



Universidad San Gregorio de Portoviejo

Departamento de Posgrado

**Programa de Maestría en Derecho Procesal y Litigación
Oral**

Artículo profesional de alto nivel

La Proporcionalidad como garantía constitucional en el derecho disciplinario

Autora:

Abg. María Fernanda Montes Resabala

Tutora:

Yokir Reyna Zambrano Mgs.

Portoviejo, enero 2022

La Proporcionalidad como garantía constitucional en el derecho disciplinario **Proportionality as a constitutional guarantee in disciplinary law**

Autora: Abogada María Fernanda Montes Resabala¹

Resumen

El objetivo central es analizar la garantía constitucional de la proporcionalidad y su influencia en la práctica de la potestad disciplinaria sancionatoria en la administración pública; este tema es muy relevante, ya que en su desarrollo se han podido examinar los elementos utilizados dentro del derecho disciplinario, haciendo énfasis en el principio de proporcionalidad a la hora de aplicar sanciones a los funcionarios que cometen infracciones administrativas. A través de los métodos propios de la investigación cualitativa se fija una posición o reflexión sobre el control de los actos de la administración misma que ha generado un sin número de criterios doctrinarios y jurisprudenciales, respecto de las sanciones desproporcionales aplicadas; olvidando que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia y que existen principios para su protección. El resultado del estudio es que las garantías constitucionales del debido proceso son el fundamento de aplicación del procedimiento administrativo con respecto a las sanciones impuestas a los empleados estatales por parte de autoridades del sector público. Se colige que el camino para que los jueces tomen decisiones acertadas es la ponderación de los criterios del principio de proporcionalidad a través del test de graduación de la sanción disciplinaria a imponer.

Palabras clave: Derecho Administrativo, criterios de graduación, principio de proporcionalidad; sanción disciplinaria.

Abstract

The central objective is to analyze the constitutional guarantee of proportionality and its influence in the practice of sanctioning disciplinary power in public administration; This issue is very relevant, since in its development it has been possible to examine the elements used within disciplinary law, emphasizing the principle of proportionality when applying sanctions to officials who commit administrative offenses. Through the methods of qualitative research, a position or reflection is established on the control of the acts of the administration itself, which has generated a number of doctrinal and jurisprudential criteria, regarding the disproportionate sanctions applied; forgetting that Ecuador is a constitutional state of rights and justice and that there are principles for its protection. The result of the study is that the constitutional guarantees of due process are the basis for the application of the administrative procedure with respect to the sanctions imposed on state employees by public sector authorities. It follows that the way for the judges to make the right decisions is the weighting of the criteria of the principle of proportionality through the graduation test of the disciplinary sanction to be imposed.

Keywords: Administrative Law, graduation criteria, principle of proportionality; disciplinary sanction

¹ Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. Cursante del Programa de Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral de la Universidad San Gregorio de Portoviejo (Segunda Cohorte), Manabí, Ecuador. Correo electrónico: ferdermr@gmail.com

Introducción

La normativa Constitucional ecuatoriana, desde que fue promulgada en el año 2008, estableció un nuevo marco en cuanto a garantías y derechos que poseen las partes al momento de establecer si se ha configurado o no el cometimiento de alguna infracción; por parte de la Autoridad Competente administrativa o jurisdiccional; es decir, la potestad sancionadora que tienen los distintos órganos estatales, debe ser aplicada garantizando el derecho al debido proceso, que brindará a las partes momentos oportunos en los que expondrán sus razones o pruebas con la finalidad de desvirtuar o ratificar los motivos de fondo que se discuten dentro del proceso al que han sido convocados.

La doctrina dedicada al estudio del derecho disciplinario sostiene que el mismo, es un instrumento que sirve a la Administración para la satisfacción de los intereses del Estado, sin embargo, este objetivo no puede ser alcanzado al margen de las garantías que deben rodear el ejercicio de la potestad sancionadora.

En el ejercicio de la potestad sancionadora el empleo del principio de proporcionalidad supone que tanto la configuración legislativa, como su aplicación por parte de la autoridad administrativa, se acomoden a la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico; que observen una equitativa relación entre la punición y la gravedad del hecho; y se trate de medidas estrictamente necesarias en relación con la perturbación social suscitada por la infracción.

En lo que compete al tema de las sanciones, es oportuno recalcar que su aplicación emana desde los distintos niveles de gobierno que tienen esta potestad o competencia establecida en la Constitución y demás leyes ecuatorianas. Este procedimiento puede ser también disciplinario, cuando es aplicado a los servidores públicos que se desempeñan dentro del aparato burocrático nacional, que incurren en las prohibiciones establecidas, por mencionar algunas, en la Ley Orgánica de Servicio Público, Código Orgánico de la Función Judicial, Código de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, Reglamentos Internos de obreros, y demás leyes que tienen establecido un régimen disciplinario para sus servidores públicos.

