE
1	Candidato	45% votos
2	Candidato	35% votos
3	Candidato	20% votos

Por lo general en este sistema de mayoría simple están los casos considerados como elecciones unipersonales como lo son la elección de:

- Gobernador o gobernadora regional, conforme el Código de la Democracia establece en el artículo 162 lo siguiente *“se proclamará ganador al candidato o candidata que hubiese obtenido el mayor número de votos”*(LOE, CD, 2009).
- Alcaldes de distrito metropolitano y alcaldías municipales, conforme el Código de la Democracia establece en el artículo ciento sesenta y tres (163) inciso segundo, lo siguiente *“se proclamará electo al candidato o candidata que hubiere obtenido el mayor número de votos”*(LOE, CD, 2009).
- Prefectos y viceprefectos provinciales, conforme el Código de la Democracia establece en el artículo ciento sesenta y tres (163) primer inciso, lo siguiente: *“se presentarán binomios que constarán en la misma papeleta y se proclamará ganadores a quienes hubiesen obtenido el mayor número de votos. Los binomios deberán integrarse con la participación de una mujer y un hombre o viceversa”*(LOE, CD, 2009).

En este tipo de elecciones mayoritarias en distritos uninominales sin segunda vuelta, desde el punto de vista estratégico se trata de impedir que los otros candidatos obtengan más votos que el propio y tratar de reunir la mayoría simple de votos; pero como se puede lograr esto, pues en el libro de estrategias políticas lo explican de la siguiente manera *“... puede lograrse mediante una delimitación positiva, pero también con la intervención de fuerzas indirectas que deterioren la confianza depositada en otros candidatos o con la adecuada presentación de candidatos independientes ficticios que justamente en el campo del principal candidato adversario intenten restarle votos para debilitarlo y así lograr la mayoría simple. Aquí se procede según el principio “divide y reinarás”*(Schröder, 2004).

Según lo explicado por Peter Schröder, existen tantas organizaciones políticas, que a veces se postulan como candidatos de la misma línea, pero con diferente nombre e identificación, pero con la misma inclinación política y directivos de forma “incógnita”, que lo único que buscan es quitar votos a partidos preferidos por los electores.

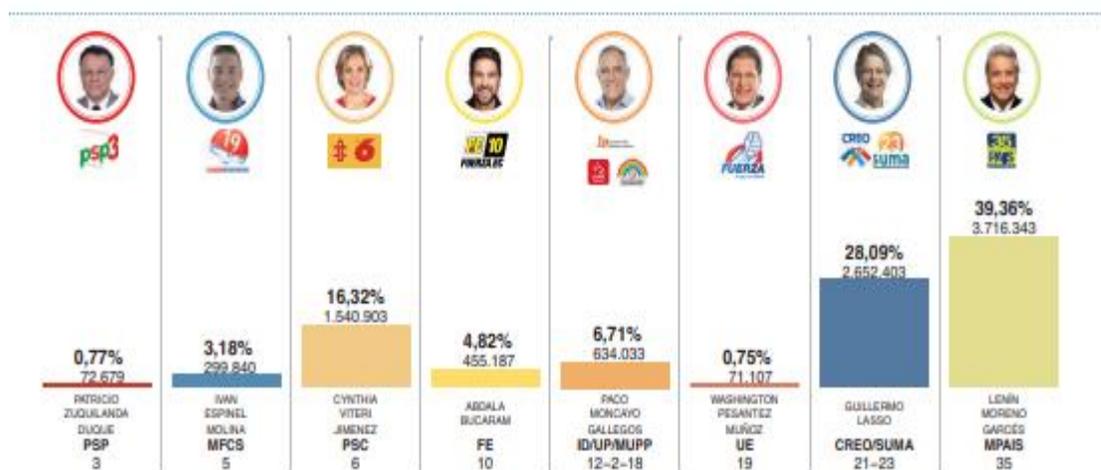
3.16 Absoluto

Es cuando el ganador debe tener mayoría absoluta, es decir que el candidato obtuvo más del 50% de los votos para ser elegido mayoría, lo que algunos suelen denominar como “la legítima mayoría”; pero en el caso de que ninguno de los candidatos obtiene más del 50% de votos a su favor, se aplicaría lo que se denomina como segunda vuelta, que es donde los 2 primeros candidatos que obtuvieron puntajes altos, se disputa por ver quién gana, es decir que vuelven hacer elección donde solo ellos son los únicos postulantes.

Conforme a los cuadros adjuntos, en elecciones generales realizadas en el 19 de febrero del 2017 para escoger al presidente o presidenta y asambleístas, no hubo lo que previamente describimos como “legítima mayoría”, pues el partido con presuntamente mayoría de votos no alcanzó superar el 50%, por lo que se aplicó la segunda vuelta.

Figura 14.

Resultados primera vuelta en territorio nacional y exterior, elecciones generales



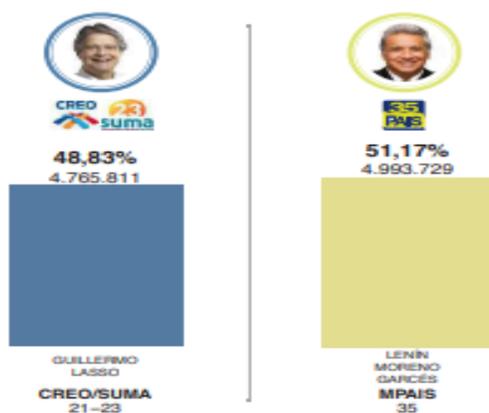
Fuente: CNE

Por lo general este sistema de mayoría absoluta es aplicado en elección generales (presidente / vicepresidente), de acuerdo al artículo 143 de la norma constitucional, que establece “Si en la primera votación ningún binomio hubiera logrado mayoría absoluta, se

realizará una segunda vuelta electoral dentro de los siguientes cuarenta y cinco días, y en ella participaran los dos binomios más votados en la primera vuelta”(CRE, 2008), recalcando que “No será necesaria la segunda votación si el binomio que consiguió el primer lugar obtiene al menos el cuarenta por ciento de los votos válidos y una diferencia mayor de diez puntos porcentuales sobre la votación lograda por el binomio ubicado en el segundo lugar”(CRE, 2008).

Figura 15.

Resultados segunda vuelta en territorio nacional y exterior, elecciones generales



Fuente: CNE

Condiciones para que se implemente el sistema mayoritario, son los siguientes:

1. Que los distritos sean pequeños (distrito es una división electoral utilizada para segmentar a la población votante, en el caso de Ecuador, circunscripción)
2. Se elige a un solo candidato por distrito (implementando un sistema uninominal, es que se elige a una sola persona)
3. La estructura del voto debe ser único, porque se está votando por candidato y no por una lista o partido político.
4. Relación directa con los electores
5. Independencia de candidatos, a no depender del criterio de una lista.

3.17 Sistema Proporcional

En el sistema de representación proporcional, *“se orienta con fuerza hacia partidos y grupos políticos, pues la representación... depende del porcentaje de votos que un partido o un grupo obtenga en la elección”* (Schröder, 2004). Sin embargo *“cuando se utiliza un sistema de representación proporcional, el efecto desproporcional es típicamente reducido y consecuentemente, partidos relativamente pequeños pueden obtener escaños”*(Nohlen, 2004). Los elementos técnicos que suelen hallarse en sistemas proporcionales, son:

3.18 Circunscripción plurinominal y candidaturas por lista

Este método depende del porcentaje de votos que obtengas por el cálculo de divisores, existen diferentes tipos de métodos, entre los más conocidos están el método D'Hondt, Saint Lague también conocido como método Webster, Hagenbach-Bischoff, Hare, Niemeyer; de los cuales serán explicados brevemente, pero en el presente trabajo solo se analizarán los métodos utilizados en la legislación electoral ecuatoriana, anteriormente el método D' Hondt / actualmente el método Webster.

Según el especialista en estrategias, describe métodos proporcionales, que él considera que tienen mayores resultados: *“Hagenbach-Bischoff: el número de escaños es el número de votos válidos emitidos dividido por el total de escaños a ser adjudicados en el distrito electoral más uno y en caso de que no se hayan asignados los escaños se deberá rectificar y sumar por dos”*(Schröder, 2004); *“Hare: número de votos válidos emitidos dividido por el número de escaños a ser adjudicados en el distrito electoral”*(Schröder, 2004); y, *“Niemeyer: los votos válidos emitidos a favor de los partidos se multiplican por el número de escaños a ser adjudicados y el resultado se divide por el número total de los votos válidos emitidos, los partidos reciben tanto escaños como como cifras enteras aparezcan, el resto de los escaños se adjudica según el valor de las fracciones resultantes”*(Schröder, 2004).

Entendiendo entonces que el Método D'Hont, es un sistema electoral que se utiliza, generalmente, para repartir los escaños (puesto o cargo público) de una forma no realmente proporcional a la cantidad de votos adquiridos por las candidaturas. Inclusive, el Dr. Alex Villalobos, dentro de su estudio indico que el método D'Hont, *“... es un sistema electoral que se utiliza, para repartir los escaños de un parlamento o congreso, de modo no puramente proporcional a los votos obtenidos por las candidaturas”*(Villalobos, 2007).

El autor español Jorge Urdániz Ganuza indica en su tesis doctoral *“que no hay métodos Proporcionales; los que la doctrina reconoce como Proporcionales y distingue de los Mayoritarios él los llama “Proporcionalistas” pues asegura que la proporcionalidad no es posible alcanzar... Ciertamente, lo que hay es mayor o menor grado de desproporcionalidad, pero no en los métodos sino en las distribuciones generadas por esos métodos o, inclusive, en distribuciones que no correspondan a ninguno de los métodos conocidos”* (Estrella Aguilar, 2018); se puede agregar que en las elecciones públicas con una gran cantidad de votantes si tiene razón lo mencionado, pero, es común denominar a estos métodos como proporcionales, aunque en opinión de esta autora se alejan del principio de la proporcionalidad.

Es vital conocer que en las últimas elecciones generales realizadas el año 2017 y seccionales realizadas el año 2019 se aplicaba el método D’Hondt para la adjudicación de escaños en elecciones pluripersonales con relación a los concejales, miembros de juntas parroquiales y para los asambleístas a excepción de asambleístas nacionales que se aplicaba exclusivamente el método Webster; con la publicación de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia (LR, 2020), de fecha 03 de febrero del 2020, la adjudicación de escaños en elecciones pluripersonales tanto concejales, miembros de juntas parroquiales como asambleístas se utilizará el método Webster.

Pero aquí nace la interrogante de cuál es la diferencia específica de cada método proporcional, pues el Método D’Hondt conocido por ser el *“calculo con divisores naturales”*(Estrella Aguilar, 2018); y el método Webster conocido por ser el cálculo con *“serie de números impares hasta obtener cada una de ellas un número de cocientes igual al de los candidatos a elegirse como principales”*(Estrella Aguilar, 2018, pág. 34).

Hasta las elecciones seccionales celebradas el 24 de marzo del 2019, se aplicó el Método D’Hondt determinado en el artículo 164 de la Ley Orgánica Electoral, la cual determinaba lo siguiente: *“1. La votación obtenida por cada uno de los candidatos sin diferenciar los votos de lista de los de entre listas se sumará para establecer la votación alcanzada por cada lista. 2. Al total de la votación obtenida por cada lista se aplicará la fórmula de divisores continuos; se dividirá para 1, 2, 3, 4, 5 y así sucesivamente, hasta obtener cada una de ellas un número de cocientes igual al de los candidatos a elegirse como principales; 3. Con*

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

los cocientes obtenidos, se ordenarán de mayor a menor y se asignarán a cada lista los puestos que le correspondan, de acuerdo a los cocientes más altos, hasta completar el número total de representantes a elegirse; y, 4. La adjudicación de los escaños en cada lista corresponderá a los candidatos que hayan obtenido mayores preferencias” (LOE, CD, 2009).

Siendo más específicos, se explicara en esta investigación mediante el análisis y computo conforme a la normativa previamente mencionada, y cotejada con la información constante en la página oficial del Consejo Nacional Electoral, con relación al numeral 1, como se obtiene la cantidad de votos de cada lista, es realizado por suma total de los votos obtenidos por los candidatos, por ejemplo: en el cantón Samborondón de deben escoger 7 concejales, de los cuales 5 son concejales urbanos y 2 son concejales rurales; de los cuales 10 partidos, organizaciones o alianzas políticas postularon candidatos, aquí viene la explicación del numeral dos (2), dividir la cantidad de votos obtenidos por la lista por 1, 2, 3, 4, ... hasta llegar a la cantidad de escaños a determinar, en este caso serán 7 porque son 5 los puestos para concejales urbanos y 2 los puestos para concejales rurales, dando como resultado lo siguiente:

Tabla 12.

Cálculo método D´Hondt para obtener los escaños de Concejales Urbanos cantón Samborondón

MÉTODO D´HONT						
PARTIDO / LISTA	VOTOS	/ 1	/ 2	/ 3	/ 4	/ 5
CAMBIORONDON	4893	4893	2446,5	1631	1223	979
UNIDAD POPULAR	1260	1260	630	420	315	252
MADERA GUERRERO	77247	77247	38623,5	25749	19312	15449

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

ALIANZA POLITICA	3800	3800	1900	1267	950	760
FUERZA EC	4306	4306	2153	1435	1077	861
CREO	56070	56070	28035	18690	14018	11214
SUMA	4265	4265	2132,5	1422	1066	853
ALIANZA PAIS	4221	4221	2110,5	1407	1055	844
MST	940	940	470	313	235	188
MIPS	1596	1596	798	532	399	319

Fuente: CNE

Tabla 13.

Cálculo método D'Hondt para obtener los escaños de Concejales Rurales cantón Samborondón

MÉTODO D'HONT			
PARTIDO / LISTA	VOTOS	/ 1	/ 2
CAMBIORONDON	409	409	204,5
UNIDAD POPULAR	45	45	22,5
MADERA GUERRERO	3905	3905	1952,5
ALIANZA POLITICA	471	471	235,5
FUERZA EC	95	95	47,5

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

CREO	2295	2295	1147,5
SUMA	523	523	261,5
ALIANZA PAIS	275	275	137,5
MST	115	115	57,5
MIPS	178	178	89

Fuente: CNE

Según el numeral 3 se ordena de mayor a menor con la finalidad de determinar cuáles serán las listas que obtendrán los escaños, siendo de la siguiente manera en con los concejales urbanos:

Tabla 14.

Orden método D'Hondt de mayor a menor concejales urbanos, cantón Samborondón

N °	PARTIDO	
1	MADERA DE GUERRERO	77247
2	CREO	56070
3	MADERA DE GUERRERO	38623,5
4	CREO	28035
5	MADERA DE GUERRERO	25749

Fuente: CNE

Es decir que el partido político MADERA DE GUERRERO obtuvo 3 curules; y, el partido político CREO obtuvo 2 curules, dando un total de "5". Pero el orden es determinado de acuerdo a los candidatos que obtuvieron mayor cantidad de votos.

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 15.

Orden método D'Hondt de mayor a menor concejales urbanos, cantón Samborondón

N °	PARTIDO	
1	MADERA DE GUERRERO	3905
2	CREO	2295

Fuente: CNE

Es decir que el partido político MADERA DE GUERRERO obtuvo 1 curul; y, el partido político CREO obtuvo 1 curul, dando un total de "2". Pero el orden es determinado de acuerdo a los candidatos que obtuvieron mayor cantidad de votos. Y, el orden de los mismos quedo de la siguiente manera según información constante en la página oficial de G.A.D., del cantón Samborondón (Municipio de Samborondón, 2020), encontramos a los concejales urbanos como:

Tabla 16.

Orden conforme el resultado determinado en el art. 164 numeral 4 de la (LOE, CD, 2009) previo a la reforma

CURUL	PARTIDO	CANDIDATO	VOTOS
Concejal Urbano 1	Madera de Guerrero	Dr. Carlos Alvear Vivanco	17110
Concejal Urbano 2	CREO	Abg. Olga Zambrano Arguello	11712
Concejal Urbano 3	Madera de Guerrero	Tnlga. Miryan López Pérez	15621

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Concejal Urbano 4	CREO	Ing. Julio Israel Calderón	13921
Concejal Urbano 5	Madera de Guerrero	Filiberto Solis Mariscal	15170
Concejal Rural 1	Madera de Guerrero	Carlos Gómez Intriago	2547
Concejal Rural 2	CREO	Ing. Willians Gómez Murillo	1356

Fuente: CNE (<http://cne.gob.ec/es/>)

Con la publicación de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia (LR, 2020), de fecha 03 de febrero del 2020, la adjudicación de escaños en elecciones pluripersonales fue modificando, englobando a todos las dignidades de cargo pluripersonales y no siendo sectorizado como antes, siendo igual para concejales distritales y municipales, miembros de juntas parroquiales como también para todos los asambleístas se utilizará el método Webster, quedando la norma de la siguiente manera:

El artículo 164 del Código de la democracia determina “*en todas las elecciones pluripersonales para la adjudicación de escaños se procederá de la siguiente manera: a) La votación total de cada lista se determinará por los votos obtenidos por votación de lista; b) La votación total de cada lista se dividirá para la serie de números 1, 3, 5, 7, y así sucesivamente en la proporción aritmética de la serie, hasta obtener tantos cocientes como número de escaños a asignarse; c) Los cocientes obtenidos se ordenan de mayor a menor y, de acuerdo a los más altos cocientes, se asignarán a cada lista los escaños que les correspondan; y, d) La asignación de los escaños de la lista corresponderá a los candidatos en estricto orden de posición en la lista*”(LOE, CD, 2009).

Teniendo en cuenta que en el cantón Samborondón se tienen que escoger 7 concejales, de los cuales 5 son concejales urbanos y 2 son concejales rurales; de los cuales diez (10) partidos, organizaciones o alianzas políticas postularon candidatos, aquí viene la

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

explicación del literal b), dividir la cantidad de votos obtenidos por la lista por 1, 3, 5, ... hasta llegar a la cantidad de escaños a determinar, en este caso serán 7 porque son cinco (5) los puestos para concejales urbanos y dos (2) los puestos para concejales rurales, dando como resultado lo siguiente:

Tabla 17.

Cálculo método Webster para obtener los escaños de Concejales Urbanos cantón Samborondón

METODO WESTER						
		Candidato	Candidato	Candidato	Candidato	Candidato
		1	2	3	4	5
PARTIDO	VOTOS	/ 1	/ 3	/ 5	/ 7	/ 9
CAMBIORONDON	4893	4893	1631	979	699	544
UNIDAD POPULAR	1260	1260	420	252	180	140
MADERA GUERRERO	77247	77247	25749	15449	11035	8583
ALIANZA POLITICA	3800	3800	1267	760	543	422
FUERZA EC	4306	4306	1435	861	615	478
CREO	56070	56070	18690	11214	8010	6230
SUMA	4265	4265	1422	853	609	474
ALIANZA PAIS	4221	4221	1407	844	603	469

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

MST	940	940	313	188	134	104
MIPS	1596	532	532	319,2	228	177,33

Fuente: CNE

Tabla 18.

Cálculo método Webster para obtener los escaños de Concejales Rurales cantón Samborondón

METODO WESTER			
		Candidato 1	Candidato 2
PARTIDO	VOTOS	/ 1	/ 3
CAMBIORONDON	409	409	136
UNIDAD POPULAR	45	45	15
MADERA GUERRERO	3905	3905	1302
ALIANZA POLITICA	471	471	157
FUERZA EC	95	95	32
CREO	2295	2295	174
SUMA	523	523	174
ALIANZA PAIS	275	275	92
MST	115	115	38
MIPS	178	178	59

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Fuente: CNE

Según el literal c), hay que ordenar de mayor a menor con la finalidad de determinar cuáles serán las listas que obtendrán los escaños, y sin dejar a un lado el literal d) por el cual establece estrictamente que **NO SE PODRÁ CAMBIAR EL ORDEN**, siendo de la siguiente manera en con los concejales urbanos:

Tabla 19.

Orden método Webster de mayor a menor concejales urbanos, cantón Samborondón

N °	PARTIDO	
1	MADERA DE GUERRERO	77247
2	CREO	56070
3	MADERA DE GUERRERO	25749
4	CREO	18690
5	MADERA DE GUERRERO	15449

Fuente: CNE

Tabla 20.

Orden método Webster de mayor a menor concejales urbanos, cantón Samborondón

N °	PARTIDO	
1	MADERA DE GUERRERO	3905
2	CREO	2295

Fuente: CNE

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

Es decir que el partido político MADERA DE GUERRERO obtuvo 3 curules; y, el partido político CREO obtuvo 2 curules, dando un total de “5” para la asignación de concejales urbanos; y, con relación a la asignación de concejales rurales el partido político MADERA DE GUERRERO obtuvo 1 curul; y, el partido político CREO obtuvo 1 curul, dando un total de “2”.

Pero que es lo que se espera del sistema proporcional, pues para los estadísticos Reynolds, Reilly y Ellis es que *“el resultado de este dilema es que muchos electores terminan por no expresar su preferencia más profunda sino por votar por un candidato que creen que tiene más oportunidad de ganar el cargo en disputa (el cual usualmente representa a uno de los grandes partidos). El efecto general de esto es el de fortalecer a los partidos más grandes a expensas de los pequeños. En contraste, es más probable que los sistemas proporcionales o los que le permiten al elector señalar preferencias múltiples faciliten la elección de partidos pequeños y, por lo tanto, que se reduzcan las presiones por votar de manera estratégica”* (Reynolds, Reilly, & Ellis, Diseño de sistemas electores: El nuevo manual de IDEA Internacional, 2005, pág. 21).

Aquí es cuando entra el dilema de si la norma constitucional especifica que se debe aplicar este tipo de sistema para que entren aquellos partidos políticos con minorías de votos; es más, ni la norma electoral vigente a pesar de haberse reformado, no lo determina.

Lo que si queda claro es que con el método proporcional entra el alejamiento entre el sistema aplicado en nuestro país con la finalidad de votación como tal, del sufragio, es la voluntad y decisión del votante mas no en base a un sistema aleatorio como lo es el sistema proporcional, donde entran “minorías” y aquellos que obtuvieron en realidad acogida por parte del pueblo, con un alto índice de votos no son escogidos o asignados un puesto; a diferencia de cuando se emplea un método mayoritario, la desproporción entre votos y escaños de los respectivos partidos es típicamente alta. Por lo contrario, cuando se utiliza un sistema de representación proporcional, el efecto desproporcional es típicamente reducido, partidos relativamente pequeños pueden obtener escaños.

3.19 Sistema de asignación de escaños en Colombia, Perú y Argentina

De acuerdo a los objetivos específicos de este estudio de caso, se analizará y explicara el sistema de asignación de escaños de países vecinos como Colombia, Perú y Argentina con la finalidad de conocer la forma como estos Estados han logrado una efectiva asignación de escaños acorde al mandato constitucional.

3.19.1 Colombia

Los órganos máximos del sistema electoral colombiano son: El Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, consideradas como autónomas e independientes conforme lo determina la Carta Política, en el artículo 120 tipifica que *“tienen a su cargo la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia”* (CPC, 1991).

En el capítulo 2do de la Constitución Política de Colombia(CPC, 1991) describe al Consejo Nacional Electoral como aquel que *“se compondrá de 9 miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de 4 años, mediante el Sistema de Cifra Repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos”* (CPC, 1991) artículo 264. A diferencia de la Registraduría Nacional del Estado civil, que según la misma norma constitucional establece que *“estará conformada por servidores públicos que pertenezcan a una carrera administrativa especial a la cual se ingresará exclusivamente por concurso de méritos y que preverá el retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio”* (CPC, 1991) artículo doscientos veintiséis (266) tercer inciso.

Pero en la práctica siendo la cabeza el Consejo Nacional Electoral (constitucionalmente independiente), no tiene presupuesto propio, por lo que depende de la Registraduría, al no tener delegaciones regionales, es decir en caso de actos contrarios en el sistema electoral, solo funciona con las denuncias de los actos ocurridos debido a que no tiene delegaciones de investigación, es un cuerpo politizado, porque lo eligen los propios partidos políticos.

La Registraduría en Colombia, se encarga de organizar elecciones, liderar el conteo, entregar los resultados y es la encargada de contratar todos los contratistas para organizar las elecciones. En Colombia existen 2 clases de elecciones:

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

1. Elección ordinaria: son aquellas que se realizan en las fechas previamente determinadas por la Constitución Política y la ley, por ejemplo: los colombianos eligen en elecciones ordinarias al presidente de la república.
2. Elección atípica: son eventos electorales en los que se realizan por fuera del calendario electoral ordinario, con el fin de cubrir la vacancia absoluta de un mandatario y elegir una autoridad por el tiempo que resta del periodo constitucional del cargo, las posibles causas de esta vacancia son: la muerte, renuncia aceptada, incapacidad física permanente, declaratoria de nulidad por su elección, la interdicción judicial, destitución, y la revocatoria del mandato.

Para la inscripción de un candidato existen dos formas: por medio del aval de un partido o movimiento político con personería jurídica reconocida por el Consejo Nacional Electoral, siendo el representante legal del partido quien otorgue el respectivo apoyo; o por otro lado, con el apoyo de un grupo significativo de personas que deben inscribirse a través de un comité integrado por 3 ciudadanos, registrarse ante la autoridad electoral, respaldando al candidato a través de un total de firmas y la póliza de seriedad (el número de firmas deberá superar las 50.000).

Con relación a las Elecciones Presidenciales, entre los requisitos para el cargo, se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de 30 años, hay reelección hasta por un periodo, se es elegido por la mitad más uno (50 +1) de los votos que *“de manera secreta y directa depositen los ciudadanos colombianos en la fecha y con las formalidades que determina la ley”*(CPC, 1991) artículo 190, desempeñaran el cargo por un periodo de 4 años.

Es la legislatura bicameral de la república de Colombia conformado por el Senado y por la Cámara de Representantes, según el artículo 114 de la Constitución de Colombia de 1991 proclama al congreso como el máximo órgano representativo del poder legislativo, según el mismo articulado, le corresponde al congreso de la república de Colombia, *“reformar la constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración”*(CPC, 1991). La misma norma estipula que las elecciones para congresos se celebren en el segundo domingo de marzo en años pares, como las de la presidencia y vicepresidencia, pero no al mismo tiempo, cada cuatro años.

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

El Senado de la República está conformado por representación directa del pueblo, actuando por *“la justicia y el bien común”*(CPC, 1991) artículo 133, se eligen los miembros por circunscripción nacional, actualmente está integrado por 108 senadores, de acuerdo a la Ley 1909(Colombia C. d., 2018) que adiciono contenidos a la Constitución Política de Colombia(CPC, 1991), siendo de la siguiente forma: 100senadores escogidos por voto popular en circunscripción nacional, 5 senadores pertenecientes al partido F.A.R.C., (Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común), 2 senadores escogidos por circunscripción especial indígena y 1 senador quien fue el segundo más votado como candidato presidencial (Colombia C. d., 2018).

Se considera a La Cámara de Representantes como la representación directa que se elige por votación popular de los 172 miembros, 161 serán elegidos por circunscripción territorial, por departamento o por el distrito capital *“dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada doscientos cincuenta mil habitantes o fracción mayor de ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil”*(CPC, 1991) artículo 176,4 a través de circunscripciones especiales, 2 para las comunidades afrodescendientes, 1 para la indígena, y 1 para los colombianos residentes en el exterior), 1 representante el cual fue el segundo mayor votado para vicepresidente de acuerdo a la Ley 1909 (Colombia C. d., 2018)que adiciono contenidos a la Constitución Política de Colombia y finalmente, cinco (5) representantes pertenecientes al partido F.A.R.C.,(Colombia C. d., 2018).

Las entidades territoriales son los departamentos, los municipios y los distritos, estos a su vez tienen unas autoridades que velan por el cumplimiento de los derechos y el bien de los ciudadanos; a nivel departamental se encuentra la asamblea departamental y el Gobernador, a nivel de los municipios y distritos son el Alcalde (quien es el encargado de dirigir la administración pública) y el Consejo Municipal o distrital. Las asambleas no ejercen una función legislativa y por tal razón no pertenecen a la rama legislativa del poder público, las funciones de las asambleas son de dos tipos: administrativas (estudio, debate, modificación, presentación y aprobación de proyecto para favorecer el buen funcionamiento del departamento) y de control político (limita el poder y vigila la transparencia de los gobernantes).

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

Las asambleas departamentales son elegidas popularmente para periodos de 4 años, su periodo inicia el 1 de enero del siguiente año de su elección y concluye el 31 de diciembre del último año de su periodo. Si el número de habitantes del departamento es menor o igual a 300.000, el número de diputados será 15; si el número de habitantes es mayor a trescientos mil (300.000), el número de diputados será de 15 + 1 por cada 150.000 habitantes.

En cada municipio debe haber una corporación administrativa elegida popularmente que se denominó Consejo Municipal, el periodo de los concejales es de 4 años; están conformados por no menos de 7 y no más de 21 miembros, según lo determina la ley de acuerdo con la población de cada respectivo municipio.

El umbral es el mínimo de votos que debe alcanzar un partido político para poder tener participación en el congreso o en algún órgano colegiado, se crean barreras para que no cualquier partido tenga acceso al poder, con el fin de dar estabilidad al sistema político y mejorar la gobernabilidad. esto según a la reforma constitucional del 2003, que estableció por primera vez “el umbral”, con la finalidad de reducir la inestabilidad derivada de un sistema donde 70 partidos obtenían curul (este se obtiene de dividir por 2 el cociente electoral, es decir equivale a calcular el 50%).

Pero aquí aparece la incógnita ¿Qué es el voto preferente?, la cual es la forma en que los ciudadanos colombianos escogen al partido político de su preferencia en particular, sino también un candidato en particular dentro del mismo grupo quien estará representando un número impreso en la “tarjeta electoral”, de esta manera tendrán un curul los candidatos que alcancen un mayor número de votos al interior de sus partidos sin importar el orden en el que aparezcan registrados en la tarjeta electoral.

El procedimiento a seguir en caso de elecciones plurinominales, como, por ejemplo: en el caso de congresistas, este queda elegido con la cifra repartidora de votos totales válidos obtenidos por todos los partidos políticos que entran a la repartición de curules, y que alcancen el umbral, cabe recalcar que se aplica el método D’Hondt en este tipo de asignaciones de escaños, por ejemplo:

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Como 1er paso es identificar los votos válidos y el cociente electoral, pero de aquí nacen las preguntas, que serán identificados en esta investigación: ¿Qué es un voto válido? y ¿Que es el cociente electoral? El voto válido se obtiene como resultado de la suma de votos por listas más votos en blanco; y, el cociente electoral se obtiene por la división del total de votos válidos por el número de curules a proveer. Por ejemplo: Curules a proveer: 7

Tabla 21.

Resultados por partido

RESULTADOS POR PARTIDO		
N °	Partido o Movimiento	Votación
1	Partido Cevallos	741
2	Partido Morales	184
3	Partido Rea	697
4	Partido González	100
5	Votos por Partidos	1.722
6	Votos en Blanco	16
7	Total votos válidos (suma de casillas 5+6)	1.738
8	Votos nulos	117
9	Votos no marcados	136
	TOTAL VOTOS (suma casillas 7+8+9)	1.991

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Cociente sería el cálculo de $1738 / 7$ curules = 248.29

Umbral sería el cálculo del cociente $248.29 / 2$ (el 50%) = 124.145

Por lo tanto, el Partido González no supero el umbral y queda excluido del cálculo de la cifra repartidora y de las asignaciones de curules, en el caso de que sean varios, todos los inferiores al umbral saldrán de la contienda. Después de haber identificado el umbral se procede con el proceso de la cifra repartidora, pero ¿Cómo se obtiene la cifra repartidora? Esta se obtiene al aplicar los siguientes pasos:

1. Determinar si la lista alcanzo el umbral;
2. La cifra repartidora solo se aplica a las listas de los partidos que pasan el umbral, los otros partidos ya no participarían;
3. El número de votos de cada lista debe dividirse por 1, 2, 3, 4, ..., y así sucesivamente hasta el número de curules a proveer;

Votos partido W: 410; votos partido X: 310; votos partido Y: 175. curules = 5

Tabla 22.

Votos Partidos

VOTOS PARTIDOS		
$410/1 = 410$	$310/1 = 310$	$175/1 = 175$
$410/2 = 205$	$310/2 = 155$	$175/2 = 87$
$410/3 = 136$	$310/3 = 103$	$175/3 = 58$
$410/4 = 102$	$310/4 = 77$	$175/4 = 43$
$410/5 = 82$	$310/5 = 62$	$175/5 = 35$

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

4. Ordenar los resultados de mayor a menor hasta que se logre un número total de resultados igual al número de curules a proveer;

PUESTO 1 = 410

PUESTO 2 = 310

PUESTO 3 = 205

PUESTO 4 = 175

PUESTO 5 = 155

5. la cifra repartidora es el resultado menor;

PUESTO 1 = 410

PUESTO 2 = 310

PUESTO 3 = 205

PUESTO 4 = 175

PUESTO 5 = 155

Para identificar cuantos curules obtiene la lista de cada partido para las elecciones deben tenerse en cuenta que cada lista tendrá tantas curules como el número de veces que la cifra repartidora este contenido en el número de votos válidos, para esto se dividirá el número de votos válidos obtenidos por cada lista entre la cifra repartidora;

votos partido W: 410

curules = 5

votos partido X: 310

cifra repartidora = 155

votos partido Y: 175

Tabla 23.

División de votos válidos obtenidos por cada lista

DIVISIÓN DE VOTOS VÁLIDOS
PARTIDO W: $410/155 = 2.6$
PARTIDO X: $310/155 = 2$
PARTIDO Y: $175/155 = 1.1$

6. En este caso el número de curules para las elecciones del municipio "X" sería lo siguiente:

Es decir que entrarían 2 candidatos de partido W, 2 candidatos del partido X y 1 candidato del partido Y, completando los 5 curules.

Con relación a las listas y candidatos únicos, antes de la reforma política del 2003, las fuerzas políticas se habían multiplicado y fragmentado, en consecuencia los partidos no solían funcionar como instancia de encuentro y unificación, por el contrario en repetidas ocasiones terminaban concediendo avales para que distintos candidatos emprendieran campañas de corte personalista; sin embargo como fue previamente explicado, el modelo de la lista única es matizado por la figura del voto preferente, si bien la lista única apunta a la agrupación de facciones, el voto preferente le da margen de maniobrar a los candidatos en tanto les permite competir entre sí por su posicionamiento en la lista ya que no es el partido en su fuero interno sino el electorado el que decide quienes ocupan los primeros renglones.

3.19.2 Perú

El Sistema electoral peruano según el artículo 177 de la Constitución Política Peruana vigente (CPP, 1993), determina un sistema tricéfalo, por lo que establece que conforme el sistema tres órganos:

Jurado Nacional de Elecciones (abreviatura JNE)

Es un organismo constitucionalmente autónomo del estado peruano, tiene como competencias "*fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, el referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales... administrar justicia en materia electoral...*" (CPC, 1991), además de ser el órgano encargado de proclamar los resultados electorales, otorga los reconocimientos a través de credenciales correspondientes a las autoridades electas, así mismo tiene como función el dictar resoluciones de carácter general para reglamentar y normar sus disposiciones electorales.

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

Esta autoridad máxima, está integrada por 5 miembros (CPP, 1993): el 1er será escogido entre uno de los miembros de la Corte Suprema ya sean jubilados o activos; el 2do será escogido entre uno de los miembros de la Junta de Fiscales Supremos ya sean jubilados o activos; el 3er entre los miembros del Colegio de Abogados de Lima; el 4to será escogido por los decanos de las Facultades de Derecho de Universidades Públicas y el 5to por los decanos de las Facultades de Derecho de Universidades Privadas (entre los ex decanos, para que no interrumpen sus actividades administrativas actuales), cabe recalcar que esta elección es por votación secreta de cada una de las instituciones previamente descritas(CPP, 1993).

Son elegidos cada 4 años, y reelegidos de forma alternada cada 2 años, además teniendo como prohibición pertenecer a una organización política o que hayan pertenecido con 4 años de anterioridad, esto según lo determinado por norma constitucional, artículo 180 del (CPP, 1993).

Registro Nacional de Identificación y Registro Civil (abreviatura RENIEC)

Es un organismo autónomo encargado de la identificación de los peruanos, otorgando sus documentos nacionales de identidad, registrado a la vez, hechos vitales como nacimientos, matrimonios, defunciones, divorcios y otros que modifican el estado civil de los ciudadanos. Haciendo durante los procesos electorales, proporcionando el padrón electoral que se va a utilizar en cada uno de esos procesos. Según el artículo 182 de la Constitución Política, el jefe del RENIEC es nombrado por el Consejo Nacional por un periodo de 4 años, siendo este renovable(CPP, 1993).

Oficina Nacional de Procesos Electorales (abreviatura ONPE)

Es un organismo electoral constitucionalmente autónomo, que forma parte de la estructura del estado, en cuestión de procesos electorales está encargado de organizar y ejecutar los mismos, así también como los de referéndum y los de consulta popular; su finalidad es velar porque se tenga la fiel y libre expresión de la voluntad popular, manifestada a través de los votos de los ciudadanos; con relación a las organizaciones políticas, es el organismo que se encarga de la verificación de la firma adherente de los partidos políticos que están en proceso de inscripción así también como la verificación y control de las actividades económicas – financieras, y brindar asistencia técnico electoral en procesos de democracia interna.

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

Tal como lo determina la norma constitucional, en las elecciones pluripersonales hay una representación proporcional.

Con la promulgación de la Ley número 28581(2005) se modifican artículos de la Ley Orgánica de Elecciones(LOE, 1997) y de la Ley de Partidos Políticos, entre ellas la implementación del voto electrónico, determinada en la primera disposición complementaria de la mencionada ley *“autorizase a la Oficina Nacional de Procesos Electoral – ONPE, la implementación progresiva y gradual del voto electrónico con medios electrónicos e informativos o cualquier otra modalidad tecnológica que garantice la seguridad, y confidencialidad de la votación, la identificación del elector, la integridad de los resultados y la transparencia en el proceso electoral”* (Ley No. 28581, 2005). La cual entro en vigencia y fue aplicada al siguiente año, en las elecciones generales del año dos mil seis (2006).

Según la Ley Orgánica de Elecciones, dentro de las elecciones generales, se escogen a la Presidencia y Vicepresidencia, Congreso de la República, se realizan cada 5 años, siendo el *“segundo domingo del mes de abril”*(LOE, 1997) artículo 16; y también están las elecciones regionales y municipales, pero cada una se determina con diferentes métodos de asignación de escaños, la cual es:

1. Presidencia y Vicepresidencia: son escogidos por sufragio directo, en un distrito electoral único, utilizando el sistema de mayoría de votos, por lo que según el artículo 17 de la ley *“se requiere haber obtenido más de la mitad de los votos válidos, sin computar los votos viciados y en blanco”*(LOE, 1997); en caso de no obtenerlo, se realiza una 2da elección que se realizaran 30 días posteriores, pero solo los que obtuvieron la mayorías de votos.
2. Congreso de la República (órgano que asume el poder legislativo en Perú, siendo unicameral, integrado por 130 miembros): son escogidos por sufragio directo, en diferentes distritos electorales múltiples, pero para su cómputo se utiliza el método de la cifra repartidora con doble voto preferencial opcional.

Pero ¿Qué es el voto preferencial?, según la guía emitida por el ONPE, con relación a las elecciones generales *“es el derecho que se otorga al ciudadano o ciudadana de elegir las candidaturas (una o dos) de su preferencia, dentro de una lista de candidatos que presenta una organización política, debiendo para ello escribir dentro de los recuadros, uno o dos números de los candidatos o candidatas que prefiere”* (ONPE, 2011). Esto se aplica con la

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

finalidad de reordenar los candidatos de la organización política en el Congreso de la República.

Figura 16.

Ejemplo voto preferencial ONPE



Fuente: sitio web <https://www.web.onpe.gob.pe/modCompendio/index.html>

El JNE menciona dentro de su informe relacionado a la cifra repartidora, determina a la proporcionalidad como aquel que “*va a depender del tamaño de la circunscripción electoral; es decir, cuantos más escaños tenga esta, más partidos podrán acceder a representación política, a menor cantidad de escaños menor ser la fragmentación del colegiado*”(Sartori, 1996).

Por lo tanto, para determinar la cifra repartidora implementado en Perú de acuerdo al artículo 29 de la (Ley Organica de Elecciones, 1997), con relación al distrito electoral del callao, la cantidad de puestos a asignarse es de 4 congresistas, y se realiza de la siguiente manera:

1. Se determina el total de votos válidos obtenidos por cada lista de candidatos (esto se realiza sobre el total de votos válidos, descontando votos blancos y nulos, obtenidos por las listas en contienda):

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 24.