Por otra parte, hay que tener en consideración que las sanciones que resulten del régimen disciplinario, son aplicadas por la máxima autoridad o su delegado, y esta potestad se limita a imponer sanciones por faltas leves, graves, y en otros casos gravísimas, dejando en otra instancia la tramitación de Sumarios Administrativos y Vistos Buenos, que procesa el Ministerio de Trabajo.

Siendo un artículo de reflexión, cuyo propósito es responder una pregunta o resolver un problema planteado, en este caso, se ha intentado dar respuesta a través de sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, que han sido mencionadas como ejemplos en donde podremos hacer un análisis personal sobre la aplicación de criterios de graduación por parte de los jueces, ante infracciones administrativas, para así verificar si existen o no sanciones desproporcionales que atentan contra los principios constitucionales.

Bajo estas premisas, la finalidad de este artículo, se refleja en el análisis del principio de proporcionalidad como garantía constitucional en el derecho disciplinario, estableciendo el marco sobre el cual se rige la administración pública a la hora de sancionar a los servidores públicos infractores; teniendo la imperiosa necesidad de aplicar los criterios de graduación, para que los jueces dicten resoluciones justas.

Las sanciones desproporcionadas constituyen una problemática existente, no superada y sobre el cual se han impartido diferentes criterios y puntos de vista, por lo que al respecto surge la siguiente interrogante: ¿En el contexto jurídico ecuatoriano se observan los criterios de graduación de las sanciones disciplinarias que subyacen en la garantía constitucional de proporcionalidad?

Metodología

La metodología con enfoque cualitativo aplicada en el desarrollo de la presente investigación permitió fijar a la autora del estudio una posición o reflexión sobre el tema objeto de estudio, ya que través ella, se han analizado varios criterios de diferentes fuentes de información, a fin de responder la pregunta que corresponde a la problemática planteada en este trabajo.

El enfoque de este estudio intenta demostrar si existe o no proporcionalidad en los procesos disciplinarios en los que se sanciona al servidor público que ha cometido una infracción, utilizando distintas fuentes secundarias como las normas nacionales y extranjeras, la doctrina especializada y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, que ha permitido a través del análisis de contenido y el método deductivo-inductivo reconocer los diversos problemas de la aplicación del Derecho Administrativo Disciplinario, y enfocarse en el problema planteado acerca de la garantía de proporcionalidad.

Marco Teórico

1. Potestad Disciplinaria de la Administración Pública

La labor de la Administración Pública no es sancionar y sancionar, sino más bien corregir las acciones ejecutadas por los servidores públicos, y para tener más claro el concepto, debo citar a Eduardo García de Enterría (2013) la potestad disciplinaria es aquella que “la administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados en su organización” (pág. 178).

La finalidad de la potestad disciplinaria no es más que la de ejercer el buen funcionamiento de los servicios y la continuidad de la función pública ante la subordinación de la conducta ajustada a los deberes de la función, y esta está a cargo de los agentes públicos.

Para Suárez (2015) la Administración Pública “está dotada de potestades entendidas como aquellos poderes o prerrogativas especiales que nacen del ordenamiento jurídico que han sido creadas para poder realizar los fines y objetivos del Estado”. (pág. 13)

Con lo antes descrito se colige que la potestad administrativa disciplinaria tiene el poder para actuar y aplicar infracciones y sanciones disciplinarias a los funcionarios públicos por las acciones u omisiones constitutivas de infracciones disciplinarias cometidas en el ejercicio de sus funciones con el fin de tutelar el orden administrativo de aquellos; es significativo que se ejecute este procedimiento aplicando los principios constitucionales; por tal motivo, en el ámbito disciplinario estrictamente es necesario aplicar los siguientes:

- Principio de Legalidad: Solo la infracción y la sanción prevista en una ley puede ser aplicable por la Administración Pública, por ello este principio limita el accionar de la Administración.
- Principio de Tipicidad: Obliga a la autoridad administrativa a sancionar solo respecto a las infracciones y sanciones previamente tipificadas.
- Principio de Debido Proceso: Presenta varias garantías constitucionales como el derecho a la defensa del funcionario público a quien se le inicie un procedimiento disciplinario, entre otros.

Por lo que se puede colegir que, la potestad administrativa disciplinaria es el poder que tiene el órgano de la Administración Pública para imponer una sanción disciplinaria al funcionario público debido a comprobarse el cometimiento de una infracción disciplinaria.

El Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador establece la responsabilidad administrativa del servidor público por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones; en otras palabras, la potestad disciplinaria origina la responsabilidad disciplinaria, por

la que ha de responder el funcionario ante la vulneración del ordenamiento jurídico relacionado con su disciplina.

2. Potestad Sancionadora del Estado

Ilustra Mitre (2015) la potestad sancionadora “no es más que el ejercicio del derecho sancionador, el cual tiene como finalidad el mantener el orden del sistema y reprimir por medios coactivos aquellas conductas contrarias a las políticas del Estado” (pág. 115)

De acuerdo con lo planteado, el derecho de castigar a alguien por sus actuaciones contrarias a la ley, están plenamente ligadas con el *Ius puniendi*; éste, surge del poder que tiene el Estado para aplicar sanciones al momento de procesar delitos, contravenciones o faltas administrativas al ordenamiento jurídico.

Esta potestad es inherente al poder público, y consiste en determinar qué conductas merecen un procesamiento, y luego de determinar si existieren los elementos de convicción que adecuen una conducta a una infracción, establecer las sanciones que resultan de su cometimiento; por parte de una autoridad competente, ya sea por desconocimiento dolo u omisión.

Asimismo Escola (1984) pueden “imponerse sanciones a quienes incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que le son impuestas por el ordenamiento normativo, o el que sea aplicable por la Administración Pública en cada caso” (pág. 207).

Son los jueces como administradores de justicia, quienes tienen la competencia de imponer las sanciones a los infractores, aplicando los principios que el procedimiento exige. Ante esto, el derecho administrativo sancionador “nace del derecho penal fundamentado en los derechos que regían a este, pues la razón de los elementos primarios ha sido eminentemente sustancial”. (Hidalgo, 2018)

Esta concepción fue cuestionada, por tal motivo, con el paso del tiempo, se fue instaurando la Justicia Contencioso – Administrativa.

Se puede comprender que el procedimiento administrativo sancionador nace y es un símil del proceso penal, mismo que ha progresado y evolucionado hasta instaurar la justicia Contenciosa Administrativa.

Con la entrada en vigor del Código Orgánico Administrativo (COA) en julio de 2018 en Ecuador, se introducen disposiciones legales que dan un giro a los procedimientos sancionadores. Ciertamente el texto “ha aportado la consolidación de procedimientos administrativos, permitiendo que la Administración se desenvuelva de manera uniforme y mejore su interacción con otras partes”. (Solano, 2019)

Existen nuevas disposiciones vinculantes a la sustanciación de los procedimientos administrativos sancionadores”; debo añadir, que esta situación puede acarrear consecuencias, como por ejemplo que la Administración incurra en actuaciones arbitrarias.

Las nuevas reglas agregadas al Código Orgánico Administrativo del Ecuador son muy similares al *ius puniendi* (aplicado en materia penal), en su manera de sancionar o castigar; por lo que ha traído consigo la división del procedimiento en dos fases, entre las que constan: la investigación del proceso (aplicada por fiscalía en lo penal), y la resolución que es emitida por el juez.

3. El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo disciplinario

Hablar del principio de proporcionalidad, es referirse a la prohibición de exceso; este principio permite medir, controlar y determinar si aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, en la esfera de los derechos individuales

responden a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos. Esto lleva a reconocer que: “la proporcionalidad supone un triple juicio: (i) un juicio de adecuación o idoneidad de la medida, (ii) un juicio de necesidad o indispensabilidad de la medida y (iii) un juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto de los principios confrontados”. (Beltrán, 2014)

Basados en la teoría del jurista Robert Alexy, tomando como referencia lo planteado, se habla de un juicio valorativo en el que predomina la ponderación de los principios enfrentados en cada caso. La Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia No. 024-10-SCN CC al referirse al principio de proporcionalidad entre otras cosas ha señalado que: “En sentido estricto, implica que la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe ser justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa”; en teoría, permite controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales.

El numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. Recordemos que los jueces que hacen el control de legalidad, mantienen posiciones doctrinarias; por lo que es fundamental el conocimiento de lo que implica la proporcionalidad, ya que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, indica que ante un vacío de ley, se debe aplicar este principio, en base a lo que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente; y así sucede en el derecho administrativo; se deben aplicar sanciones proporcionales a la infracción cometida.

Bajo estos argumentos Marcondes (2018) expresa que “Se debe destacar que la proyección que este principio de proporcionalidad se enfoca en la actuación pública en el marco de las intervenciones que puedan ostentar independencia jurídica y subjetiva”. Ante esto, los principios en los que fundamenta la proporcionalidad se encuentran estructurados por los estándares de control dentro del Estado para las debidas intervenciones que puedan verse reconocidas en la normativa constitucional.

Especialmente, Nieto (2009) ratifica que: “Todos los principios y valores constitucionales necesitan del principio de proporcionalidad y de la técnica de la ponderación”. De lo cual se concluye que el principio de proporcionalidad constituye un límite a la discrecionalidad de los titulares de la potestad reglamentaria, en la medida en que estos pueden regular las infracciones y sanciones.

4. Principios del Derecho Administrativo Sancionador.

La Constitución de la República del Ecuador, establece garantías que están previamente fundamentadas en los principios que incluyen el cumplimiento de disposiciones normativas, teniendo como finalidad la no vulneración de los derechos de los ciudadanos.

El artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, dice: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, dice: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...)