Votos válidos obtenidos por cada lista de candidatos

VOTOS VÁLIDOS OBTENIDOS POR CADA LISTA DE CANDIDATOS	
LISTAS	VOTOS VÁLIDOS
Lista 1	6,580
Lista 2	4,220
Lista 3	3,215
Lista 4	2,500

- La cantidad de votos válidos, se dividen entre números naturales consecutivos (entre 1, entre 2, entre, 3, entre 4...), en el caso de que sea un distrito con mayor asignación de escaños, este será por aquella cantidad (por ejemplo, en el caso de Lima debería dividirse hasta el número 33, porque ese el número de congresistas a asignarse); solo en este caso, es hasta 4

Tabla 25.

División de votos válidos entre números naturales consecutivos

LISTAS	VOTOS	ENTRE 1	ENTRE 2	ENTRE 3	ENTRE 4
Lista 1	6,580	6,580	3,290	2,193	1,645
Lista 2	4,220	4,220	2,110	1,406	1,055
Lista 3	3,215	3,215	1,607	1,071	803
Lista 4	2,500	2,580	1,290	860	645

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

3. El resultado de esta operación, hay que ordenarla de forma decreciente, es decir, de mayor a menor, quedando de la siguiente forma:

Tabla 26.

Resultados ordenados

PUESTOS ORDENADOS DE FORMA DECRECIENTE			
Puesto 1	6,580	Puesto 9	1,607
Puesto 2	4,220	Puesto 10	1,406
Puesto 3	3,290	Puesto 11	1,290
Puesto 4	3,215	Puesto 12	1,071
Puesto 5	2,580	Puesto 13	1,055
Puesto 6	2,193	Puesto 14	860
Puesto 7	2,110	Puesto 15	803
Puesto 8	1,645	Puesto 16	645

Como los puestos a asignarse son "4", el "puesto 4" vendría a ser la cifra repartidora.

4. El total de votos válidos de cada lista se divide entre la cifra repartidora para establecer el número de cargos que le corresponde a cada una de ellas. En este caso, entre "3,215".

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 27.

Número de cargos

LISTAS	VOTOS VÁLIDOS	ENTRE LA C.R.	TOTAL
Lista 1	6,580	6,580 / 3,215	2.05
Lista 2	4,220	4,220 / 3,215	1.31
Lista 3	3,215	3,215 / 3,215	1.00
Lista 4	2,500	2,500 / 3,215	0.80

5. El número de cargos que se adjudican a cada lista, está definido por la parte entera del cociente obtenido.

Siendo entonces, según el ejemplo: la “Lista 1” tendría 2 congresistas, la “Lista 2” tendría 1 congresistas, la “Lista 3” tendría 1 congresistas, y la “Lista 4” no tendría ningún congresista.

6. En caso de no alcanzarse a adjudicar el número total de cargos previstos, se adiciona la unidad de lista que tenga mayor parte decimal (como en el caso de que una lista haya obtenido 0.99, podría asignarse un puesto).
7. En caso de empate, se resuelve por sorteo entre las listas que obtuvieron igual votación.

Al final del escrutinio, aparece el término de la barrera electoral, el cual se lo determina con el resultado nacional, por lo tanto, las organizaciones políticas deben de tener algún escaño en los distritos electoral (que como mínimo deben ser 7 congresistas a nivel nacional en más de una circunscripción) o más del 5% de los votos válidos.

Que, en el caso de Perú, tiene 26 distritos electorales, y cabe recalcar que por lo general no en todos los distritos suelen participar todas las agrupaciones políticas aprobadas por el ONPE. Aquellas organizaciones que no lograron sobrepasar las barreras descritas, tendrán la pérdida de su correspondiente inscripción.

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

En el caso de elecciones regionales y municipales, se toma cuenta lo determinado en la Ley de Elecciones Regionales No. 27683 (LER, 202) implementada para determinar la forma como será escogido el consejo regional; y, la Ley de Elecciones Municipales No. 26864 (LEM, 1997), implementada para determinar la forma como será escogido el alcalde (el cual es por mayoría de votos de la lista), consejos municipales provinciales y distritales, establece que a la lista ganadora se le asigna la cifra repartidora o la mitad más uno de los cargos, siendo de la siguiente manera:

Se deben asignar solo 9 curules o “regidurías”

1. Según la explicación de la Escuela Electoral del JNE (Aurazo Requejo, 2005), dentro de la jurisdicción donde se asignarán los 5 curules, se presentaron 5 listas, de los cuales una vez realizado el conteo de votos, se deberá establecer el total de votos obtenidos por cada uno.

Tabla 28.

Votos totales obtenidos

LISTAS	VOTOS
Lista A	300
Lista B	200
Lista C	100
Lista D	50
Lista E	40

2. Por lo tanto, la lista que obtuvo mayoría de votos, se le adjudicaran la mitad más 1 de los puestos o “regidurías”, que en este caso vendría a ser la LISTA A, haciendo la siguiente operación:

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

9 regidurías / 2 mitad = 4.5 (el cual debe redondearse) siendo 5 sumando más 1, dando como resultado = 6 regidurías para la LISTA A.

3. Las demás listas, se les realiza el cálculo de la cifra repartidora, para determinar a cuáles listas les corresponden las regidurías sobrantes, que vendrían a ser 3. Realizándose el cálculo del total de los votos dividido por la secuencia numérica de 1, 2, y 3 (en el caso de que hubieran sido más regidurías sobrantes este se expandía hasta la cantidad de sobrantes).

Tabla 29.

División de votos

LISTAS	VOTOS	ENTRE 1	ENTRE 2	ENTRE 3
Lista B	200	200	100	66
Lista C	100	100	50	33
Lista D	50	50	25	16
Lista E	40	40	20	13

4. Al igual que el procedimiento de los congresistas, deberá ordenarse de mayor a menor, pero solo contando hasta el número de regidurías que deben completarse (es decir 3).

PUESTO 1 (Lista B) = 200

PUESTO 2 (Lista C) = 100

PUESTO 3 (Lista D) = 100 siendo este la CIFRA REPARTIDORA

PUESTO 4 (Lista B) = 66

PUESTO 5 (Lista C) = 50... Etc...

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

5. Y finalmente, se determinará que listas les corresponderá las regidurías sobrantes (en el caso concreto 3), dividiendo el total de votos obtenidos por la cifra repartidora.

Tabla 30.

Votos totales entre la cifra repartidora

LISTAS	VOTOS	ENTRE C.R.	REGIDURIAS
Lista B	200	200 / 100	2
Lista C	100	100 / 100	1
Lista D	50	50 / 100	0
Lista E	40	40 / 100	0

Es importante indicar que existen autoridades que son completamente administrativas, como los Prefectos – Sub Prefectos, Gobernadores – Tenientes Gobernadores, debido a que no son escogidos por la voluntad del pueblo e inclusive no se encuentran detallados en la norma constitucional, solo son nombrados por su institución reguladores, en el caso de Perú, es el Ministerio de Interior.

3.19.3 Argentina

La Nación Argentina adopta la forma de gobierno “*representativa, republicana federal*”(CNA, 1853), así establece el 1er artículo de la Constitución Nacional(CNA, 1853) para dejar sentados los principios sobre los que se construye la nación, esto significa que cada uno de los ciudadanos integra una república, que establece 3 poderes de gobierno: poder ejecutivo, legislativo y judicial.

La soberanía popular se expresa por medio del voto, permitiendo elegir a los partidos políticos y sus candidatos, para que ocupen una función pública; como en el poder ejecutivo se escoge al presidente y vicepresidente de la nación, como a los gobernadores y los intendentes; o en el poder legislativo se escoge a los diputados, senadores y concejales.

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

Siendo la elección por medio del voto sumamente clave, porque genera representación, gobierno, y sobre todo da legitimidad a quien fue elegido electo. Dentro del sistema electoral existe un código electoral que establece de manera legal y definitiva las reglas para que la votación se transparente y garantice el pleno ejercicio de la voluntad de los ciudadanos.

Los candidatos por los que se votan, deben pertenecer a un partido político determinado que establece una fórmula para presentarse a elecciones, siendo el voto directo (es decir que no hay ningún elector mediador entre el sufragio y la fórmula que se elige), después de depositar el voto en la urna, al terminar estas empieza el escrutinio de los votos, siendo el presidente de mesa y los fiscales de mesa quienes cuentan los votos y elaboran el acta de mesa del escrutinio donde consignan la cantidad de votos por partido, esas urnas debidamente selladas, son trasladadas por el correo argentino a la junta electoral del distrito correspondiente, donde se realiza el cómputo final de los sufragios, siempre en presencia de los fiscales que representan de los diferentes partidos políticos.

Para que un voto sea considerado válido por las autoridades electorales, debe contener las boletas oficiales dentro del sobre sin duplicados, manchones, roturas o enmendaduras de ningún tipo, el número final el escrutinio, expresa la voluntad como pueblo y representa la más grande expresión de la democracia.

El sistema electoral en Argentina de acuerdo con la norma constitucional y la Ley Sáenz Peña (8.871, 1912), se rige por un mecanismo de elección que varía de acuerdo a la categoría del cargo, coexistiendo 3 formularios diferentes:

3. Sistema mayoritario con segunda vuelta electoral para la elección al presidente y vicepresidente
4. Sistema mayoritario con lista incompleta para senadores nacionales
5. Sistema de representación proporcional para diputados

Por lo general en elecciones generales, existen 23 distritos electorales además de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que harían un total de 24 distritos electorales, siendo obligatorio el voto para los mayores de 18 años, y facultativo para los menores de edad entre 16 y 17 años y no dejando a lado los adultos de 70 años en adelante conforme lo determinada la (Ley No. 26.774, 2012).

3.20 Presidencia y Vicepresidencia

Para este caso, los candidatos se presentan por una fórmula indivisible dentro de un partido político determinado, aquella que resulta electa es la que obtiene más del 45% de los votos o la que obtiene el 40% solo si existe una diferencia mayor de 10 puntos porcentuales sobre la fórmula que le sigue en cantidad de sufragio; sin ninguna de ellas alcanza esa mayoría se realiza una segunda vuelta dentro de los 30 días entre las 2 fórmulas que hayan obtenido la mayor cantidad de los votos. La presidencia se la ejerce por un periodo de 4 años, teniendo la posibilidad de ser reelegido de forma continua.

3.21 Congreso / Poder Legislativo

Según lo determinado en la constitución nacional, el artículo 44 determina que estará *“compuesto de dos cámaras, una de diputados de la nación y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires”* (CNA, 1853).

Senado de Argentina. - Se eligen 3 senadores por provincias tomando en cuenta lo previamente determinado que el país argentino cuenta con 24 provincias a nivel nacional, según la información constante en la página oficial de Diputados Argentinos, este país cuenta con un total de 72 senadores; los senadores nacionales representan a cada provincia en el senado al votarlos, y la fórmula de hacen el cómputo ese el siguiente:

Conforme lo determina el artículo 54 de la norma constitucional, menciona *“correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos”*(CNA, 1853). El elector deberá ejercer el voto por una lista en específico que deberá contener 2 candidatos titulares y 2 candidatos suplentes por provincia; resultan electos los dos candidatos que obtuvieron la mayoría de los votos y el primero de la lista siguiente en cantidad de sufragios entra como tercer candidato (ya que deben ser 3 senadores por provincia) y el segundo de la lista siguiente en cantidad de sufragios entra como el primer suplente del senador que por el resultado elegido; es decir que los suplentes suceden a su titular en su orden; esto de acuerdo al artículo 157 del Código Electoral Nacional (CEN, 1983).

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

Duran en su cargo 6 años y son reelegibles indefinidamente, pero esto sin dejar a un lado lo determinado en el artículo 56 de la norma constitucional “*se renovará a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada 2 años*”(CNA, 1853).

Diputados de Argentina.- Los diputados nacionales o cámara de diputados, estos se postulan por provincia y resultan elegidos a través de un sistema de porcentajes, esto permite el “*acceso de las minorías*”(CNA, 1853) a las bancas legislativas y garantiza la pluralidad democrática para tratar de reflejar con más exactitud la voluntad de todos; según norma constitucional la cantidad de diputados es de la siguiente manera “*será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos*” (CNA, 1853) según artículo 45, según página oficial de los Diputados de Argentina, existen actualmente 257 diputados.

El Código Electoral Nacional, especifica la cantidad exacta de suplentes que deberá tener cada cierta cantidad de titulares, que también son escogidos por voto popular, según artículo 163 determina “*cuando se elijan 2 titulares: 2 suplentes, cuando se elijan de 3 a 5 titulares: 3 suplentes, cuando se elijan 6 y 7 titulares: 4 suplentes, cuando se elijan 8 titulares: 5 suplentes, cuando se elijan 9 y 10 titulares: 6 suplentes, cuando se elijan de 11 a 20 titulares: 8 suplentes, cuando se elijan 21 titulares o más: 10 suplentes*”(CEN, 1983).

En el caso de asignación de escaños de los diputados se aplicará sistema proporcional, tomando en cuenta “*El total de los votos obtenidos por cada lista que haya alcanzado como mínimo el 3 % del padrón electoral del distrito será dividido por 1, por 2, por 3 y así sucesivamente hasta llegar al número igual al de los cargos a cubrir*”(CEN, 1983)según artículo 161 literal a); y así como en los casos anteriormente explicados, se ordenaran los cocientes de mayor a menor con relación a la cantidad de cargos que deberán cubrirse.

Esta forma de gobierno que se apoya en los 3 poderes se aplica en todo el país, de manera que los cargos ejecutivos y legislativos se votan también en las provincias, municipios, o comunas argentinas. El voto consiente es el único modo de sostener la forma de gobierno representativa, republicana, y federal; siendo importante identificar que se refiere a federal en el sentido de que todas las provincias tienen autonomía a pesar de pertenecer al mismo gobierno.

En el caso de los gobernadores y vicegobernadores de cada provincia, la forma de asignación de escaños depende de su constitución y de su código electoral que se encuentre vigente, previo a las elecciones, más sin embargo la normativa en la mayoría de las provincias determina que los mismos serán electos por simple mayoría de votos, que no obligatoriamente deberá ser al binomio, sino que podrá ser aleatorio con relación a su puntuación, según es el caso del Código Electoral de Buenos Aires(CEBA, 2018), se lo escogerá en elecciones nacionales.

Al igual que en el caso de los intendentes, concejales municipales (conocidos como concejales deliberantes) y consejeros escolares también serán escogidos por el pueblo de la determinada provincia por simple mayoría de votos, pero esta se realizará en elecciones municipales, acogiéndose a lo que determine cada normativa electoral vigente en cada provincia.

3.22 Enfoque

Para este trabajo de estudio, con el tema “Análisis constitucional de los artículos 120 y 164 del Código Orgánico Electoral, Código de la Democracia, en asignación de escaños plurinominales”, se utilizó el método deductivo - inductivo, por lo cual se utilizó métodos, técnicas, datos numéricos, e instrumentos que complementaron la investigación; teniendo como enfoque cuantitativo con relación a los datos de manera numérica, como también cualitativo con relación a encuestas y entrevistas con la finalidad de explicar los objetos previamente determinados.

3.23 Investigación bibliográfica

La investigación se basó en estudio de normativa jurídica vigente, doctrina, derecho comparado para determinar si la forma de votar en lista cerrada y bloqueada es la correcta para implementarse a nivel nacional dentro del sistema de asignación de escaños con relación a elecciones generales y seccionales futuras.

3.24 Investigación de campo

Se realizó una investigación de campo, siendo de carácter exploratorio por medio de encuestas de forma general a ciento sesenta y tres personas (tanto hombres como mujeres de diferentes edades) y entrevistas a profesionales en la materia, no solo por su carrera política y libre ejercicio, sino también por su preparación académica.

3.25 Investigación descriptiva

Esta herramienta permitió analizar e interpretar la naturaleza del fenómeno materia de la presente investigación, con la finalidad de obtener una mayor comprensión de la misma, complementando con resultados sustraídos de las últimas elecciones seccionales realizadas en el año 2019 y generales en el año 2017.

3.26 Método deductivo - inductivo

Se utiliza el método deductivo implementando el análisis de leyes, normativa, conclusiones, con la finalidad de determinar si la implementación de la lista cerrada y bloqueada en el método proporcional refleja un ejercicio pleno de la democracia representativa, y si esta, permite ejercer de forma libre el derecho constitucional de elegir y ser elegido.

Entendiendo que el método inductivo se refiere a “... *el método empleado por las ciencias naturales. Consiste en un razonamiento que pasa de la observación de los fenómenos a una ley general para todos los fenómenos de un mismo género...se salta de una observación limitada a una generalización ilimitada.*” (Paez, 2017, pág. 49).

Y el método deductivo, “*no se contenta con aproximaciones... Quiere llegar a la certidumbre completa. De ahí que una de las claves del método cartesiano se encuentre en el deseo de superar todas las dudas... Dudar para no dudar, tal es la esencia del pensamiento crítico que Descartes coloca en el meollo de su razonamiento filosófico*” (Paez, 2017, pág. 49)

3.27 Instrumentos de la investigación

3.27.1 Encuesta

Siendo la encuesta *“la aplicación de un cuestionario a un grupo representativo del universo que estamos estudiando... para detectar sobre la persona o la comunidad todos los elementos que nos permitan conocer de ella desde sus orígenes hasta el momento actual”* (Paez, 2017, pág. 97).

Por lo cual este instrumentos es utilizado como un complemento y refuerzo al criterio que se defiende en la presente investigación, realizada a ciento sesenta y tres personas, de diferentes edades, debido a que el tema principal a desglosar, es concerniente a nivel nacional comprometiendo a los ciudadanos ecuatorianos desde la edad de 16 años como edad facultativa para votar hasta los 65 años como edad límite de ser obligatoria, por lo tanto no se realizó una exclusión de edades ni de sexo; utilizando la herramienta electrónica de google forms con la finalidad de obtener los datos números reflejados en porcentajes con relación a la cantidad de encuestados; del cual se adjuntara como anexos, las preguntas realizadas y el link respectivo.

3.27.2 Entrevista

Teniendo en cuenta que *“la entrevista constituye una de las fases más agradables de toda investigación; la del descubrimiento, de las ideas que surgen y de los contactos humanos más enriquecedores para el investigador... Al apoyar a la observación permite realizar un trabajo de investigación más profundo”* (Paez, 2017, pág. 95).

La entrevista es implementada con la finalidad de recoger información de personas especializadas en el tema, se implementó la entrevista a personas expertos en el tema, tanto en práctica y/o experiencia como en estudios académicos complementarios y relacionados al tema de investigación, los cuales aportaron con sus conocimientos respecto del tema en base a la experiencia, los profesionales en derecho entrevistados.

3.27.3 Lista de Entrevistados:

- a) Abg. Jeremy Rubio Eguez, vocal de la Directiva de Jóvenes CREO Guayas, litigante en libre ejercicio.
- b) Abg. Héctor Vanegas Fernández, Magister en Ciencias Políticas, litigante en libre ejercicio.

3.27.4 Preguntas y Respuestas:

- 1. Con la reforma del Código de la Democracia, cambió el método de voto independiente es decir "al candidato preferente", a escoger por lista cerrada y bloqueada, considera que ¿vulnera el derecho de elegir y ser elegido? ¿sigue siendo democracia directa?**

Respuesta A) No creo que se vulnere el derecho a elegir y ser elegido, porque los candidatos de las organizaciones políticas conservan sus derechos a participar y los electores el derecho a elegir la propuesta que ellos consideren sea la adecuada para sacar adelante a su país o comunidad. Considero que la ciudadanía sigue teniendo intacto su derecho a elegir, debido a que somos nosotros los que elegimos a que proyecto votar, a que plan de trabajo querer implementar. Si creemos que una organización política es la mejor opción porque sus ideales y visión de país nos representan, se vota por dicha lista, si consideramos que es otra, se votara por esa opción.

Respuesta B) Pues sí, dependiendo de la perspectiva que lo tomes, debido a que el elector debe escoger a un candidato en particular, y las organizaciones políticas son un mero intermediario, de postular candidatos aptos al cargo de representación que amerite. Provocando más que una afectación, pues es más una intención de fortalecer a las agrupaciones.

- 2. Considera que el criterio de algunos assembleístas de cambiar a lista cerrada y bloqueada por permitirá una mayor participación de las mujeres "por medio de la paridad y alternabilidad de género". En el sentido de que en estas elecciones entrarán 15% en el 2021, 30% en el 2023 y 50% en el 2025? ¿Es el correcto justificado para bloquear la forma de votar?**

Respuesta A) Está establecido dentro del Código de la Democracia, por ende, se tiene que cumplir. Pero con listas abiertas también se exigía paridad y alternabilidad de género dentro de la conformación de listas. Por lo tanto, basándome en la pregunta, no justifica.