Tal como se desarrollan en otros procesos, en el Derecho Administrativo, se reconoce el principio de legalidad, que nace con los sistemas democráticos, ya que servía como un medio para proteger a los ciudadanos contra la arbitrariedad del poder. El principio de legalidad de la Administración impone la vinculación de ésta a las regulaciones previstas por el legislativo y, de igual modo, la somete al control de la jurisdicción contencioso-administrativa a la cual corresponde examinar, dentro del marco de su competencia, la observancia de las leyes por parte de la Administración. (Cárdenas, 2020)

Conforme a lo que indica el párrafo anterior, en un Estado Democrático de Derecho, el principio de legalidad constituye uno de sus fundamentos y, para el caso de la Administración, supone que esta se encuentra sometida plenamente a la Ley y al Derecho.

De la misma manera, y en la opinión de (Vargas, s. f.), acerca de los principios del Derecho Administrativo Sancionador, publicados en una revista electrónica: “El principio de legalidad, implica que la acción administrativa debe necesariamente, adecuarse a la totalidad del sistema normativo escrito o no escrito, o sea a lo que solemos llamar bloque de legalidad (...) en todo momento requiere de una habilitación normativa que a un propio tiempo justifique y autorice la conducta desplegada para que esta pueda considerarse lícita, y más que lícita, no prohibida”.

Es decir, el principio de legalidad obliga al Estado a sujetarse a las normas establecidas en el ordenamiento jurídico, y a justificar cada una de sus decisiones en ellas. Es por eso por lo que se hace referencia a la frase conocida en el derecho público, que indica que lo que no se encuentra permitido se entiende que está prohibido, lo que quiere decir, acerca de la administración pública, es que “no tiene autonomía para crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica, pues sólo puede actuar en virtud de una expresa habilitación normativa, técnica de gran importancia para el derecho público.

Los artículos 29 y 30 del Código Orgánico Administrativo, respectivamente, se refieren al Procedimiento Administrativo Sancionador, estableciendo dos principios fundamentales que están plenamente descritos en dicho cuerpo legal, y son: Tipicidad e Irretroactividad; por lo que queda claro que en el Ecuador, no se puede prescindir de ninguno al momento de procesar faltas administrativas.

Respecto al principio de tipicidad este se refiere a una conducta que debe encuadrarse con lo que está escrito en el cuerpo legal, para posteriormente ser considerada antijurídica. Destacamos que en la obra “El Contrato Social”, Rousseau expresa: “Las leyes no son propiamente sino de las condiciones de la asociación civil. El pueblo sumiso a las leyes, debe ser su autor; corresponde únicamente a las que se asocian a regular las condiciones de la sociedad”. (Abreu Suarez, 2018)

El principio de tipicidad establece la condición siempre y cuando que exista una normativa previa al cometimiento de una infracción para que esta pueda ser procesada y sancionada, y el de irretroactividad dispone que la ley rige para lo venidero y la única forma de que se pueda aplicar una ley anterior a una infracción es cuando esta beneficie al administrado.

La superioridad de la ley arranca del hecho de ser «la expresión de la voluntad general», manifestada en forma de ley; la cual debe ser sometida a los límites y principios de la Constitución, el artículo 424 dispone que la Carta Magna está por encima de cualquier otra ley, que las Leyes y demás normativa nacional deberá estar en concordancia con la Constitución, y de no ser el caso serán declaradas inconstitucionales. Los instrumentos internacionales ratificados por el Estado tendrán plena vigencia y podrán ser aplicados en resoluciones jurisdiccionales y administrativas según sea el caso. El numeral 3 del art. 76 ibidem establece:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra

naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que las resoluciones que emanen del Estado deberán ser emitidas conforme a lo que establece la norma Constitucional e Instrumentos Internacionales de los cuales el Ecuador es suscriptor, y de esta forma se respetarán las garantías básicas de procedimiento a la hora de sancionar o ratificar el estado de inocencia que gozamos las personas, por parte de la autoridad competente.

El artículo 29 del Código Orgánico Administrativo, sobre el Principio de tipicidad, dice: “Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva”.

Aunque el Código Orgánico Administrativo en su artículo 251, establece los puntos que debe contener el acto de inicio del procedimiento, no señala expresamente la estructura dogmática de la falta administrativa como conducta típica, antijurídica y culpable, por lo que no es expresa la consecuente obligación de motivación acorde con la técnica de análisis que conlleva esta estructura dogmática; sin embargo, se considera que al tratarse de un listado no taxativo, es decir, de un «contenido mínimo» que debe ser ajustado al mandato constitucional y a los instrumentos internacionales, es posible deducir la obligación de realización de un análisis dogmático de la falta administrativa imputada que incluya la motivación de su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. (Briones, 2021)

Por su parte, el principio de Irretroactividad se consagra en la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 76 numerales 3 y 5, que es uno de los grandes principios de la teoría general del derecho reconocido a nivel constitucional. El Código Orgánico Administrativo, establece en su artículo 30, lo expresa en los siguientes términos: Principio de irretroactividad: “Los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con lo previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

La irretroactividad es una consecuencia del principio penal de tipicidad y legalidad, que se aplica en el derecho sancionador de la administración pública. Dentro de las garantías básicas, contempladas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que ya se han hecho mención anteriormente, se encuentran el debido proceso y el principio de proporcionalidad.

5. El principio de proporcionalidad

Dispone Gargari (2012) “La proporcionalidad tiene un doble origen, tanto doctrinal como judicial. En ambos casos nació en la misma tierra: Alemania”. Para poder tener un estado democrático se requiere aplicar el principio de proporcionalidad, mismo que ha tenido mucha relevancia, no solo en el ámbito penal, sino también en el administrativo, influyendo directamente en el derecho constitucional y los derechos humanos, y sobre todo influyendo en la toma de decisiones de jueces, tribunales internos e internacionales.

López Hidalgo (2017) define el principio de proporcionalidad como un concepto e instrumento jurídico “que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones de las cortes o tribunales contemporáneos como canon para controlar la actividad legislativa que riñe con el contenido de los derechos fundamentales”. (pág. 185)

No es más que la graduación entre la infracción y la sanción para evitar medidas excesivas que lleven a cualquier grado de arbitrariedad de la Administración. Tiene como finalidad

determinar los alcances de los derechos fundamentales enfrentados entre sí, o con los principios constitucionales. Ante esto: “el principio de proporcionalidad exige la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el estado que jacte de ser democrático de derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad” (Castro, 2016, pág. 16)

Una de las bases principales del principio constitucional de proporcionalidad es construir un estado justo, democrático, equitativo, exhortando a los órganos competentes a la aplicación de esta garantía. La proporcionalidad que exige la Corte Constitucional del Ecuador, y que aplica en caso de colisión de derechos, consiste en llevar a cabo un test de constitucionalidad entre los derechos enfrentados, que incluya la aplicación de los tres sub principios a los que la Corte ha sumado la exigencia de razonabilidad para establecer la compatibilidad de una medida legal o infra legal, con los principios constitucionales en juego (Mogrovejo et al., 2020)

Una máxima expresada por Beccaria (1982) indica que “Los delitos deben ser calificados según el daño infligido a la sociedad.” Este filósofo aborda el principio de proporcionalidad exponiendo la idea de los obstáculos que puedan presentársele a los individuos que hayan cometido delitos considerándolos contrarios a los bienes públicos otorgando las proporciones de los efectos que pueda generar este tipo de actos, por lo que aclara la importancia de la proporción entre las penas ejecutadas y los delitos efectuados.

De la misma manera el conocido jurista Atienza (1987) emite el siguiente criterio: “el hablar de proporcionalidad implica evocar, por una parte, un principio consagrado constitucionalmente y por otra, un método de interpretación constitucional cuyo objeto es el de limitar las potestades públicas y garantizar la protección de los derechos fundamentales”. La proporcionalidad entonces busca la protección del ser humano, estableciendo la adecuación de una norma que no afecte los derechos del ser humano, garantizando el debido proceso.

La aplicación del principio de proporcionalidad y el examen de los criterios que lo forman (idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto), expresan esta idea de optimización, al afianzarse sobre la norma implícitamente adscrita en el numeral 3, del artículo 11 de la Constitución, que ordena dar a los derechos, “directa e inmediata aplicación”, es decir “optimizarlos”, por lo que, su alcance por lo menos en términos prácticos no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá, al servir de pauta de interpretación y aplicación de los derechos constitucionales con base en una teoría de los principios, cuya tesis establece que los derechos, en cuanto normas abiertas, tienen la estructura de mandatos de optimización, que necesariamente deberán ser cerrados por la justicia constitucional, mediante los procesos de interpretación (Pinto 2012)

6. Sanciones que se aplican dentro de la administración pública.

El artículo 41 de la Ley Orgánica del Servicio Público establece la responsabilidad administrativa por ende si un servidor incumple con las disposiciones de la ley, reglamento o normativas conexas incurrirá en responsabilidad administrativa, sin embargo, la sanción debe emplearse conforme a las garantías básicas del derecho a la defensa y el debido proceso. Siendo el objeto del Código Orgánico Administrativo, el de regular el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público, así también debe establecer sanciones para que incumplan con las disposiciones de los cuerpos legales.

De acuerdo con la Teoría General del Derecho, la sanción es “(...) la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado” (Beltrán, 2014). En otras palabras, la sanción tiene varios objetivos, entre los que constan: observar las leyes; obtener del

infractor, una prestación económica que equivalente a la obligación incumplida; y, cuando el daño causado sea irreparable, la sanción consistirá en un castigo que restrinja. Se entiende que:

“El artículo 42 del Código Orgánico Administrativo, en lo referente al ámbito material de este código determina en su numeral séptimo los denominados: procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora, los mismos que requieren de un procedimiento legalmente previsto, siendo en tal sentido oportuno delimitar cuales son las garantías de dicho procedimiento, mismas que se encuentran contempladas en el artículo 248, del referido cuerpo normativo”. (Cornejo, 2021)

Las sanciones que deben aplicarse en las instituciones públicas se encuentran tipificadas en la Ley Orgánica del Servicio Público, su reglamento, no obstante, en varias instituciones tienen instructivos o reglamentos internos; mientras que, el Código Orgánico Administrativo establece a partir del artículo 250, las directrices a seguir en cuanto al procedimiento sancionador.