Respuesta B) No justifica en lo absoluto, desde años anteriores, se ha implementado y puesto en práctica, tanto el principio de paridad, como de alternabilidad de género; y no podemos decir que no ha funcionado, debido a que actualmente, tenemos mujeres representantes tanto en cargos unipersonales como pluripersonales.

3. Si al momento de realizar el bloqueo de las listas, beneficencia a los partidos políticos y tener esta mayor participación, considera Ud., ¿que los partidos políticos se toman la molestia de preparar a sus candidatos para los cargos? Con la finalidad de proporcionar el cambio.

Respuesta A) La mayoría de organizaciones políticas no se preocupan en formar a sus cuadros, por lo tanto, cuando se acerca el periodo de elecciones, buscan fuera del partido/movimiento, muchas veces cediendo los espacios de elección popular a personas conocidas por otras actividades ajenas al servicio público, al proyecto y a la ideología que representan como partido político. Con las últimas reformas al Código de la democracia, donde por ejemplo se exige el 25% de jóvenes dentro de las listas, lo que muchas organizaciones hacen ante la falta de militancia en sus filas, es llamar a hijos de amigos, vecinos, y a sus propios familiares para poder cumplir uno de los requisitos, dejando en el aire la formación de jóvenes dentro del partido. El resultado es que se conforma la lista de candidatos con personas sin experiencia, sin conocimiento y sin convicciones.

Respuesta B) Eso es un criterio que debería implementarse como “obligatoria”, hay muy pocas organizaciones políticas que, si lo hacen, debido que es de acuerdo a los principios, valores y objetivos de cada organización. Y esta es una de las grandes deudas que tienen estos modelos de partidos, y es que parecería ser que cada 4 años se busca a como dé lugar llenar las listas por llenarlas, porque no hay una verdadera escuela política, porque no hay una escuela de participación y de formación interna de los partidos políticos, y eso hace que este siempre las personas menos preparadas o no estén las personas más capaces para representarnos en la asamblea, al final del día los asambleístas y parlamentarios son la voz del pueblo, serán siempre lo que hemos denominado como democracia directa y al momento que estas personas, se alejan de la realidad de sus votantes y no tiene la capacidad

académico / intelectual para presentar reformas legislativas, proyectos de ley que puedan cambiar, esta incapacidad y/o falta de preparación es antiética, causando perjuicios a la sociedad democrática, ya que se están eligiendo representantes para calentar puestos.

4. Si el método Webster es aplicado con la finalidad de que las minorías también participen, ¿cómo se las puede determinar a estas?

Respuesta A) Hay que entender minoría como aquellos grupos políticos legalmente constituidos y reconocidos por el Consejo Nacional Electoral, que no alcanzan un número de votos relevantes para acceder a un cargo de elección popular. Con el método anterior al ser divisores continuos quizás dichas organizaciones políticas, no alcanzaban un número de votos para poder ganar algún escaño, con este nuevo método, estas organizaciones si pueden ganar un espacio, lo cual no tiene que ver con su participación en el proceso eleccionario que de por sí está garantizado con su presencia; más bien se está abriendo la posibilidad de obtención de un escaño y de tener representación dentro de la Asamblea, Consejo Municipal, Junta Parroquial, etc..

Respuesta B) Las minorías en el sistema electoral, son directamente correlacionados a aquellos candidatos que no obtuvieron mayoría de votos, pero, aun así, alcanzan un escaño; es injusto, no cabe duda, y es por medio de los métodos proporcionales aplicados en el sistema proporcional que permite su ingreso. Pero, no lo determine la norma constitucional, como algo estricto a cumplir.

5. Considera Ud., que los requisitos para desempeñar el cargo como asambleístas nacionales, ¿son los correctos o deben modificarse? Por ejemplo: tener título de 3er nivel o tener una actuación políticamente activa.

Respuesta A) Todos los ecuatorianos tienen derechos de participación, derechos a elegir y ser elegidos concretamente hablando. Al fijar dentro de la ley nuevos requisitos, como el tener título de tercer nivel, se estarían vulnerando derechos de los ciudadanos que no tengan este nivel de estudio. Aquí más bien hablamos de la corresponsabilidad de las organizaciones políticas al designar candidatos que no están capacitados para el cargo y también de la ciudadanía que vota a personas que no tienen una hoja de vida apta para el cargo que buscan desempeñar.

Respuesta B) No considero que vulnere derechos, es más creo que son incentivos para que la sociedad se prepare y no lo tome como un cargo sencillo de administrar, porque estamos hablando de que son representantes del soberano.

6. ¿Considera que la estrategia de incluir dentro del partido político a artistas o personas de la “farándula” es buena?

Respuesta A) Las personas no votan por quienes no conocen. Bajo ese concepto muchas organizaciones políticas que no están acostumbradas a procesos de formación y capacitación de sus militantes, no llegan a tener cuadros aptos para una elección, por lo cual deciden darle esos espacios a personas conocidas del medio que no están preparadas, con el afán de usar su popularidad para obtener votos; pero no siempre nivel de conocimiento mediático es igual aceptación.

Respuesta B) Es una estrategia comúnmente utilizada, y esto es, porque algunos, no todos, los electores, se guían por personas conocidas; aunque erradamente sean personas no capacitadas en cultura política, obviamente sin generalizar; pero ahora esta estrategia será mayormente utilizada para obtener mayoría de votos en la lista, postulando al candidato de mayor acogido al final de la lista.

7. ¿Cómo denomina al voto, Ud. considera que ya no debería ser obligatorio, al ser un derecho?

Respuesta A) Considero que el camino debería ser ese, que las personas puedan decidir si ejercer su derecho al voto o no; pero antes de eso, debe incentivarse la participación de la ciudadanía en la política. Por ejemplo: En la actualidad con la pandemia, con la aceptación del 2.86% de la Asamblea Nacional y los casos de corrupción; se ve mucho desinterés en las personas, por lo que, si no fuera obligatorio, habría que ver el espíritu democrático a cuantas personas podría movilizar.

Respuesta B) Es muy debatible, pero considero que debe continuar bajo esa figura, ya que, de esa forma, la ciudadanía se acostumbra a ver y desempeñar actividades participativas, con la finalidad de que su decisión logre un cambio, jamás hay que perder esa esperanza y razón.

8. Al momento de votar por varios candidatos y no una lista cerrada bloqueada, ¿considera Ud. que se está repartiendo un voto?

Respuesta A) Al contabilizar los votos sí existe una repartición de los mismos. Si en una elección existen 5 escaños a elegir, y hay 2 partidos: Lista A y lista B, y alguien vota por una persona de la lista A, y por 4 de la lista B, hablamos que el voto de A sería el 20 % en relación a B que tendría el 80 % al momento del escrutinio.

Respuesta B) El punto de esta parte de que, al votar por varios candidatos, se está tomando en cuenta el criterio y decisión del elector, con relación al candidato de preferencia, el orden que consideres, mas no, hacer fuerte a una organización política.

9. ¿Cuál es su criterio con relación a la implementación de sistemas proporcionales en el caso de asignación de escaños para dignidades pluripersonales? ¿violentan la democracia directa del soberano?

Respuesta A) No considero que se esté vulnerando la democracia directa, debido a que el mismo soberano es el que elige el proyecto político y el plan de trabajo que considera el más idóneo y el que se acopla más a sus perspectivas e ideologías.

Respuesta B) Cuando nos referimos de democracia directa, estamos hablando de que elector es el quien decide directamente por su candidato preferencia, y el candidato que obtiene mayoría de votos, es al cual se le asignara el escaño al que postulo; al implementar los métodos proporcionales como D`Hondt o Webster, no permitirá que los candidatos entren de forma decreciente con relación de votos obtenidos, solo dependería del cálculo de divisores.

10. ¿Existe un procedimiento en específico, que determine como se realizada el escrutinio, en dónde obligatoriamente deba constar un delegado del CNE con la finalidad de constatar de que un tercero interesado (miembro de organización política) no influya en el conteo realizado por el presidente de la junta receptora del voto (ya sea provocando la anulación de votos por una retribución económica)?

Respuesta A) Existe un reglamento del Consejo Nacional Electoral, en el cual establece quienes pueden y no pueden ser parte de la junta receptora del voto, y en el Código de la Democracia consta el procedimiento completo desde la instalación de los miembros de la Junta Receptora del Voto el día de las elecciones, hasta la entrega de las actas a los coordinadores. En el Escrutinio están presentes los miembros de la Junta, los delegados de las organizaciones políticas, no existe una autoridad/delegado del Consejo Nacional Electoral que esté de manera permanente en cada mesa.

Respuesta B) No, la norma electoral, tanto el Código de la Democracia como sus Reglamentos no lo determinan, lo cual, con efectiva razón, produce la compra de votos.

3.28 Análisis de los resultados

La autora del presente estudio, al analizarlos métodos proporcionales utilizados y actualmente acogidos en nuestra legislación electoral, pudo determinar que, si es verdad que el voto o sufragio, es una forma de democracia directa, ya que, "*las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos que son titulares de derechos*" según el artículo 10 de la Constitución Ecuatoriana (CRE, 2008), tienen la potestad de elegir a la persona que consideren acorde al cargo público en base a sus intereses (como por lo general se basa el sistema mayoritario de elección); por medio de estos sistemas de proporcionalidad se desvía de la finalidad como tal de la elección del pueblo, en el sentido de que si es comparado con el cuadro final una vez ya realizado el procedimiento de proporcionalidad, se puede determinar que de manera injusta un postulante con minoría de votos puede lograr obtener el puesto de Concejal y un postulante que tiene mayoría de votos se puede quedar fuera.

A que me refiere la autora al momento de decir "desvió de la elección del pueblo", pues tal como se obtuvo de resultado para determinar cuáles son los candidatos a quienes se le adjudicó el cargo de concejales municipales según la tabla 6 que se volverá a mencionar, para que se pueda determinar que el método proporcional ya sea D'Hondt o Webster tiene el mismo conflicto.

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 31.

Orden conforme el resultado determinado en el art. 164 numeral 4 de la (LOE, CD, 2009) previo a la reforma

CURUL	PARTIDO	CANDIDATO	VOTOS
Concejal Urbano 1	Madera de Guerrero	Dr. Carlos Alvear Vivanco	17110
Concejal Urbano 2	CREO	Abg. Olga Zambrano Arguello	11712
Concejal Urbano 3	Madera de Guerrero	Tnlga. Miryan López Pérez	15621
Concejal Urbano 4	CREO	Ing. Julio Israel Calderón	13921
Concejal Urbano 5	Madera de Guerrero	Filiberto Solis Mariscal	15170
Concejal Rural 1	Madera de Guerrero	Carlos Gómez Intriago	2547
Concejal Rural 2	CREO	Ing. Willians Gómez Murillo	1356

Aquí claramente se puede identificar que aquellos que quedaron con el cargo de “Concejal Urbano 2” y “Concejal Urbano 4”, la cantidad de votos obtenidos por cada uno es desproporcional y totalmente inferior a la cantidad de votos que obtuvieron los Concejales Urbanos 1, 3 y 5; es el mismo caso con relación a los Concejales Rurales, fueron 2 los curules, y si estos hubieran sido más los curules para los Concejales Rurales, se habría presentado la misma inconsistencia; inclusive, se sustrajo información real de la página oficial del Consejo Nacional Electoral, con la finalidad de realizar un orden decreciente de todos los candidatos con relación al total de votos obtenidos por cada uno de ellos, quedando de la siguiente manera:

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 32.

Orden decreciente según votos obtenidos por candidato a concejal urbano del cantón Samborondón

PARTIDO POLÍTICO	CANDIDATO	VOTOS
MADERA DE GUERRERO	CARLOS ALVEAR	17110
MADERA DE GUERRERO	MYRIAN LOPEZ	15621
MADERA DE GUERRERO	EDITH ALONZO	15161
MADERA DE GUERRERO	FILIBERTO SOLIS	15170
MADERA DE GUERRERO	WASHINGTON RAMIREZ	14185
CREO	OLGA ZAMBRANO	11712
CREO	ISRAEL CALDERON	13921
CREO	VERONICA CARRION	9847
CREO	JULIO PARRALES	11421
CREO	XAVIER VITERI	787
CAMBIO RONDON	JORGE SAADE	1260
ADELANTE ECUADOR	LEOVANNA ORLANDINI	876
FUERZA EC	LORENA CHONG QUI	1953
SUMA	CRISTINA IZURIETA	1083
ADELANTE ECUADOR	ANDRE ALVARADO	781

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

ADELANTE ECUADOR	JUAN SEGURA	639
CAMBIO RONDON	MARJORIE CHONANA	1014
ADELANTE ECUADOR	SARA ARANA	708
CAMBIO RONDON	BOLIVAR CARDOZO	821
CAMBIO RONDON	MARIA TORRES	911
CAMBIO RONDON	VICTOR MONCADA	887
ADELANTE ECUADOR	JOSE SORIANO	796
SUMA	OLIVER PONCE	921
FUERZA EC	BELEN HERRERA	622
SUMA	XAVIER QUINTO	321
SUMA	KARLA MURILLO	607
FUERZA EC	ALEX KALIL	575
SUMA	ROBER JIMENEZ	867
FUERZA EC	LILIA RODRIGUEZ	597
FUERZA EC	OMAR ONOFRE	559
ALIANZA PAIS	JESSICA SINCHE	808
ALIANZA PAIS	MAC RAMIREZ	923
ALIANZA PAIS	JOSE TUTIVEN	1023

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

ALIANZA PAIS	GISELLA MOSQUERA	898
ALIANZA PAIS	LEONIDAS YANCE	569
UNIDAD POPULAR	KARLA ROJAS	380
UNIDAD POPULAR	CARLOS BARAHONA	329
UNIDAD POPULAR	APOLONIA CANALES	194
UNIDAD POPULAR	OSWALDO NAVARRO	193
MIPS	LIDER VERGARA	347
MIPS	ERLYN ARREAGA	250
UNIDAD POPULAR	ISIDRO CARRRANZA	164
MIPS	DEYSI ENCALADA	214
MIPS	CARLOS VERGARA	587
MST	YURU LABORDE	210
MIPS	DANNY LOY	198
MST	MONICA MORENO	214
MST	JOHANNA ECHEVERRIA	232
MST	CARLOS ARANA	151
MST	DANNY ECHEVERRIA	133

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

En total hay 5 candidatos por cada partido, organización o alianza política que en este caso fueron 10 postulantes, dando un total de 50 posibles candidatos al cargo de concejal urbano del cantón Samborondón; es ordenado de mayor a menor con relación a la cantidad de votos obtenidos, si se aplicara el sistema de mayoría simple o relativa en el sistema de elecciones ecuatoriano, tal como lo realiza la Nación Argentina (que si es implementado en este tipo de elecciones pluripersonales), los 5 curules para el cargo de concejales urbanos no hubieran sido aquellos que constan en la tabla 6 previamente mencionada, sino que hubiera entrado todos los postulantes de una sola organización política pero que al final de todo son los que obtuvieron la mayoría de voto siendo la voluntad del pueblo ecuatoriano que aquellos mayormente escogidos sean aquellos que representen en el cargo en mención.

Tabla 33.

Orden decreciente según votos obtenidos por candidato a concejal rural del cantón Samborondón

N °	PARTIDO POLÍTICO	CANDIDATO	VOTOS
1	MADERA DE GUERRERO	CARLOS GÓMEZ	2547
2	MADERA DE GUERRERO	ROSA QUIJIJE	1358
3	CREO	WILLIANS GÓMEZ	1356
4	CREO	ROSA MARIDUEÑA	939
5	ALIANZA POLÍTICA	AURELIO VARGAS	371
6	SUMA	SOFÍA CAICHE	365
7	CAMBIO RONDÓN	JUAN CAMBA	293
8	ALIANZA PAÍS	SUSANA DIAZ	160
9	SUMA	LORENZO BRIONES	158

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

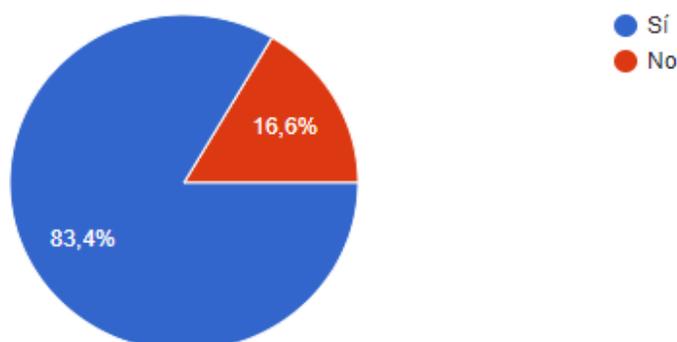
10	CAMBIO RONDÓN	VICTORIA HERREA	116
11	ALIANZA PAÍS	RONALD FRANCO	115
12	MIPS	SANDRA RODRÍGUEZ	102
13	ALIANZA POLÍTICA	MADELAINE FRANCO	100
14	MIPS	JUAN LEÓN	76
15	FUERZA EC	JAIRO MORAN	70
16	MST	MAYRON MATAMOROS	70
17	MST	VIRGINIA MIRANDA	45
18	UNIDAD POPULAR	WILLIAM WRAY	28
19	FUERZA EC	ELSA BUSTAMANTE	25
20	UNIDAD POPULAR	ADRIANA ALBAN	17

En el caso de los concejales rurales ocurrió lo mismo, se presentaron 2 candidatos por cada partido, organización o alianza política que en este caso fueron 10 postulantes, dando un total de 20 posibles candidatos al cargo de concejal rural del cantón Samborondón; se ordenó de forma decreciente para determinar cuáles los fueron los postulantes con mayoría de votos, que dio como resultado a los señores CARLOS GÓMEZ con 2547 y ROSA QUIJIJE con 1358, más sin embargo con la aplicación del método proporcional, siendo su voto superior no quedó posesionada como concejal rural, sino el candidato WILLIAMS GÓMEZ con 1356 votos obtenidos.

Y es aquí donde nacen las preguntas que son complemento del este estudio, siendo una de las primeras si el pueblo ecuatoriano conoce a fondo o por lo menos han escuchado que tipos de métodos son aplicados en el sistema electoral vigente, si han existido modificaciones o si están de acuerdo con las mismas.

Figura 17.

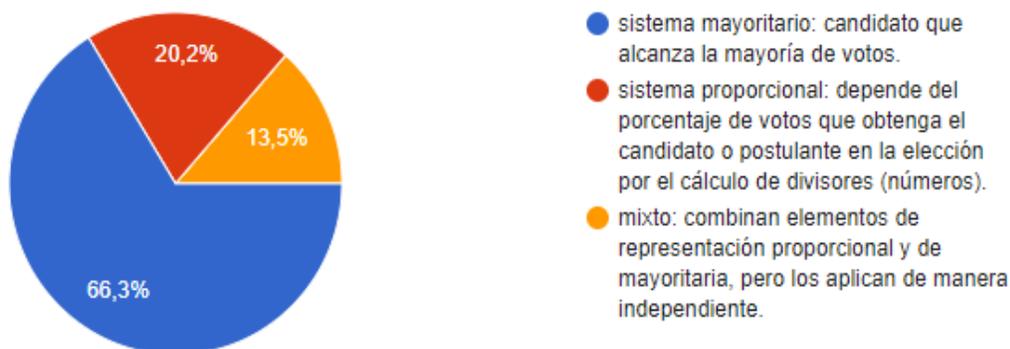
¿Conoces el sistema de elecciones que rige actualmente en el país?



La mayoría de las personas encuestadas alegaron tener rotundo conocimiento, siendo el 83,4% de un total de 163 encuestados; más sin embargo al continuar respondiendo las preguntas, la autora pudo darse cuenta que en realidad no tienen un criterio correcto sobre el sistema electoral aplicado y en qué tipo de asignación de escaños ya sea unipersonal o pluripersonal es implementado cada método, tal como lo determina la ilustración a continuación:

Figura 18.

¿Cuál es el sistema de elección que consideras que tiene la República del Ecuador?