7. Criterios de graduación en la Jurisprudencia de la garantía constitucional de proporcionalidad.

A través de la Constitución, el estado otorga potestades a sus ciudadanos, pero esto no quiere decir que tienen la facultad de tomarse atribuciones o abusar de ellas; al contrario, lo que la Carta Magna requiere, es que, a través de la aplicación de sus normas, se creen alternativas frente a alguna infracción de ley, por parte de los mismos ciudadanos. En actos administrativos, existe la potestad sancionadora, encargada de velar, regular y sancionar las infracciones cometidas por funcionarios.

Por ello, es de vital importancia, que existan criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad, y que estos sean claros, ya que la generalidad la estipulación de las sanciones por parte del legislador, abre paso a que pueda haber una interpretación disímil con el fin de la norma.

La graduación de sanciones viene así a dar cumplimiento con el principio de proporcionalidad, adecuando la respuesta sancionadora a la gravedad de la infracción cometida. El principio de proporcionalidad implica la esencia misma de los principios. (Román Cañizares, 2021)

La Corte Nacional del Ecuador, ha publicado, en la página del Registro Oficial, varias sentencias que hacen hincapié, sobre todo en el principio de proporcionalidad; es así, que como no podemos mencionarlas todas, se tomarán como referencia las siguientes:

En la sentencia 003-14-SIN-CC, se toma como referencia la sentencia 048-13-SCN-CC; en la que acerca del principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional del Ecuador, enfatizó: “Tomando en cuenta los criterios señalados, con el objeto de realizar el test que propone el principio de proporcionalidad, esta Corte deberá someter a la medida analizada al examen sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”. (Sentencia 048-13-SCNC-CC 2013). Del mismo modo:

“La Corte en la Sentencia N. 0048-13-IN (2013), menciona y de cierta forma estructura el test de proporcionalidad haciendo una referencia a los sub principios que enmarcan este principio incluso con una referencia a la intensidad de la intervención en relación con el grado de satisfacción del derecho”. (Núñez, 2020)

Sin embargo, se puede observar que este desarrollo doctrinal, no fue hecho en su totalidad en todas las normas que eran objeto de impugnación y más bien la Corte se limitó a decir “que otras normas, lejos de contemplar un límite inconstitucional al derecho a la información, eran proporcionales, sin haber estructurado o desarrollado ningún test que diera soporte a tal conclusión,

llevando el ejercicio argumental de la Corte a un juego amplio de discrecionalidad judicial”. (Hidalgo 2020, pág. 88)

Aplicar el principio de proporcionalidad, es ejecutar un instrumento de control de constitucionalidad; mismo que debe ser aplicado con claridad, sin dejar de un lado los sistemas de controles precisos de evaluación de constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional del Ecuador, dictó la Sentencia N.º 006-14-SIN-CC, en la cual declaró:

“que el artículo citado por la LEPOO, en concordancia con la norma correspondiente de la RLEPO, prohíbe injustificadamente a los médicos oftalmólogos ser dueños, accionistas o socios, e incluso tener participación económica alguna en un almacén de óptica, limitando arbitrariamente la propiedad, ya que impiden que un médico oftalmólogo pueda ser propietario del mismo”.

La pretensión de este caso se basa en declarar e la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 3 de la Ley de Ejercicio Profesional de Óptica y Optometría, así como la inconstitucionalidad parcial de los artículos 6 y 10 del Reglamento para el Ejercicio de la Optometría y Funcionamiento de Centros de Optometría y Talleres de Óptica.

Cuando se analiza la sentencia mencionada, y centrándose en el aplicativo del test de proporcionalidad, se puede observar que existe una enunciación de forma general del principio en la argumentación de la Corte, sin existir el mecanismo estricto del principio con todos los sub-principios que lo integran.

Es necesario mencionar la resolución No. 0035-08-AA, de la Primera Sala de la Corte Constitucional, conocida por tratar sobre un caso en el que no se aplicó el principio de proporcionalidad, cuando en sentencia se declara la inconstitucionalidad de un acto administrativo en donde se da de baja de sus funciones a una miembro de la Policía Nacional, violando sus derechos constitucionales.

La Corte Constitucional como el máximo órgano de interpretación de normas, en todas de sus sentencias, hace referencia al principio de proporcionalidad; haciendo énfasis en que su aplicación previene la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos; de la misma manera, la jurisprudencia interamericana también apoya el principio de proporcionalidad. Así, en un principio “la Corte Interamericana relacionó la “necesidad “que mencionan diversas disposiciones del pacto de San José con la idea de “proporcionalidad”. (Sánchez Gil, 2017)

Con el pasar del tiempo, y conforme los casos que se venían dando, establecieron reconocer instrumentos que permitan satisfacer criterios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, y esta última es la que posteriormente entenderemos como ponderación, en la que muchos juristas han dado su criterio acerca de la aplicación de esta, utilizando métodos de interpretación.

La proporcionalidad como principio comprende un estatuto fundacional dentro del Estado Constitucional de derechos y justicia, el mismo que se estableció a partir de la Constitución de 2008, debido a que, permite cuestionar si las actividades de la fuerza pública no atentan contra derechos básicos; y, en el caso de que lo hagan, dichas actividades se apoyen fáctica y legalmente. (Tornos 2013)

Ciertamente este principio se ha implantado para calibrar las acciones y decisiones de los poderes públicos. En derecho comparado, haciendo énfasis en la legislación Colombiana, (López, 2018) indica lo siguiente:

En la Sentencia C-125 del año 2003, la corporación guardiana de la Constitución también señaló que el principio de proporcionalidad en el derecho sancionador

demanda que: "[...] tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública". Así las cosas, es tarea del legislador durante la construcción de la falta y la sanción y en la descripción de las conductas en la ley, bien sea por acción y omisión, que estas sean acordes con la finalidad de la norma, por lo cual Ramírez (2010) sugiere que en las leyes se determinen criterios para dosificar la sanción, tales como "[...] la naturaleza de la infracción, el grado de la intención en la comisión de la misma; la gravedad del peligro creado o de los daños producidos; la reparación voluntaria del daño ocasionado; la reincidencia, la reiteración, etc." (pág. 163)

El principio de proporcionalidad cumple una función estandarizadora, en la que toma injerencia sobre las disposiciones del estado, en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Los Jueces deben revisar cada detalle de los casos, con la finalidad de evaluar si existen o no violaciones de principios constitucionales; en la sentencia 025-16-SIN-CC, en la que se conmina al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Quito a que en el marco de sus competencias constitucionales y dentro de un término de 30 días, adecúe las sanciones dirigidas al principio constitucional de proporcionalidad de las sanciones, previsto en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República y lo dispuesto en la presente sentencia, bajo prevenciones de lo establecido en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República.

De la misma manera, se hace hincapié en la sentencia Nro. 010-15-SIN-CC, en el que se propone una demanda por un exceso de cobro por tasas de servicios administrativos, en contra de una ordenanza Municipal de Pastaza; por lo que la Corte Constitucional del Ecuador hace su análisis, en el que se indica a ver aplicado el principio de proporcionalidad, para finalmente resolver que no existió vulneración de derechos.

Con la entrada en vigencia de la Constitución del 2008, se insertaron situaciones en el ámbito legislativo, que permitían al legislador buscar uniformidad de criterios, esto se hizo en la implementación del control concentrado de la norma, misma que permite al juzgador tener otra salida a la hora de tomar su decisión, es así que, cuando hubiera una norma jurídica contraria a la constitución o a los instrumentos internacionales, deberá suspender dicha causa, hasta que se haga una evaluación respectiva por parte de la Corte Constitucional, así lo manifiesta el art. 428 de la Carta Magna.

Conclusiones

La potestad disciplinaria, tiene la facultad de corregir las acciones u omisiones ejecutadas por los funcionarios públicos. La Constitución de la República del Ecuador, establece garantías a las que se deben sujetar los organismos antes un proceso judicial, mismos que deberán regirse a los principios, que la misma constitución, tratados internacionales, y otros, hacen referencia para evitar que se vulneren los derechos de las personas, y sin que se perjudique al estado.

La potestad sancionadora, así como la potestad disciplinaria, ejerce una función similar, pero se basa en diferentes principios, mismos que fueron analizados en el transcurso de este trabajo.

La ley Orgánica del Servicio Público, contiene normas sancionadoras, para quienes se responsabilicen de cometer infracciones en contra de la administración pública.

El principio de proporcionalidad basado en el orden constitucional, busca el equilibrio o la modulación entre las acciones que el Estado realiza en el cumplimiento de sus fines y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana; exigiendo la observancia de la debida

competitividad, idoneidad y necesidad de la sanción; permitiendo a los jueces analizar los elementos para atribuir una sanción a la gravedad del hecho constitutivo, tomando como referencia: la graduación de la sanción: el grado de culpabilidad; la continuidad o persistencia en la conducta infractora; la naturaleza de los perjuicios causados; y la reincidencia, con el objeto de no debilitar el acto administrativo.

La jurisprudencia señala casos en donde se han vulnerado principios constitucionales, en el que consta el de proporcionalidad, mismos que se han mencionado dentro del presente trabajo para conocimiento.

El margen de discrecionalidad que poseen los jueces, reduce el ámbito de control jurisdiccional, por lo que ellos tienen el rol de interpretar y sancionar conforme su criterio personal, y solo un error, podría conducirlos a la anulación de una norma legal por ser contraria al principio de proporcionalidad, ocasionando la violación al derecho del debido proceso en la sanción disciplinaria; es por ello que hay que regirse bajo criterios de graduación de sanciones, para evitar incurrir en vulneración de derechos.