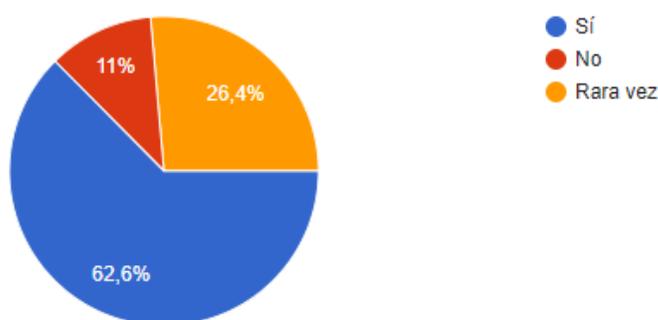


Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

Debido a que del 100% solo el 13,5 % de las personas encuestadas tienen conocimiento de la implementación de un sistema electoral mixto, aplicando tanto el método mayoritario como el método proporcional; existiendo una gran falencia al momento de designación de dignidades, que serían aquellos representantes del pueblo. Se podría inclusive determinar que, por medio de la implementación de este tipo de sistemas, es que cada año aumenta la cantidad de votos nulos, votos blancos o simplemente el ciudadano pierde el interés de ejercer su derecho al voto, considerando que no se siente representado por los candidatos electos, a pesar de que existe sanciones en caso de incumplimiento de votar el día de las elecciones.

Figura 19.

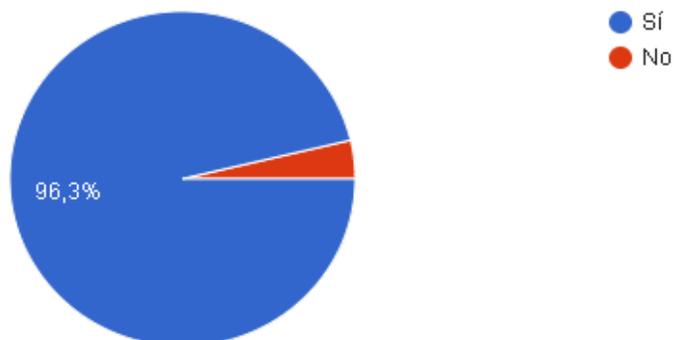
¿Realizas un análisis o investigas acerca de los candidatos que se postulan para el cargo de presidente/a, vicepresidente/a, alcalde/esa, prefecto/a, concejal, asambleísta?



A pesar de que una de las primeras preguntas base de la encuesta realizada, fue si los encuestados ejercen el derecho al voto el día respectivo, determinado a nivel nacional ya sea en elecciones generales o seccionales, solo el 3,7% respondió con sinceridad absoluta en un rotundo no; pero lo que desconcierta a la autora es que siendo la respuesta afirmativa con mayor porcentaje, de 37,4%, se presenta un alto porcentaje de indiferencia y apatía, con relación a los posibles candidatos que puedan desempeñar cargos escogidos por el soberano, cargos de representación en la toma de decisiones económico, social y culturales, entre otros.

Figura 20.

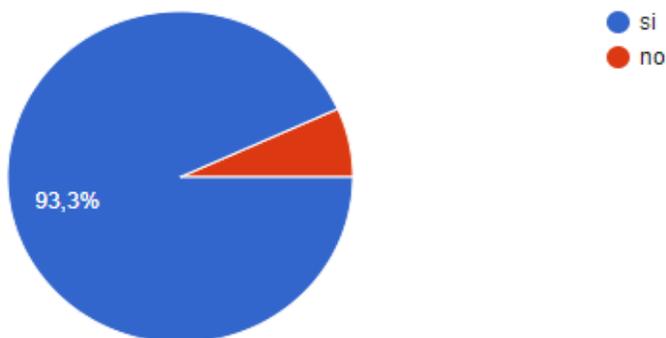
¿Ejercer tu derecho al voto o sufragio el día que corresponde?



Como se pudo constatar en la ilustración 10 se evidencia un alto grado de desconocimiento de los sistemas electorales vigentes, o también se podría considerar a nivel general que, las personas prefieren o se orientan por la elección del candidato con mayor cantidad de votos obtenidos como lo es el sistema mayoritario, y la no aceptación del soberano a la implementación de métodos diferentes al criterio de aquellos; se puede además incluir que aquí también influye la falta de capacitación a nivel nacional sobre la concientización del sufragio y toma de decisiones, es por eso que por mayoría de absoluta teniendo el 93,3% de aceptación de que es necesaria la concientización a nivel nacional sobre cultura política, porque de esto depende la administración de un estado a posterior.

Figura 21.

¿Se debería implementar o incorporar una materia que aborde temas relevantes de cultura política?



Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

Con base a esto, un especialista en el tema indica que *“en el nivel de los principios de representación no existen los sistemas mixtos. Aun cuando los sistemas electorales combine elementos técnicos que normalmente se encuentran en sistemas mayoritarios (por ejemplo circunscripciones uninominales, candidaturas uninominales, regla o formula de decisión mayoritaria) con elementos técnicos que suelen hallarse en sistemas proporcionales (circunscripciones plurinominales, candidaturas por lista, regla o formula de decisión proporcional), en sistema electoral en su conjunto solo puede asignarse a uno de los principios de representación: la representación mayoritaria o la representación proporcional”*(Nohlen, Sistemas Electorales y reforma electoral, 2004).

Como ya se explicó dentro del marco teórico, con la reforma del Código Orgánico Electoral, se continuo con la aplicación del método proporcional al momento de elegir dignidades en elecciones pluripersonal, es decir, en el caso de escoger: asambleístas, concejales distritales, concejales municipales y miembros de juntas parroquiales, no utilizando el método D´Hondt sino el método Webster, esto según lo alegado por algunos miembros de la Asamblea Nacional, quienes fueron los que plantearon las propuesta de reformas al mencionado instrumento, con la finalidad de continuar implementando los principios en los que se rige el sistema electoral, siendo *“los principios de proporcionalidad, igualdad de voto, equidad paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres”*(CRE, 2008) determinado en el artículo 116.

Y como es de conocimiento general, la constitución es una norma jurídica fundamenta en virtud de que además de organizar y limitar el poder, lo justifica, esto es, establece las bases que sustentan la configuración del Estado a partir de la identificación de los fines que deben inspirar su accionar. De este modo, toda autoridad sin excepción alguna, al momento de ejercer las funciones que le son propias debe empezar por poner de manifiesto los dispositivos constitucionales que le permiten actuar como entidad depositaria de poder con capacidad para incidir en la esfera jurídica de las personas y a partir de allí, fundamentar su decisión de cara a evidenciar su compatibilidad con los fines que la constitución busca promover. *“La concepción de la constitución como norma fundamental fortalece entonces su condición de norma limitadora del poder”*(Mora Donatto, 2002, pág. 8).

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

Pero aquí es donde aparece la controversia del porque el derecho de elegir del elector efectuada mediante voto directo no se ve reflejado al final en el escrutinio como tal; y es que en si no depende de escrutinio, sino de la implementación de un método proporcional dentro del sistema electoral ecuatoriano. Sin dejar a un lado que la manipulación electoral puede ocurrir de las más diversas formas, como: reglas electorales inequitativas, administración y justicia electoral parciales, exclusión deliberada de partidos y candidatos, restricciones de acceso a los medios de comunicación, uso de recursos públicos y de aparato estatal con fines proselitistas, compra de votos (que suele suceder en cantones pequeños en ausencia de autoridades regulatorias y de dirigentes de partidos políticos interesados), etc.

Confundiéndose así el legislador, al determinar que el principio de proporcionalidad en el que se debe basar el sistema electoral ecuatoriano, es utilizando un cálculo divisorio creado por presuntos “proporcionalitas” desviándose del sentido que la asignación del puesto como tal de una dignidad ya sea unipersonal o pluripersonal debe realizarse de conformidad a la elección, voluntad, disposición y mandato del pueblo ecuatoriano.

A título personal de la autora, no comparte la aplicación del método o sistema proporcional debido a que la finalidad de votación como tal, del sufragio, es la voluntad y decisión del votante (en este caso, el pueblo “soberano”) mas no con base a un sistema aleatorio como lo son los sistemas proporcionales (arbitrariamente creado por particulares), donde entran minorías y aquellos que obtuvieron en realidad acogida por parte del pueblo, que tuvieron un alto índice de votos, no son escogidos; a diferencia de cuando se emplea un sistema de representación por mayoría, la desproporción entre votos y escaños de los respectivos partidos es típicamente alta. Por lo contrario, cuando se utiliza un sistema de representación proporcional, el efecto desproporcional es típicamente reducido, partidos relativamente pequeños pueden obtener escaños.

Siendo las reformas de la Ley Orgánica Electoral (LOE, CD, 2009), que actualmente se encuentra vigente, exclusivamente los artículos 120 y 16; los cuales fueron sustituidos mediante los artículo 55 y 73 de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral (LR, 2020); que determinan lo siguiente:

“artículo 55.- sustitúyase el artículo 120 por el siguiente: art. 120.- En las elecciones para representantes a la Asamblea Nacional y al Parlamento Andino, así como para consejeros regionales, concejales municipales y vocales de las juntas parroquiales rurales, el voto será en lista cerradas y bloqueadas. Los electores marcarán la casilla de la lista de la organización política o alianza de su preferencia” (LR, 2020).

“artículo 73.- sustitúyase el artículo 164 de conformidad con el siguiente texto: art. 164 En todas las elecciones pluripersonales para la adjudicación de escaños se procederá de la siguiente manera: a) La votación total de cada lista se determinará por los votos obtenidos por votación de lista; b) La votación total de cada lista se dividirá para la serie de números 1, 3, 5, 7, y así sucesivamente en la proporción aritmética de la serie, hasta obtener tantos cocientes como número de escaños a asignarse; c) Los cocientes obtenidos se ordenan de mayor a menor y, de acuerdo a los más altos cocientes, se asignarán a cada lista los escaños que les correspondan; y, d) La asignación de los escaños de la lista corresponderá a los candidatos en estricto orden de posición en la lista” (LR, 2020).

Sin embargo con estas sustituciones entra en controversia con lo determinado en el artículo 11 numeral 8 de la norma constitucional, la cual tipifica que está prohibida la regresión de derechos establecidos, lo cual determina lo siguiente *“Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”* (CRE, 2008), y el numeral 9 del mismo articulado que indica *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución... toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública”*.

Con relación a la reforma de los artículos previamente mencionados, la asambleísta Wilma Andrade quien tiene el curul número 71, en una entrevista del canal oficial de la asamblea nacional en redes sociales, indico que estas tienen como finalidad el *“encabezamiento de las mujeres en las listas, debido a que en elecciones anteriores no se respetaba la paridad de género de forma alternada y secuenciada”*(TV Legislativa, 2019), siendo a beneficio de la paridad, de que en un futuro la participación de las mujeres al mantener listas cerradas y bloqueadas no se altere el orden del mismo, basándose en la disposición transitoria

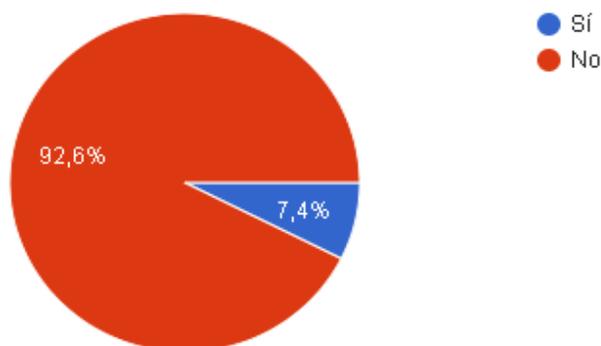
tercera de la Ley Orgánica Electoral (LOE, CD, 2009), se espera que de manera progresiva se cuente con un *“cincuenta por ciento de la participación de mujeres según las normas del artículo 99 reformado”*(LOE, CD, 2009).

Analizando esto se tendría como perspectiva el encabezamiento de mujeres en las listas presentadas por las organizaciones políticas a nivel nacional en un 15% en las elecciones generales del 2021, un 30% en las elecciones seccionales del 2023, y así sucesivamente; pero esta inclusión solo es en referencia a las inscripciones de candidaturas globales presentadas por todas las organizaciones políticas, más la ley no especifica que obligatoriamente todas las listas deberán contener el 50%, con la finalidad de cumplir con la paridad y alternancia de género.

Por el contrario esto no se cumpliría en el caso de que la postulación de candidatos en cantones con mayor población y acogida de la organización política no se agregue la participación de mujeres, al no ser obligatoria la disposición de que se conforme con el 50% para todas las listas presentadas por los partidos políticos / organizaciones políticas o alianzas, la modificación realizada bajo este sustento legal de inclusión, paridad y alternancia de género no sería válida; por lo tanto esta modificación no permite que se produzca una efectiva participación del pueblo soberano en las decisiones políticas, como lo es la elección de dignidades unipersonales como pluripersonales o “mandatarios”, al no consentir al elector identificar a los candidatos de su preferencia de una sola lista o de entre listas; es decir, que el elector, quien es el que tiene que determinar cuáles deben ser sus legítimos representantes y no por tanto los dirigentes de los partidos los que con elecciones establecen la representación ciudadana, y produciendo así la insatisfacción de los electores al no sentirse representados, tal como se puede determinar a criterio de los encuestados.

Figura 22.

¿Se siente representado por las autoridades que terminaron electas (concejales, assembleístas, miembros de juntas parroquiales)?



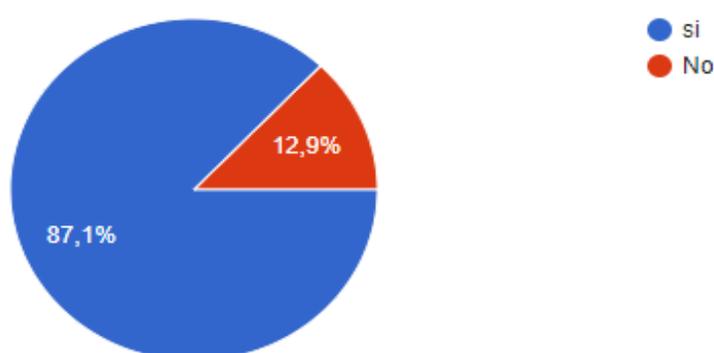
Por otro sentido al haberse realizado la propuesta de reformas a la Ley Orgánica Electoral (LOE, CD, 2009) a finales del año y la cual fue aprobada y publicada a principios del año 2020, como ya se indicó anteriormente, y al haber sido este año colapsado por una pandemia de la cual muy lentamente el país se va a recuperar, a largo plazo; siendo una de las funciones del Consejo Nacional Electoral el de *“promover la formación cívica y democrática”* (LOE, CD, 2009) según artículo 25, mas sin embargo se ha notado la ausencia y falta de divulgación de lo acontecido, lo que contraería que en las siguientes elecciones se produzca un incremento de votos nulos, debido a que por tanto tiempo los votos se emitieron de una forma y al modificar, los electores no escogerían de la misma forma, tal como lo determina el artículo 126 numeral segundo *“serán considerados votos nulos... cuando la electora o elector marque más de una lista en las elecciones pluripersonales o exprese su preferencia por candidatos entre listas”* (LOE, CD, 2009).

En materia electoral, las organizaciones políticas o partidos políticos o alianzas políticas, son los encargados de conformar las listas además de determinar el orden o ubicación de los postulantes en las mismas, pero se olvidan de que el elector es el que decide a sus representantes, ya sea en la asamblea, concejales distritales y municipales o en miembros de juntas parroquiales, lo que promueve el artículo 160 de la Ley Orgánica Electoral (LOE, CD, 2009) *“se elegirán votando por las respectivas listas de las organizaciones políticas o alianzas de su preferencia establecidas mediante procesos democráticos internos o elecciones primarias(...). El elector indicará su preferencia por una sola lista según las*

dignidades que correspondan”(LOE, CD, 2009); contraviniendo así el sentido de que el elector vota por personas o ciudadanos, sino que debe elegir por partidos y mediante el orden determinados por ellos, agregando la autora que ningún candidato postulado puede ser discriminado o privilegiado por motivaciones ideológicas o partidistas; de igual manera los encuestados consideran los mismo, siendo de ciento sesenta y tres personas encuestadas, un 87,1% no está de acuerdo y considera que se está limitando a voluntad.

Figura 23.

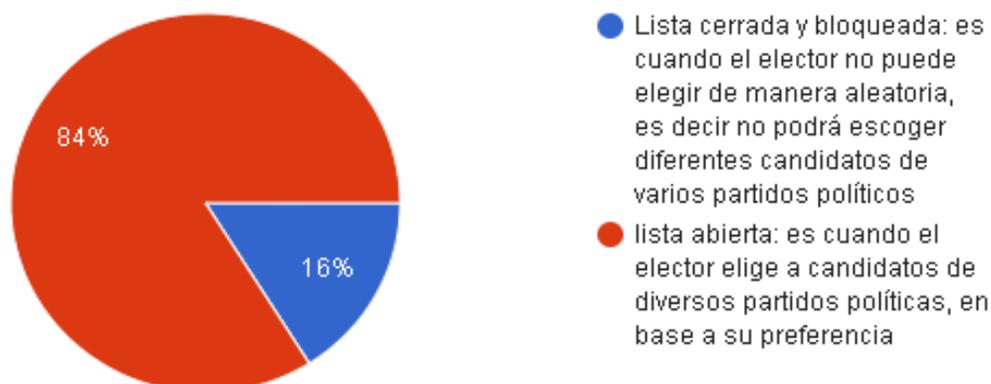
¿Consideras que al momento de que te limiten en votar en lista, están restringiendo tu libertad de elegir a tu candidato de preferencia?



Le corresponde al elector el derecho ciudadano de elegir a los candidatos de su confianza, a elección de su arbitrio, ya sea de una sola lista o de entre listas, correspondiendo por criterio general de todas las personas que la asignación de escaños se realice de conformidad a los más votados en el orden de su elección, en nuestro país durante 22 años se ha mantenido la elección de candidatos a preferencia del elector ya sea de una sola lista o de entre listas, con la finalidad de no perder el objetivo e intención del sufragio o el derecho al voto; tomando como un ejemplo claro, cuando se efectúan consultas populares, se permite la respuesta de los ciudadanos ecuatorianos de acuerdo a su criterio, mas no se los obliga a responder de una sola forma o a elección del gobierno, siendo lo correcto que se mantenga la misma línea con relación a asignación de escaños pluripersonales, con la finalidad de no realizar una coerción al elector en escoger por un partido político / organización política o alianza política sino al candidato que utiliza esta plataforma para presentar su candidatura.

Figura 24.

¿Cómo considera que se debe realizar las elecciones pluripersonales?



Tomando en consideración el criterio de los encuestados, el 84% de 163 personas encuestadas, defienden que el voto o sufragio el cual es realizado por medio de las elecciones generales y seccional a nivel nacional, en el caso de asignación de escaños de dignidades pluripersonales, se debe realizar bajo el criterio de lista abierta, permitiendo así al elector tomar el control y decisión de que candidato o candidatos en base a su preferencia debe ser su representante ya sea en el cargo de concejal municipal o distrital, miembro de junta parroquial como de asambleísta.

La aplicación de métodos proporcionales, siendo estas herramientas implementados en el sistema ecuatoriano, y del cual la mayoría de las electores desconoce su procedimiento, sirve para darle fuerza a los partidos político / organizaciones políticas o alianzas políticas, indudablemente en la norma constitucional no encontramos un artículo o sustento que detalle o explique el mismo, más sin embargo el aparato legislativo, de manera errada implanto e interpreto que el “principio proporcional” que determina la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008) con relación a las elecciones pluripersonales conforme artículo 116, y no alejándonos de lo determinado en los artículos 251 y 253 de la misma normativa, hacen referencia a que la proporcionalidad “(...) *estará representada proporcionalmente a la población cantonal urbana y rural...*” (CRE, 2008), mas no establece un cálculo numérico para realizar el escrutinio, ni tampoco hace hincapié en la inclusión de

la minorías en el sistema de asignación de escaños; agregando que la aplicación de estas fórmulas extranjeras producen una democracia inestable que genera condiciones de ingobernabilidad en los países latinoamericanos.

Tanto el método D'Hondt como el método Webster, han provocado en el país, una dispersión de la representatividad, en el sentido de que estas minorías (aquellos candidatos con menor votos obtenidos) que de forma general reúnen una gran mayoría a nivel nacional son el bloqueo de la acción administrativa de quien si recibe por parte del soberano el mandante de precautelar los intereses colectivos y promover el bien común, produciendo así un desempeño anti democrático, al ser las minorías una contraria que por lo general termina en mediático, bloqueando así el desempeño de los mandatarios.

Contraviniendo así a lo determinado en la Constitución de La Republica del Ecuador, en los siguientes términos con relación al artículo 10 *“Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”*(CRE, 2008), artículo 61 de los derechos de participación numerales 1 y2 *“Elegir y ser elegidos... Participar en los asuntos de interés público”*(CRE, 2008); artículo 95 *“participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano ... La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”*(CRE, 2008), sin dejar a un lado los instrumentos internacionales anteriormente señalados, que el Ecuador al ser parte, está obligado a su cumplimiento.

3.29 Conclusiones

De acuerdo a lo previamente investigado y analizado con relación a la normativa constitucional ecuatoriana y con criterio normativo comparado, se puede determinar que el derecho electoral es instrumental y casuístico; refiriéndome a instrumental partiendo de la pregunta ¿qué queremos?; y una vez, definida esta pregunta del derecho electoral, es importante también preguntar si ¿se utiliza el instrumento adecuado para lograr el fin buscado?, por ejemplo si se quiere dar un gran poder a los partidos políticos pues entonces

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

se tiene que utilizar para fortalecer a los partidos políticos un instrumento como el de la lista cerrada que le permite a los directivos del partido organizar su lista como ellos quieran y al elector no le toca más que votar en el orden establecido por el partido, pero si lo que se quiere es otra cosa, como por ejemplo darle mayor autonomía al elector, entonces el derecho electoral recurre a una figura como la del voto preferente, que permite al elector modificar la lista del partido, ya que quien tenga más votos preferentes ocupara el primer lugar y así sucesivamente.

Además, si lo que se quiere es darle la libertad absoluta al elector, el sistema electoral permite que el elector haga su propia lista escogiendo los candidatos de distintas listas de tal manera que la lista del elector puede ser completamente distinta a la que presentaron los partidos ya que su lista puede contener candidatos de varios para hacer una lista propia escogiendo candidatos de cada una de las listas de los distintos partidos.

Refiriéndose la autora a casuístico, en el sentido de que, cada caso hay que mirarlo con lupa, de una forma independiente y determinada, ya que los requisitos para los distintos candidatos no son los mismos, por ejemplo, los requisitos para ser elegido Presidente de la República del Ecuador no son iguales que para ser elegido Gobernadora o Gobernador, Prefecta o Prefecto, Alcaldesa o Alcalde, Asambleístas, Concejal, miembro de junta parroquial, en el caso de otros países serian también Senadora / Senador o Diputada / Diputador, etcétera., no son las mismas inhabilidades para ser elegido presidente que un asambleísta; como tampoco las incompatibilidades del presidente que la del alcalde o los concejales o de las del asambleísta.

Sin embargo, considera la autora que para que sea exitoso los sistemas electorales deben originar confianza no sólo entre los políticos y administradores electorales, sino ante la sociedad civil, a los ciudadanos de un país que llevaron a cabo un proceso de reforma democrática; es decir que aquellos sistemas deben estar diseñados para funcionar bajo las condiciones de ajustarse a cambios futuros en las actitudes y comportamientos; ya que estos contribuyen al desarrollo de una democracia estable.

Y esto involucra a la concientización del voto que debe de ser implementada por parte del Estado, no solo como una obligación, sino como un derecho ciudadano que fortalece la democracia; y esto se da porque la sociedad no está preparada, debido a la falta de capacitación sobre lo que está detrás de las elecciones; porque estamos eligiendo mediante

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

este a quienes ejercerán funciones del poder público y cumplir el deber de responder por sus actos una vez que tengan el poder, por lo tanto en la República del Ecuador se necesita que los ciudadanos sepan ejercer sus derechos, que vivan la libertad de que gozan con la responsabilidad que ello implica.

Las elecciones tanto generales como seccionales, son buenas y para bien (porque tienen el objetivo de renovación, participación, con la finalidad de lograr un cambio), pero pueden significar poco para la gente si es difícil votar o si al final del día su voto no hace ninguna diferencia en la forma en que el país es gobernado, produce que a posterior aquellas personas (que se pueden convertir en una gran mayoría) no decidan ejercer su derecho y obligación como ciudadano o residente de ser el caso. O partiendo también por la “facilidad para votar” que se ve determinada por circunstancias como el nivel de complejidad de la papeleta, qué tan sencillo o complejo es para el elector acceder al recinto de votación, actualización del registro electoral con relación a los datos de los electores y qué si hay confianza o si el estado brinda una garantía al elector de que su voto será secreto o verdadero(Reynolds, Reilly, & Ellis, 2005).

El sistema electoral ecuatoriano en estos días tiene la delicada misión de salvaguardar la voluntad popular y su actuación está directamente ligada al grado de confianza de la ciudadanía en el sistema democrático, porque somos nosotros los electores los que deseamos ver reflejadas en su preferencia la elección de determinado candidato o determinado partido político. Por lo tanto, corresponde a nosotros como ciudadanos participar activamente, así como conocerla, y fiscalizarla, evitando así y previniendo la existencia de una gran parte de votos nulos o blancos, ya que estos no favorecen a ninguna organización política, pero si se pierde el derecho de elegir un representante, de la toma de decisión y perdiendo tu forma de participar.

Si bien es cierto con Ley Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia engloba diferentes modificaciones que no contravienen a la norma constitución sino más bien, la refuerzan basado en su criterio, pero al ser análisis de este estudio los artículos 120 y 164, las cuales contravienen con la misma al no valorar la plena participación del pueblo en las decisiones políticas y muy especialmente en la elección de los mandatarios, en los siguientes términos: primero al no permitirle al elector el derecho de identificar a los candidatos de su preferencia de un sola lista; siendo el elector el que tiene que determinar

cuáles deben ser sus legítimos representantes y no los dirigentes de los partidos, los que presuntamente con elecciones primarias o sin estas, son los que establecen la representación ciudadana, que en realidad lo que por lógica deberían hacer es conformar las listas y el orden de ubicación de los candidatos, pero es el soberano quien determina entre ellas quienes serán sus representantes tanto en asamblea, parlamento o cuerpos colegiados seccionales; y, segundo a la ausencia de norma que determine específicamente en la constitución ecuatoriana la inclusión de minorías o de métodos específicos en el sistema de asignación de escaños.

De los sistemas electorales de los países vecinos previamente analizados, se puede verificar, los diferentes criterios implementados a cada caso en concreto, pero lo que la autora pudo obtener de aquellos fue la implementación del voto preferencial, que a pesar de cada país utiliza la forma de lista cerrada con candidatos de organizaciones políticas en el orden que sean colocados por ellos mismos, y presentando una lista a la que no se puede añadir otros candidatos, pero los candidatos propuestos pueden cambiar de orden, en virtud del voto preferencial, esto modifica el orden establecido de las listas de candidatos presentada por cada organización; realizando una balanza entre el apoyo tanto a los partidos, organizaciones o alianzas políticas pero sin dejar a un lado la voluntad del pueblo “de los electores”.

Entendiendo así que la democracia no es simplemente una forma de organización estatal, sino que es un proyecto político cuyo fundamento material es la dignidad humana y sus manifestaciones concretas con la diversidad y la libertad; siendo la participación de todos los sectores de la población, estado, sociedad civil, grupos reintegrados a la sociedad, son indispensables en el proceso democrático, y sola la ausencia o silencio de alguna de ellas, puede imposibilitar la democratización de la vida social. Sin dejar a un lado que el pueblo en ejercicio de sus derechos políticos es el que articula el “estado / aparato”, es decir, que la sociedad construye al estado y organiza el poder político, y es solo en esta capacidad constitutiva del orden político radica la esencialidad de los derechos políticos de participación.

3.30 Recomendaciones

- Implementación de una asignatura o materia dentro del sistema educativo ya sea en segundo nivel de educación “Colegio” y tercer nivel de educación “Universidad” en el pensum académico, con la finalidad de abordar temas relevantes de cultura política, combatir a la ignorancia y desconocimiento del tema, formando criterios con fuerza y sustentación en los estudiantes que así como lo determina la norma constitucional, desde los 16 años, se ejerce de forma facultativa el voto o sufragio; y evitando así la presencia de votos nulos o votos en blanco, que no demuestran tu voluntad e interés en la toma de decisiones.

Partiendo del criterio que dentro de los requisitos que determina la Ley Orgánica Electoral para ser “*asambleísta, representante ante el Parlamento Andino, gobernadora o gobernador regional, consejera o consejero regional, prefecta o prefecto provincial, viceprefecta o viceprefecto, alcaldesa o alcalde distritales y municipales, concejalas o concejales distritales y municipales o vocales de las juntas parroquiales se requiere haber cumplido diez y ocho años de edad al momento de inscribir la candidatura*” (LOE, CD, 2009), y sin dejar a un lado que los candidatos de cada organización política son los que determinan, postulan y regulan el orden de los candidatos a presentarse como postulante de los cargos, evitando a futuro que aquella persona que es asignada al prometente cargo haya recibido criterios jurídico / políticos durante su formación académica, pudiendo ser una persona desde dieciocho años en adelante, sin que la edad sea un limitante de criterio para la representación del pueblo en la toma de decisiones económicas, educativas, salud, etc., a futuro. Además, correlacionado con el artículo 11 numeral 9 de la norma constitucional, consistente en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Dando cabal cumplimiento a una de las funciones que le corresponde al Consejo Nacional Electoral de conformidad con el artículo 25 numeral 17 “*Promover la formación cívica y democrática de las ciudadanas y los ciudadanos*”(LOE, CD, 2009), que de acuerdo a la misma legislación electoral vigente.

- Incluir dentro de los integrantes de la junta receptora del voto, la presencia de un delegado del Consejo Nacional Electoral, con la finalidad de supervisar y corroborar que no se permita vulneraciones y prohibiciones determinadas en la norma electoral

vigente, en el “escrutinio”, es decir conteo de votos, protegiendo así el derecho de participación de los electores; evitando así, la compra, manipulaciones, alteraciones o creación de votos, determinadas en el Código Orgánico Electoral, en el artículo 50 referente a prohibiciones de las juntas receptoras del voto, es específico el numeral 3 “*permitir que los delegados de los sujetos políticos u otras personas realicen proselitismo dentro del recinto electoral y en un perímetro de cien metros*” (LOE, CD, 2009); y, el numeral 8 “*permitir la manipulación del material electoral a personas ajenas a la Junta*” (LOE, CD, 2009).

- Implementar el voto preferencial en las elecciones seccionales y generales, es decir, para adjudicación de dignidades en elecciones plurinominales, como lo son los concejales, asambleístas, y miembros de las juntas parroquiales, con la finalidad de no menoscabar el derecho constitucional de elegir y ser elegido, no retraer uno de los principios fundamentales del estado ecuatoriano que es ser un estado democrático, siendo de la siguiente manera:
 - a. El voto preferencial estará compuesto por 2 votos adicionales que corresponderán exclusivamente a cada elector, es decir que el elector escogerá la lista de candidatos del partido político, organización política o alianza política presentando por cada uno con relación al caso en específico; y adicional en cada lista tendrá la facultad de utilizar aquellos votos preferenciales para determinar el orden de los candidatos al momento de realizarse el escrutinio.
 - b. Los votos preferenciales serán opcionales, es decir que quedara a potestad del elector, utilizarlos o no.
 - c. Los votos preferenciales no se sumarán como votos adicionales a la lista, sino que serán implementadas con la finalidad de determinar el orden de los candidatos, estableciendo así el elector su preferencia entre los postulantes.

3.31 Referencia Bibliográficas

C-490/11, Sentencia C-490/11 (Corte Constitucional de la Republica de Colombia 23 de junio de 2011).

8.871, L. N. (1912). *Ley Saenz Peña*. Buenos Aires, Argentina: Congreso de la Nación Argentina.

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

- AN. (s.f.). *Asamblea Nacional*. Obtenido de <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/pleno-asambleistas>
- AndradeMuñoz, W. (5 de diciembre de 2019). TV Legislativa. *Reformas Código de la Democracia*. (R. Bravo, Entrevistador) TVL. Quito.
- Armenta Fuentes, J. M., & Calderón Jiménez, C. (2014). *Manual de derecho procesal electoral*. Bogota D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). DUDH. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris, Francia.
- Aurazo Requejo, M. (18 de Octubre de 2005). *Jurado Nacional de Elecciones*. (G. d. Educación, Ed.) Obtenido de La Cifra Repartidora en los Procesos Electorales en el Perú:
https://portal.jne.gob.pe/portal_documentos/files/informacioninstitucional/escuelael electoral/Martes%20Electorales%20-%20Exposiciones/ee2005/cifraRepartidora.pdf
- CADH. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32).
- CEBA. (2018). *Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- CEN. (1983). *Código Electoral Nacional*. Buenos Aires, Argentina: Decreto No. 2135.
- CNA. (1853). *Constitución de la Nación Argentina*. (E. S. Congreso, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Ley No. 24.430.
- CNE. (2009-2014). *Atlas Electoral del Ecuador*. Quito, Ecuador: Consejo Nacional Electoral.
- CNE. (2017). *Consejo Nacional Electoral*. Obtenido de Resultados Electorales: http://cne.gob.ec/documents/Estadisticas/Publicaciones/LIBRO_RESULTADOS_2017.pdf
- CNE. (21 de febrero de 2019). *Consejo Nacional Electoral*. Obtenido de <http://cne.gob.ec/es/institucion/sala-de-prensa/noticias/4800-13-cantones-del-pais-elegiran-concejales-por-circunscripciones-en-las-elecciones-seccionales-2019>

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

- Colombia, C. d. (14 de julio de 2009). Acto Legislativo 01. Bogota D.C., Colombia: Diario Oficial 47.410.
- Colombia, C. d. (2018). *Ley Estatutaria No. 1909*. Bogotá D.C.: El Congreso de Colombia, en virtud del procedimiento Legislativo Especial para La Paz.
- Congreso, S. y. (2012). *Ley No. 26.774*. Buenos Aires, Argentina: Ley Ciudadana Argentina.
- Constitucion. (6 de marzo de 1945). *Derecho Ecuador*. (A. N. Constituyente, Ed.) Obtenido de https://www.derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1945.pdf
- CPC. (1991). *Constitucion Política de Colombia*. Colombia: Asamblea Nacional Constituyente.
- CPP. (1993). *Constitución Política de Perú*. Lima: Congreso Constituyente Democrático.
- CRE. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Registro Oficial 449.
- Departamento de Estado de los Estados Unidos. (2004). *Sobre Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas*. (O. d. Internacional, Ed., & A. C. Ruiz, Trad.) Washington, USA: The World Book Enciclopedy.
- DUDH. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris, Francia: Resolución 217 A (III).
- Estrada Ruiz, J. (1981). *Una mujer total, Matilde Hidalgo de Procel: biografía*. Guayaquil, Ecuador: Universidad de Guayaquil.
- Estrella Aguilar, R. (2018). *Webster vs D hondt: El principio constitucional de proporcionalidad*. . Cuenca: Imprenta Universidad de Cuenca.
- Fierro, H. F. (2005). *Los derechos políticos de los mexicanos. Un ensayo de sistematización*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Franco Cuervo, J. (2016). *El Derecho Humano al voto* (Vol. Colección de textos sobre Derechos Humanos). México: CNDH.
- Freidenberg, F., & Pachano, S. (2016). *El sistema político ecuatoriano*. Quito, Ecuador: FLACSO.

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

- Larrea, T. (2007). *¿En que pensamos los ecuatorianos al hablar de democracia? Estudio cualitativo de las percepciones y actitudes ciudadanas sobre la democracia ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Corporacion Participación Ciudadana.
- LEM. (1997). *Ley de Elecciones Municipales*. Lima, Perú: <https://pdba.georgetown.edu/Electoral/Peru/municipales.pdf>.
- LER. (202). *Ley de Elecciones Regionales*. Lima, Perú: Ley No. 27683.
- LOE. (1997). *Ley Organica de Elecciones*. Lima, Perú: LEY N° 26859.
- LOE, CD. (2009). *LEY ORGANICA ELECTORAL, CODIGO DE LA DEMOCRACIA*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 578 del 27-Apr-2009.
- LR. (2020). *Ley Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia*. Quito, Quito: Suplemento - Registro Oficial N° 134.
- Montesquieu, C.-L. d. (1748). *El espíritu de las leyes*.
- Mora Donatto, C. (2002). *El valor de la Constitución normativa* (Cuarta Edición ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Municipio de Samborondon. (2020). *G.A.G. canton Samborondon*. Obtenido de Concejo Cantonal: <https://www.samborondon.gob.ec/concejo-cantonal/>
- Nohlen, D. (1981). *Sistemas electorales del mundo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nohlen, D. (2004). *Sistemas Electorales y reforma electoral* (Vol. 3). (A. C. IDEA, Ed.) Lima, Perú: Biblioteca de la Reforma Política.
- ONPE. (11 de abril de 2011). *Oficina Nacional de Procesos Electorales*. Obtenido de Eleccion de Congresistas de la Republica : https://www.web.onpe.gob.pe/modElecciones/Procesos/EPA-2011/Informacion/materiales/Gu%C3%ADa_Congreso.pdf
- Pachano, S. (2004). *FLACSO*. Obtenido de <http://www.flacso.org.ec/docs/proelec.pdf>
- Paez, G. B. (2017). *Metodología de la Investigación* (3era ed.). México: Grupo Editorial Patria.

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

- Pérez Porto , J., & Merino, M. (2014). *DEFINICION*. Obtenido de <https://definicion.de/sistema-electoral/>
- RAE. (s.f.). *Real Academia Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/sufragio>
- RAE. (s.f.). *Real Academia Española*. Obtenido de <https://www.rae.es/>
- República, C. d. (2005). *Ley No. 28581*. Lima, Perú: Ley No. 28581, 26 de junio de 2005.
- Reynolds, A., Reilly, B., & Ellis, A. (2005). *Electoral System Design: The Next IDEA Handbook* (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ed.). (B. Graphics, Ed., & I. F. México, Trad.) Estocolmo, Suecia: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral.
- Reynolds, A., Reilly, B., & Ellis, A. (2006). *Diseño de sistemas electorales: El nuevo manual de IDEA Internacional*. (I. F. México, Trad.) Estocolmo, Suecia: Bulls Graphics - Instituto Internacional para la democracia y la asistencia electoral.
- Sáchica, L. C. (1999). *Derecho Constitucional General* (Cuarta Edición ed.). Santa Fé de Bogotá: TEMIS S.A.
- Sartori, G. (1996). *Ingeniería Constitucional Comparada*. Mexico D.F., Mexico: FCE.
- Schröder, P. (2004). *Strategic planning. I. Title* (1era Edición ed.). (A. Centurión, Trad.) México: Fundación Friedrich Naumann / OEA.
- Verdezoto, N. (s.f.). *El Comercio*. Obtenido de <https://www.elcomercio.com/actualidad/derecho-al-voto-cambio-nueve.html>
- Villalobos, D. A. (28 de mayo de 2007). *El problema del reparto de escaños*. Obtenido de Nova Blog: <https://arodriguez.blogs.upv.es/el-problema-del-reparto-de-escaños/>

CAPÍTULO 4: EL DERECHO AL SUFRAGIO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA LIBERTAD. DEBER U OBLIGACIÓN

Autor:

Byron Paul Vera Rosales, Mgtr.
Universidad Tecnológica ECOTEC
byronvr@hotmail.com

4.1 La Democracia

Según el Diccionario de la Real Academia de Lengua Española, la democracia es una forma de organización del Estado que atribuye la titularidad del poder al conjunto de la ciudadanía (Fernando León de Aranoa, 2014).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 21, señala que “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público: esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto” (General et al., 2017)

4.2 Democracia

Esta palabra procede del griego demos, pueblo, y cratos, poder, autoridad. Significa el predominio popular en el Estado, el gobierno del pueblo por el pueblo o al menos, a través de sus representantes legítimamente elegidos, que ejercen indirectamente la soberanía popular, a través de los delegados. (Torres, 2006)

4.3 La Democracia en Ecuador

Ecuador posee varias formas de democracia que son: directa, participativa, comunitaria y representativa, las cuales están establecidas dentro de la Constitución en el artículo 95, inciso 2:

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

“La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria” (Constitución de la República del Ecuador et al., 2010)

La democracia en Ecuador ha tenido una historia muy agitada en la siguiente gráfica vemos un resumen de los periodos:

Figura 25.