Referencias Bibliografía

- Abreu Suarez, A. J. (2018, mayo). Vista de Lo Político en Jean Jacque Rousseau | Revista Scientific. 20 Instituto Internacional de Investigación y Desarrollo Tecnológico Educativo INDTEC, C.A.
http://www.indteca.com/ojs/index.php/Revista_Scientific/article/view/162/241
- Manuel Atienza, "Para una razonable definición de razonable". 1987.
- Cesare Beccaria. "De los delitos y de las penas". (1982).
- Beltrán, S. V. (2014). Análisis dogmático y normativo de la potestad sancionadora y el principio de proporcionalidad en la Función Judicial. <https://repositorio.uasb.edu.ec/>.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4754/1/T1771-MDE-Beltran-Analisis.pdf>
- Briones, A. D. (2021, 13 septiembre). Procedimiento Sancionador: COA - Derecho Ecuador. Derecho Ecuador -. <https://derechoecuador.com/procedimiento-sancionador-coa/>
- Cárdenas, C. E. (2020). La reserva de ley en el derecho administrativo sancionador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/>.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7285/1/T3169-MDE-Cardenas-La%20reserva.pdf>
- Castro, L. «La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas.» 2016.
- Código Orgánico Administrativo del Ecuador (2017).
- Constitución de la República del Ecuador. Ecuador (2008). Registro Oficial N.º 449, Quito, 20 de octubre de 2008.
- Corte Constitucional del Ecuador (2010) Sentencia No. 024-10-SCN CC.
- Cornejo, J. S. (2021, 13 septiembre). Procedimiento Administrativo Sancionador - Derecho Ecuador. Derecho Ecuador -. <https://derechoecuador.com/procedimiento-administrativo-sancionador/>
- Escola, Héctor. Compendio de Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Desalma. 1984, p. 207
- García De Enterría y Fernández (2013) "Curso de Derecho Administrativo II", 13ª Edición.
- Gargari, D. R. (2012, junio). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. Scielo.

- http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000100003
- Hidalgo, H. P. (2018, 1 agosto). Universidad Internacional SEK Ecuador Facultad de Derecho - PDF Free Download. docplayer.es. <https://docplayer.es/200560008-Universidad-internacional-sek-ecuador-facultad-de-derecho.html>
- Hidalgo, Sebastián López (2020). El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano. *Revistas.deusto*. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es>
- López, S. M. L. (2018). Aplicación de los principios de proporcionalidad y legalidad en el derecho disciplinario al momento de la tasación de la sanción disciplinaria para los funcionarios de la rama judicial*. *redalyc.org*. <https://www.redalyc.org/journal/5602/560259735002/html/>
- Marconedes, R. «La proporcionalidad en el Derecho.» *Revista Derechos en Acción.*, 2018.
- Mitre, Eduardo. 2015.
- Mogrovejo, A., Pozo, E., & Narvaez, C. (2020, enero). Aplicación del Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. <https://www.researchgate.net/>.
https://www.researchgate.net/publication/339005452_Aplicacion_del_Principio_de_proporcionalidad_en_la_Jurisprudencia_de_la_Corte_Constitucional_del_Ecuador
- Nieto, J. «El Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales: una visión desde el sistema europeo.» 2009.
- Núñez, P. M. (2020, 2 diciembre). Repositorio Digital UCSG: El principio de proporcionalidad y su aplicación en el juzgamiento constitucional del Ecuador. Análisis de sentencias. Repositorio Digital ucsg. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/15813>
- Pinto, J. M. «Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano.» *Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.*, 2012.
- Quevedo, Dueñas. *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá, (2009).
- Resolución No. 0035-08-AA, de la Primera Sala de la Corte Constitucional.
- Román Cañizares, E. (2021, 13 septiembre). Aplicación del Principio de Proporcionalidad - Derecho Ecuador. *Derecho Ecuador* -. <https://derechoecuador.com/aplicacion-del-principio-de-proporcionalidad/>
- Sánchez Gil, R. (2017). El Principio de Proporcionalidad. *archivos.juridicas.unam*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4307/2.pdf>
- Sentencia, 048-13-SCN-CC (Corte Constitucional 04 de septiembre de 2013).
- Sentencia N.º 006-14-SIN-CC (Corte Constitucional 24 de septiembre de 2014).
- Sentencia 025-16-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador)
- Sentencia N.º 010-15-SIN-CC (Corte Constitucional del Ecuador)
- Solano, P. S. (2019, 22 agosto). Los límites de la potestad sancionadora en Ecuador. *LexLatin*. <https://lexlatin.com/opinion/los-limites-de-la-potestad-sancionadora-en-ecuador>
- Suárez, M. C. (2015). El procedimiento administrativo disciplinario de la Función Judicial desde la perspectiva constitucional. <https://repositorio.uasb.edu.ec/>.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4551/1/T1670-MDE-Suarez-El%20procedimiento.pdf>
- Tornos, J. «Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa.» *Revista Española de Derecho*, 2013.
- Vargas, K. (s. f.). Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador. *binasss.sa.cr*. <https://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica14/art4.pdf>