Periodos en Ecuador



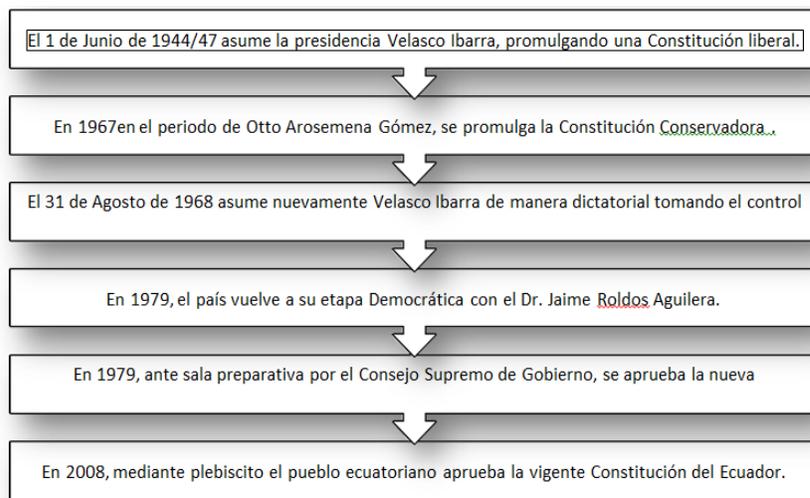
Fuente: Removiendo el presente latinoamericano e historia en Ecuador (Paz y Miño,2007)

Elaborado por: Byron Paul Vera Rosales

4.4 Cronología democrática en Ecuador

Figura 26.

Cronología democrática del Ecuador



Fuente: Removiendo el presente (Paz y Miño, 2007) Elaborado por: Byron Paul Vera Rosales

4.5 Las papeletas electorales:

Por supuesto, uno de los instrumentos más fundamentales de la administración electoral es el voto propiamente dicho, y el acto principal de una elección es la emisión del voto. Sin embargo, al igual que muchos otros aspectos de la administración electoral, la manera en que se emite el voto está sujeta a la innovación. A pesar de que numerosos países han llevado a cabo votación electrónica, en la gran mayoría de los casos se han necesitado sistemas paralelos para verificar el conteo, y en algunos casos los escrutinios se han encomendado a empresas de automatización en lugar de a la autoridad electoral. El recurso al voto electrónico va en aumento, con excelentes perspectivas de desarrollo, especialmente debido al menor costo a largo plazo; sin embargo, en la actualidad la mayoría de los procesos electorales emplean papeletas con los nombres de los candidatos.

Existen dos tipos de papeletas de votación: las papeletas únicas y las papeletas múltiples. La papeleta única incluye a todos los candidatos que participan en las elecciones y los votantes deben marcar los nombres que prefieren. En las papeletas de votación múltiples, cada candidato o lista de partido tiene su propia papeleta, y los electores tienen que escoger entre ellas. En este último caso, la administración electoral debe asegurarse de que todas las papeletas se encuentran disponibles en cantidades similares y que se colocan de manera no discriminatoria. (RED DE CONOCIMIENTOS ELECTORALES)

4.6 La elección

Guillermo Cabanellas define a la elección como escogimiento, selección, preferencia, liberación, libertad para actuar. El nombramiento por votación, o por designación de quien tiene tal autoridad, para cubrir un cargo o desempeñar un empleo (Torres, 2006).

4.7 El Candidato

Es la persona que postula para un puesto de elección popular. En el Ecuador se precisa ser parte de algún partido o movimiento político.

4.8 Los Movimientos Políticos

Art. 108.- Los partidos y movimientos políticos son organizaciones públicas no estatales, que constituyen expresiones de la pluralidad política del pueblo y sustentarán concepciones filosóficas, políticas, ideológicas, incluyentes y no discriminatorias. Su organización, estructura y funcionamiento serán democráticos y garantizarán la alternabilidad, rendición de cuentas y conformación paritaria entre mujeres y hombres en sus directivas. Seleccionarán a sus directivas y candidaturas mediante procesos electorales internos o elecciones primarias (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Art. 109.- Los partidos políticos serán de carácter nacional, se registrarán por sus principios y estatutos, propondrán un programa de gobierno y mantendrán el registro de sus afiliados. Los movimientos políticos podrán corresponder a cualquier nivel de gobierno o a la circunscripción del exterior. La ley establecerá los requisitos y condiciones de organización, permanencia y accionar democrático de los movimientos políticos, así como los incentivos para que conformen alianzas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Los partidos políticos deberán presentar su declaración de principios ideológicos, programa de gobierno que establezca las acciones básicas que se proponen realizar, estatuto, símbolos, siglas, emblemas, distintivos, nómina de la directiva. Los partidos deberán contar con una organización nacional, que comprenderá al menos al cincuenta por ciento de las provincias del país, dos de las cuales deberán corresponder a las tres de mayor población. El registro de afiliados no podrá ser menor al uno punto cinco por ciento del registro electoral utilizado en el último proceso electoral (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Art. 110.- Los partidos y movimientos políticos se financiarán con los aportes de sus afiliadas, afiliados y simpatizantes, y en la medida en que cumplan con los requisitos que establezca la ley, los partidos políticos recibirán asignaciones del Estado sujetas a control. El movimiento político que en dos elecciones pluripersonales sucesivas obtenga al menos el cinco por ciento de votos válidos a nivel nacional, adquirirá iguales derechos y deberá cumplir las mismas obligaciones que los partidos políticos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

4.9 El Sufragio

Art. 10.- La ciudadanía expresa su voluntad soberana, entre otros, por medio del voto popular que será universal, igual, periódico, directo, secreto y escrutado públicamente, que se manifiesta en los tiempos, condiciones y bajo las normas que esta ley señala para garantizar la permanencia y el perfeccionamiento de la democracia. (De et. al., 2018).

4.10 El Voto

Art. 10.- La ciudadanía expresa su voluntad soberana, entre otros, por medio del voto popular que será universal, igual, periódico, directo, secreto y escrutado públicamente, que se manifiesta en los tiempos, condiciones y bajo las normas que esta ley señala para garantizar la permanencia y el perfeccionamiento de la democracia (De et al., 2018)

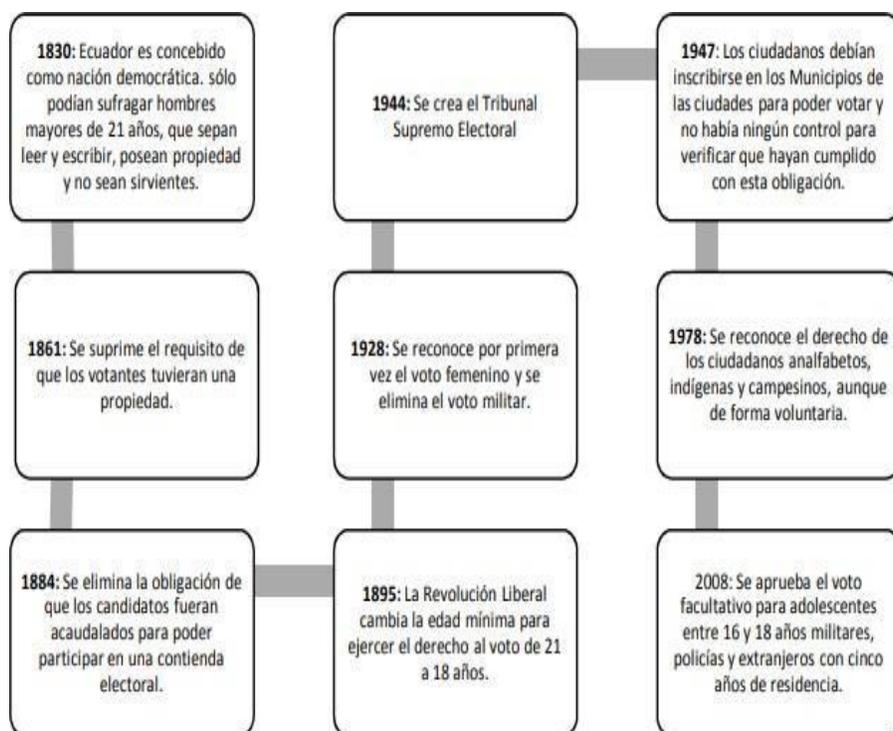
- El voto obligatorio.
- El voto facultativo.
- El voto voluntario.

4.11 Evolución del Voto en el Ecuador

La evolución del voto indica que no se ha realizado un debate acerca de su manifestación de democracia, es decir no se ha tratado el voto voluntario. Vivimos una democracia participativa, pero carecemos de una democracia que represente la verdadera voluntad.

Figura 27.

Evolución del voto en Ecuador



Fuente: Removiendo el presente latinoamericano e historia en Ecuador
(Paz y Miño,2007)

4.12 El Voto Obligatorio

Sobre el voto obligatorio encontramos en la ley Orgánica Electoral lo siguiente:

Art. 11.- El Ejercicio del derecho al voto se realizará de conformidad con las siguientes disposiciones:

El voto será obligatorio para las ecuatorianas y ecuatorianos mayores de dieciocho años, incluyendo a las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada. (De et. al., 2018)

El voto será facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad, las mayores de sesenta y cinco años, las ecuatorianas y ecuatorianos que habitan en el exterior, los y las integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en servicio activo, las personas con discapacidad y las personas analfabetas. Lo será también para las extranjeras y extranjeros desde los dieciséis años de edad que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años y se hubieren inscrito en el Registro Electoral. El Consejo Nacional Electoral reglamentará y establecerá las condiciones necesarias para facilitar el ejercicio del sufragio a las personas con discapacidad (De et. al., 2018)

4.13 El Voto Voluntario

El voto es un derecho que nace de la voluntad del pueblo. Los grupos que pueden acceder a esta modalidad son:

- Personas entre dieciséis y dieciocho años de edad
- Personas de la tercera edad o mayores de sesenta y cinco años.
- Personas con discapacidad.
- Personas analfabetas.
- Fuerzas Armadas y Policía Nacional en servicio activo.
- Los ciudadanos que habitan en el exterior.
- Los ecuatorianos extranjeros desde los dieciséis años de edad que residen en el Ecuador legalmente por al menos 5 años.

4.14 El Voto Voluntario en América Latina

Algunos países con el fin de fortalecer sus democracias han instaurado el voto voluntario. En el siguiente cuadro podremos apreciar un listado de aquellos.

Figura 28.

Sistema electoral



Fuente: OEA

Como se puede apreciar en Colombia, el voto es voluntario, se lo percibe como un derecho y no una imposición. Implementar esta cualidad significaría un cambio en el sistema electoral el cual debe ser presentado mediante una propuesta y aplicando una consulta popular. Los países como Colombia, Venezuela y Chile han aplicado el sistema de voto voluntario.

Ecuador, Perú, Uruguay conservan un sistema electoral que sanciona a quienes no lo ejercen. Mientras República Dominicana, Panamá, Guatemala y Costa Rica no aplican sanciones a pesar de estipular como obligatorio el voto.

4.15 Pros y Contras del voto Voluntario

El voto voluntario posee características especiales en relación a su aplicación. Podemos mencionar las siguientes:

Pros:

- El voto voluntario promueve la libertad democrática
- El voto voluntario impulsaría a que los partidos realicen mejores propuestas paracaptar el interés de los sufragantes.
- Un nuevo empadronamiento facilitaría la identificación de personas habilitadas avotar
- Se eliminan las multas.
- Se acaban las restricciones en trámites legales

Contra:

- Quienes no ejerzan el derecho al voto se podrían sentir afectados por aquellos que si lo aplican.

4.16 El derecho al voto en Colombia

La constitución de Colombia declara que pueden ejercer su derecho a sufragio los ciudadanos mayores a 18 años de edad y que no hagan parte de la Fuerza pública o en proceso de impedimento para ejercer su derecho y a su vez lo deberán hacer en establecimientos que determine la registradora nacional. El artículo 258 manifiesta que, el voto es un derecho y un deber ciudadano. (Constitución de Colombia, 2015) El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La organización electoral suministrará igualmente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.

Colombia en comparación a nuestro país el derecho al voto ha tenido una serie de cambios, desde el desarrollo igualitario al ejercerlo como el derecho a que sufraguen todos sin ninguna distinción social, económica, entre otros logros que a través de múltiples necesidades se ha desarrollado. El voto en Colombia es un derecho y un deber ciudadano, más no se lo establece como obligatorio ni se aplican sanciones, multas a quienes no sufraguen.

4.17 El derecho al voto en Chile

El artículo 15 de la constitución de Chile señala “En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario”. Este decreto está en vigencia desde el año 2012 el cual se aprobó como la Ley N° 20.568 que reformó el sistema de sufragio universal, instaurando la inscripción automática y el voto voluntario. Así se incorporó a cerca de 4.500.000 nuevos electores, quienes tendrán la libertad de elegir si quieren votar o no en las distintas elecciones. (Constitución chilena, 2012)

El desarrollo a nivel electoral en Chile es el mayor ejemplo para vivir en plena democracia, el 2013 vivieron su primer sistema electoral por medio del voto voluntario dando como ganadora la primera presidenta reelegida en la historia de Chile como fue Michelle Bachelet con el 46.70% de los votos válidamente emitidos, los cuales le permitieron alcanzar en segunda vuelta un 62.16% de total de los votantes válidos. El artículo 15 de la constitución de Chile en su esencia niega que se consagre el derecho a no asistir a sufragar, lo que consagra este artículo es la formación de la voluntad electoral del ciudadano; que en resumen debería prevalecer como cultura general dentro de los ciudadanos al momento de presentarse este proceso, dado que en las presentes elecciones el pueblo es el que decide el cambio que necesita su país con la seguridad de responsabilidad que conlleva su voto.

4.18 El derecho al sufragio en la Constitución de la República del Ecuador

La constitución vigente aprobada en el año 2008 desde su artículo 1 define el tipo de Estado que somos y cuáles son los derechos que predominan en la nación y hace énfasis en la justicia que debe prevalecer dentro del ámbito democrático.

Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición, Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio

Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. (Asamblea Constituyente, 2008). También menciona a la soberanía radicada en el pueblo en sentido participativo para pertenecer o participar en el ámbito político que debe de llevar el país”. 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.”

La democracia participativa, comunitaria y representativa son derechos que representan el ámbito social e integral que tenemos los ciudadanos al momento de participar en alguna representación política, sea esta de manera cultural, ideología o inclusive social.

Adiciona a su vez la participación de comunidades indígenas en procesos democráticos que impliquen el desarrollo político del país.

La actual constitución hace énfasis a los derechos sociales, civiles, políticos y de identidad adicionando los derechos de la naturaleza. Que implica un nuevo fundamento que separa el clasismo universal y lo centra específicamente a derechos de individuales que goza cada persona. Dentro de la constitución se da participación al pueblo a participar en los procesos electorales como políticos de manera en que no se vulneren sus derechos voluntarios entre ellos se menciona los siguientes artículos:

“Art 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2.)
Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”

También la Constitución en su artículo 61 menciona los derechos políticos que goza cada ciudadano los cuales representa el grado de importancia que tiene cada ecuatoriano al momento de ejercer su derecho participativo en un sentido público y que establezcan la relación entre las normativas internacionales a favor de la democracia.

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

“Art 61.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 1.) Elegir y ser elegidos 2.) Participar en los asuntos de interés público. 3.) Presentar proyectos de iniciativa popular normativa. 4.) Ser consultados. 5.) Fiscalizar los actos del poder público. 6.) Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular. 7.) Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional. 8.) Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten. Las personas extranjeras gozarán de estos derechos en lo que les sea aplicable.” (Asamblea Constituyente, 2008)

“Art 62.- Las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente, de conformidad con las siguientes disposiciones: 1.) El voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años. Ejercerán su derecho al voto las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada. 2.) El voto será facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad, las mayores de sesenta y cinco años, las ecuatorianas y ecuatorianos que habitan en el exterior, los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y las personas con discapacidad.”

“Art 63.- Las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior tienen derecho a elegir a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, representantes nacionales y de la circunscripción del exterior; y podrán ser elegidos para cualquier cargo.”

El título IV se refiere también a la participación y organización del poder que según el Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará

por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

Siendo la democracia deliberativa complementaria para la democracia participativa según se describe en algunas secciones de la constitución, es de gran relevancia mencionar que el estado ecuatoriano también cuenta con una función de más transparencia y control social como es el caso de la Función Electoral (además de las ya conocidas: Ejecutiva, Legislativa y Judicial), con el objetivo de garantizar y restablecer la credibilidad de la labor del principal organismo estatal a los ciudadanos.

El consejo de participación ciudadana y control social será la entidad encargada en promover e incentivar el ejercicio de los derechos relacionados a la participación ciudadana y a su vez impulsará mecanismos que motiven al interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la constitución y la ley la estructura del consejo será desconcentrada y responderá al cumplimiento de sus funciones, según lo estipula el artículo 207 de la constitución. (Asamblea Constituyente, 2008).

4.19 El derecho al sufragio en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana

La soberanía del pueblo radica en la participación de la ciudadanía en intereses públicos que conllevan a un mejor desarrollo estatal, por lo que, el artículo 4 de la Ley Orgánica de participación ciudadana, garantiza los derechos de participación del pueblo y los divide en los siguientes principios:

“Igualdad. - Es el goce de los mismos derechos y oportunidades que tienen los ciudadanos ecuatorianos para participar en forma individual o colectiva en la vida pública del país.

Interculturalidad. - Es el ejercicio de la participación ciudadana respetuoso e incluyente de las diversas identidades culturales, que promueve el diálogo y la interacción de las visiones y saberes de las diferentes culturas.

Autonomía. - Es la independencia política y autodeterminación de la ciudadanía y las organizaciones sociales para participar en los asuntos de interés público del país.

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Deliberación Pública. - Es el intercambio público y razonado de argumentos, así como, el procesamiento dialógico de las relaciones y los conflictos entre la sociedad y el Estado, como base de la participación ciudadana.

Respeto a la diferencia. - Es el derecho a participar por igual en los asuntos públicos, sin discriminación en los casos enumerados en el artículo 11, numeral 2 de la Constitución.

Paridad de género. - Es la participación proporcional entre mujeres y hombres. Solidaridad. - Es el ejercicio de la participación ciudadana que debe promover desarrollo de las relaciones de cooperación y ayuda mutua entre las personas y colectivos.” (Nacional, 2010)

4.20 Población

El Consejo Nacional Electoral en su página web indica que en Guayas existen 3118339 ciudadanos empadronados.

En el Colegio de Abogados del Guayas se encuentran registrados 17.258 abogados.

Tabla 34.

Universo del trabajo de Investigación #1

CIUDADANOS EN CAPACIDAD DE VOTAR EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS	CANTIDAD	PARTICIPACIÓN
Hombres	1538957	49%
Mujeres	1579382	51%
Total	3118339	100%

Fuente: INEC 2021 Elaborado por: Byron Paul Vera Rosales

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 35.

Universo de la Investigación #2

COMPOSICIÓN	CANTIDAD	PARTICIPACIÓN
Abogados Registrados en la Prov. del Guayas	17.258	100%

4.21 Muestra

La población de la cual se obtiene la muestra es la que se encuentra en el segmento de personas habilitadas para votar, para esto tomamos dos fuentes:

El número de abogados pertenecientes al Guayas, cuya cifra es 17.258 SEGÚN REGISTROS DEL COLEGIO DE ABOGADOS y

La población de personas habilitadas para votar en la provincia del Guayas, según los datos del CNE son 3'073271.

Tabla 36.

Campo de Estudio #1

COMPOSICIÓN	CANTIDAD	PORCENTAJE
Abogados Registrados en la Prov. del Guayas	17.258	100%

Fuente: Colegio De Abogados Del Guayas.

Tabla 37.

Campo de Estudio #2

CIUDADANOS EN CAPACIDAD DE VOTAR EN LA PROVINCIA DEL GUAYAS	CANTIDAD	PARTICIPACIÓN
Hombres	1538957	49%
Mujeres	1579382	51%
Total	3118339	100%

Fuente: INEC 2020

Con el fin de obtener resultados fiables se aplicará la fórmula 95/5 es decir el 95% de confianza y un 5% de margen de error y de un 50% de probabilidades de éxito, con la siguiente fórmula:

Fórmula para determinar n°

$$\text{Tamaño de la muestra} = \frac{\frac{z^2 \times p(1-p)}{e^2}}{1 + \left(\frac{z^2 \times p(1-p)}{e^2 N}\right)}$$

Figura 29.

Cálculo de la muestra



El resultado al aplicar la fórmula es 385.

La fórmula que hemos aplicado nos entrega la siguiente muestra a ser encuestada:

- 376 abogados del Guayas y
- 385 a los ciudadanos en general.

La correcta aplicación de los cuestionarios nos permitirá obtener datos fiables que aportaran al trabajo de investigación

4.22 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Se aplicaron las siguientes técnicas:

Técnicas de investigación bibliográfica (TIB). La recolección de datos bibliográficos nos permite crear el marco científico para desarrollar una investigación acorde.

Técnicas de investigación de campo (TIC). La investigación de campo permite obtener los datos en la fuente donde se origina la materia o problema a investigar, nos permite conocer las necesidades y cómo afecta esta problemática a la sociedad.

Se aplicaron instrumentos de recolección de datos entre esas están:

Encuesta: Las encuestas permiten conocer el pensamiento de los ciudadanos respecto al tema a investigar

Herramientas: las herramientas utilizadas como son equipos de oficina, programas de manejo de datos (IBM SPSS), Internet. Siempre cuidando la veracidad de las fuentes, es decir, que sean reales y verificables, todas relacionadas al tema.

4.23 Tratamiento de la investigación

La democracia en el Ecuador ha tenido un largo camino a través de la historia, su función preponderante es dirigir el rumbo de nuestro país, por eso los métodos seleccionados nos permiten crear un criterio y conclusiones que sean un aporte encaminado a mejorar la aplicación de la democracia. La democracia es un sistema de gobierno, que permite que la ciudadanía exprese su opinión y sea escuchada. Esto explica por qué son dos palabras griegas las que componen democracia: "demos", que significa pueblo, y "kratos", que significa gobierno. Es decir, democracia significa el gobierno del pueblo.

4.24 Procesamiento y análisis

Una vez realizada las encuestas se procedió a tabular las preguntas a través del uso de software estadístico. Aplicamos el programa IBM SPSS, el cual nos entregó los resultados tanto de los profesionales y ciudadanos. Estos resultados son utilizados para crear un análisis.

4.25 Análisis encuesta a los abogados de la provincia del Guayas

El análisis de la encuesta realizada a los abogados del Guayas es la siguiente: Pregunta ¿El Voto Obligatorio Atenta los Derechos Democráticos de los Ciudadanos del Ecuador?

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 38.

¿El Voto Obligatorio Atenta los Derechos Democráticos de los Ciudadanos del Ecuador?

ALTERNATIVAS	N° PERSONAS	%
Muy De Acuerdo	345	92%
Algo De Acuerdo	28	7%
En Desacuerdo	1	0%
Total Desacuerdo	2	1%
Total	376	100%

Fuente: Encuesta realizada a Abogados en la prov. Del Guayas

Análisis

El 92% de los encuestados manifiestan que el sistema actual vulnera los derechos democráticos, el 7% están de acuerdo en la existencia de vulneración, mientras el 1% está en total desacuerdo con alguna muestra de vulneración con el proceso electoral vigente. Eso significa que el 99% de los abogados encuestados consideran que el sistema actual vulnera los derechos democráticos al ser el voto un acto obligatorio.

Manifiestan que la mayoría vota solo para evitar las multas y obtener el certificado de votación, documento que sirve para determinados tramites.

PREGUNTA 2: ¿Considera que se debería implementar el voto voluntario en el Ecuador?

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 39.

¿Considera que se debería implementar el voto voluntario en el Ecuador?

ALTERNATIVAS	N° PERSONAS	%
Muy De Acuerdo	173	46%
Algo De Acuerdo	114	30%
En Desacuerdo	56	15%
Total Desacuerdo	33	9%
Total	376	100%

Fuente: Encuesta realizada a Abogados en la prov. Del Guayas

Análisis

El 46% de los encuestados están totalmente de acuerdo con implementar el voto voluntario, mientras que un 30% señala que está de acuerdo, un 15% manifiesta que están poco de acuerdo con que se modifique el sistema actual, y un 9% está totalmente en desacuerdo con que se cambie el modelo electoral actual.

En resumen, el 76% de los encuestados apoyan un cambio en el sistema electoral. De esa manera el Estado debería trabajar en la motivación para que sus ciudadanos ejerzan su derecho.

Coinciden en que se fortalecería la democracia, los candidatos se verían obligados a presentar mejores propuestas. Por otro lado, se lograría depurar el padrón electoral y a su vez se optimizaría el gasto electoral.

PREGUNTA 3: ¿El voto voluntario representaría un aporte a la democracia en Ecuador?

Tabla 40.

¿El voto voluntario representaría un aporte a la democracia en Ecuador?

ALTERNATIVAS	N° PERSONAS	%
Totalmente de acuerdo	103	28%
De acuerdo	208	55%
Poco de acuerdo	23	6%
Total desacuerdo	42	11%
Total	376	100%

Fuente: Encuesta realizada a Abogados en la prov. Del Guayas

Análisis

El 28% de los encuestados expresan estar totalmente de acuerdo con implementar el voto voluntario, un 55% manifiestan que están de acuerdo. Mientras que un 6% está poco de acuerdo y un total desacuerdo con un 11%. Eso significa que un 83% de los encuestados consideran que implementar el voto facultativo mejoraría el sistema electoral y fortalecería la democracia en el Ecuador.

Aplicarlo sería mejorar la democracia al impulsar un voto meditado; al eliminar la obligatoriedad se podría disfrutar de una verdadera democracia.

PREGUNTA 4: ¿Qué beneficios se obtendrían al implementar el voto voluntario en el Ecuador?

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 41.

¿Qué beneficios se obtendrían al implementar el voto voluntario en el Ecuador?

BENEFICIOS		
Mejora la democracia	62	22
Los candidatos tendrían mejores propuestas	98	36
Minimizaría los votos nulos	73	26
Optimizaría el gasto electoral.	21	8
Agilizaría la obtención de resultados	22	8
Otro: (especifique)		
Total	276	100%

Fuente: Encuesta realizada a Abogados en la prov. Del Guayas

Análisis

De las encuestas realizadas el 22% indicó que esto mejora la democracia. Un 36% considera que el voto facultativo podría generar mejores propuestas por parte de los candidatos. Un 26% indica que se reduciría el número de votos nulos. El 8% piensa que se darían mejoras en el gasto público por parte del CNE y finalmente un 8% considera que se agilizaría el conteo y por ende los resultados.

PREGUNTA 5. ¿Está de acuerdo con la multa a quienes no ejercen su derecho al voto?

Tabla 42.

¿Está de acuerdo con la multa a quienes no ejercen su derecho al voto?

ALTERNATIVAS	PERSONAS	PORCENTAJES
Totalmente de acuerdo	42	11%
De acuerdo	27	7%
Poco de acuerdo	169	45%
Total desacuerdo	138	37%
Total	372	100

Fuente: Encuesta realizada a Abogados en la prov. Del Guayas

Análisis

Respecto a las multas a los ciudadanos que no sufragan, un 11% de los encuestados se encuentra totalmente de acuerdo; el 7% está solo de acuerdo con imponer la multa a quienes no se presentan a votar; por otro lado, el 45% está poco de acuerdo y el 37% presenta un total desacuerdo en cuanto a las multas al momento de no sufragar.

Los encuestados indican que una multa va en contra del principio de libertad y democracia. Indicaron no estar de acuerdo con la multa porque así se eliminaría la restricción del certificado de votación.

Si se plantea la democracia como una expresión de voluntad popular, el imponer una multa es un atropello a este principio. Conclusión compartida por el 82% de los encuestados.

PREGUNTA 6. ¿Cómo se impulsa el voto voluntario en los ciudadanos?

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 43.

¿Cómo se impulsa el voto voluntario en los ciudadanos?

ALTERNATIVAS	PERSONAS	%
Los candidatos podrían entregar mejores propuestas	283	75%
Mejorar el Sistema educativo en relación a los procesos democráticos	15	4%
Implementar la difusión por medios electrónicos para conocer las propuestas	71	19%
Otro: (especifique)	7	2%
Total	372	100

Fuente: Encuesta realizada a Abogados en la prov. Del Guayas

Análisis

El 75% de los encuestados manifestaron que la forma idónea es que los candidatos promuevan mejores propuestas para captar la atención de los votantes. El 19% considera que se debe implementar la difusión por medios electrónicos de las propuestas.

El 4% indica que se debería mejorar el sistema de educación para crear una cultura de democracia. Y finalmente un 2% dijeron que se podrían implementar otras opciones como incentivos fiscales o descuentos en el pago de impuestos

PREGUNTA 7. ¿Si se implementa el voto voluntario, Ud. asistiría?

Tabla 44.

¿Si se implementa el voto voluntario, Ud. asistiría?

ALTERNATIVAS	PERSONAS	%
Totalmente de acuerdo	62	17%
De acuerdo	191	51%
Poco de acuerdo	35	9%
Total desacuerdo	88	23%
Total	376	100

Fuente: Encuesta realizada a Abogados en la prov. Del Guayas

Análisis

Es interesante el análisis de este resultado, el 17 % de los encuestados indican que están totalmente de acuerdo en ejercer el derecho al voto, el 51% manifiestan que están de acuerdo. A partir de aquí los resultados disminuyen drásticamente, solo un 9% está poco de acuerdo y un 23% está en total desacuerdo de votar. Podemos deducir que un cambio de política le haría bien a la democracia.

El 68% considera que el voto voluntario es la forma máxima de democracia y asistirían a cumplir su deber ciudadano.

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

PREGUNTA 8. ¿De qué manera el modelo del voto voluntario mejoraría la democracia en Ecuador?

Tabla 45.

¿De qué manera el modelo del voto voluntario mejoraría la democracia en Ecuador?

ALTERNATIVAS	PERSONAS	%
El sistema de empadronamiento sería		
Más ágil	12	3%
El escrutinio sería más rápido	38	10%
Habría menos recintos electorales	96	26%
Mejoraría el gasto público.	218	58%
Otro: (especifique)	12	3%
Total	372	100%

Fuente: Encuesta realizada a Ciudadanos en la prov. Del Guayas

Análisis

El trabajo de acampo arroja los siguientes resultados. El 34% de los encuestados consideran que se mejoraría el gasto público, el 20% que el sistema de empadronamiento sería más ágil, el 18% estima que habría menos recintos electorales, el 16% piensa que el escrutinio sería más rápido y por ende la obtención de los resultados, y finalmente un 12% otras opciones.

4.26 Análisis encuesta a los ciudadanos del cantón Guayaquil

OBJETIVO: Demostrar la vulneración de la democracia por medio del sistema del voto obligatorio y la factibilidad de implementar el sistema del voto voluntario para fortalecer la democracia Edad:

Pregunta 1B: ¿Cómo preferiría que sea el sistema electoral en Ecuador?

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 46.

¿Cómo preferiría que sea el sistema electoral en Ecuador?

OPCIONES	PERSONAS	%
Obligatorio	115	31
Voluntario	175	47
Indiferente	82	22
Total	372	100

Fuente: Encuesta realizada a Ciudadanos en la prov. Del Guayas

Análisis

El ciudadano común manifestó que el voto debería ser voluntario con un 47%, mientras un 31% considera que debería mantenerse el sistema de voto obligatorio. A su vez un 22% de encuestados les resulta indiferente.

PREGUNTA 2B: ¿Es importante votar en el Ecuador?

Tabla 47.

¿Es importante votar en el Ecuador?

OPCIONES	PERSONAS	%
Si	253	68
No	86	23
No sabe	33	9
TOTAL	372	100

Fuente: Encuesta realizada a Ciudadanos en la prov. Del Guayas

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Análisis

El 68% de los encuestados manifiesta que es importante ejercer el derecho al voto, mientras un 23% considera que no, y finalmente el 9% indica no saber. Esto implica que el pueblo en un 32% considera que no es importante.

Pregunta 3b: ¿Ejercería su derecho a sufragar si el voto fuera voluntario?

Tabla 48.

¿Ejercería su derecho a sufragar si el voto fuera voluntario?

OPCIONES	PERSONAS	%
Definitivamente si	71	19
Si	141	38
Tal vez	97	26
No	63	17
Total	372	100

Fuente: Encuesta realizada a Ciudadanos en la prov. Del Guayas

Análisis

Las personas van cambiando su relación en base a la obligatoriedad, solo un 19% de los encuestados manifestó su deseo de ir a votar, un 38% si lo haría, pero cabe destacar que un 26% de los encuestados no están seguros de asistir a elecciones y un 17% manifestó estar en contra de ir a votar.

Pregunta 4: ¿Considera que el voto obligatorio refleja los resultados exactos de las elecciones?

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 49.

¿Considera que el voto obligatorio refleja los resultados exactos de las elecciones?

OPCIONES	PERSONAS	%
Definitivamente si	15	4
Si	30	8
Tal vez	86	23
No	175	47
No sabe	66	18
total	372	100

Fuente: Encuesta realizada a Ciudadanos en la prov. Del Guayas

Análisis

El resultado es contundente, la ciudadanía considera en un 47% que las elecciones no reflejan su voluntad, un 23% considera que tal vez, un 18% no sabe, apenas un 8% considera que si, y un 4% no sabe.

Pregunta 5B: ¿Debería plantearse un nuevo sistema electoral en el país

Tabla 50.

¿Debería plantearse un nuevo sistema electoral en el país?

OPCIONES	PERSONAS	%
Si	238	64
No	63	17
No sabe	71	19
Total	372	100

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Fuente: Encuesta realizada a Ciudadanos en la prov. Del Guayas

Análisis

El 64% de los encuestados manifiesta que debería implementarse un nuevo sistema electoral para garantizar que el voto sea la base de la democracia, un 17% no está de acuerdo, considera que debe mantenerse el sistema actual y un 19% no sabe. Por lo tanto, en base a la apreciación de la ciudadanía se debe implementar un nuevo sistema con el fin de recuperar la confianza en las instituciones del país y que el ciudadano se sienta representado.

Pregunta 6B ¿De qué manera se podría motivar a los ciudadanos a ejercer su derecho al voto, si el sistema cambiara a la modalidad voluntaria? MAX. 2 OPCIONES

Tabla 51.

¿De qué manera se podría motivar a los ciudadanos a ejercer su derecho al voto, si el sistema cambiara a la modalidad voluntaria? MAX. 2 OPCIONES

OPCIONES	PERSONAS	%
Mejores propuestas de los candidatos	45	12
Mejorar el Sistema educativo en relación a los procesos democráticos	54	14,5
Incentivos económicos o descuentos en servicios públicos	272	73
Otro: (especifique)	1	0,5
Total	372	100

Fuente: Encuesta realizada a Ciudadanos en la prov. Del Guayas

Análisis

Los ciudadanos manifestaron con una mayoría aplastante de 73% que un incentivo económico a través de descuentos en instituciones públicas sería una motivación importante para ejercer al voto, un 15% considera que se debería mejorar el sistema

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

educativo, solo un 12% se sentiría motivado a votar en base a que los candidatos hagan mejores propuestas y apenas un 0,5% dio otra opción. Implementar el sistema de voto voluntario tendría un éxito si se complementa con una política de beneficios tal como se aplican en otros países.

Pregunta 7: ¿Mejoraría el interés de la ciudadanía para sufragar el sistema del voto voluntario?

Tabla 52.

¿Mejoraría el interés de la ciudadanía para sufragar el sistema del voto voluntario?

OPCIONES	PERSONAS	%
Si	220	59
No	67	18
No sabe	85	23
Total	372	100

Fuente: Encuesta realizada a Ciudadanos en la prov. Del Guayas

Análisis

El 59% de los encuestados manifestó que, al implementar el sistema de voto voluntario, los ciudadanos se sentirían interesados en votar, el 18% considera que no y un 23% no sabe.

PREGUNTA 8: ¿De qué manera el modelo del voto voluntario mejoraría la democracia en el Ecuador? Max. 2 opciones

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Tabla 53.

¿Mejoraría el interés de la ciudadanía para sufragar el sistema del voto voluntario?

OPCIONES	PERSONAS	%
El sistema de empadronamiento sería más ágil	138	37
El escrutinio de los votos fuera más Rápido	45	12
Habría menos recintos electorales	89	24
Mejoraría el gasto público.	97	26
Otro: (especifique)	3	1
Total	372	100

Fuente: Encuesta realizada a Abogados en la prov. Del Guayas

Análisis

Los ciudadanos manifestaron que el sistema de empadronamiento sería más ágil con un 37%, el 26% considera que el escrutinio será más rápido y por ende la obtención de resultados. El 24% asume que habría menos recintos electorales y el 26% considera que sería una manera de optimizar el gasto público.

4.27 Propuesta de reforma legislativa

La propuesta que planteo es una REFORMA AL ARTICULO 62 DE LA constitución de la REPÚBLICA DEL ECUADOR:

CAPITULO V

Artículo 62.- Las personas en pleno goce de los derechos políticos tienen derecho a ejercer el voto universal, secreto y escrutado públicamente, acorde a la siguiente disposición:

1.- El voto tendrá carácter de voluntario para las personas mayores de 18 años, al ser un deber social con el fin de promover la democracia en el Ecuador. En caso de no ejercerlo, no se impondrán multas ni recargos al ciudadano.

4.28 Conclusiones

1.- Ecuador es un país democrático que a través de su historia como república ha sufrido cambios que han permitido tener más libertades para elegir su futuro, pero al mismo tiempo, no representan el espíritu de la democracia, en la actualidad, el voto obligatorio, vulnera el principio de libertad consagrado en la constitución...

2.- La democracia desde el punto de vista jurídico no dispone que el voto sea obligatorio, la democracia es la expresión libre y voluntaria del ciudadano para decidir la mejor propuesta para el país. Los instrumentos internacionales, entre ellos la CARTA DEMOCRÁTICA IBEROAMERICANA, establecen el voto voluntario como medio principal para ejercer la democracia en cada país.

3.- Los ciudadanos ejercen su derecho al voto a pesar que este no sea obligatorio si implica sanciones al no aplicarlo, la mayoría de los encuestados indican que lo ideal sería implementar el voto voluntario, de esta manera los ciudadanos verían no una imposición. Cabe recordar que si no votan se le impide al ciudadano realizar cualquier trámite a menos que cancele la multa.

4.- El marco constitucional ecuatoriano nos muestra sanciones e imposiciones a aquellos que no ejerzan su derecho al voto. La ley sanciona a aquellos que no ejerzan su derecho al voto. La ley no garantiza libertad, sino que sanciona y prohíbe la realización de trámites.

5.- El análisis teórico indica que la democracia se complementa con la voluntad de los ciudadanos.

6.- El voto voluntario otorgaría múltiples beneficios, promovería mejores propuestas de los candidatos, ellos se verían en la necesidad de obtener la atención de los mandantes, el Estado reduciría el gasto público, se disminuirían juntas de empadronamiento, la Democracia se manifestaría a través del voto voluntario y reflejaría la voluntad del pueblo.

7.- El marco teórico nos mostró países como Colombia y Chile, los cuales crearon leyes para motivar a los ciudadanos a votar, en Colombia hay medidas de descanso compensatorio por votar, descuentos tasas de algunas entidades públicas por ejemplo el pasaporte o renovación, descuentos estudiantiles, etc. en Chile a su vez, los medios sociales como la TV y el internet incentivan a la ciudadanía para votar.

4.29 Referencias Bibliográficas

Ciudadana, L. O. de P. (2010). Registro Oficial Suplemento 175 del 20 de abril del 2010. 1–25. <https://bit.ly/37d37yG>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador 2008. Incluye Reformas, 1–136. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Constitución de la República del Ecuador, General, A., Unidas, N., Miembros, E., Unidas, N., & Ciudadana, L. O. de P. (2010). Constitución de la República del Ecuador 2008. Incluye Reformas, 92(3), 1–25. <https://doi.org/10.1017/S0031819117000274>

Ciudadana, L. O. de P. (2010). Registro Oficial Suplemento 175 del 20 de abril del 2010. 1–25. <https://bit.ly/37d37yG>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador 2008. Incluye Reformas, 1–136. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Constitución de la República del Ecuador, General, A., Unidas, N., Miembros, E., Unidas, N., & Ciudadana, L. O. de P. (2010). Constitución de la República del Ecuador 2008. Incluye Reformas, 92(3), 1–25. <https://doi.org/10.1017/S0031819117000274>

De, R. O. S., Badillo, L. F., Oficial, R., Del, R., & Democracia, D. E. L. A. (2018).

DEMOCRACIA. 1–100.

General, A., Unidas, N., Miembros, E., & Unidas, N. (2017). Editorial: The “Universal” Declaration of Human Rights. *Philosophy*, 92(3), 331–332. <https://doi.org/10.1017/S0031819117000274>

**Reflexiones de Derecho Administrativo y Electoral: Silencio Administrativo, Repetición,
Asignación de Escaños Plurinominales y Derecho al Sufragio**

Paz y Miño, J. (2007). Removiendo el presente: Latinoamericanismo e Historia en Ecuador. Torres, C. De. (2006). Guillermo | Cabanellas de Torres. 506.



ISBN: 978-9942-960-78-8



9 789942 960788