



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA POR MEDIO DEL
CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO FRENTE A LA
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO HOMINE**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**

**Profesor Guía
Mgr. Gabriela Estefanía Obando Balseca**

**Autor
José Antonio Ramírez Riofrío**

**Año
2015**

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Gabriela Estefanía Obando Balseca
Magister en Derecho Administrativo
C.I.: 171590150-8

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

José Antonio Ramírez Riofrío

C.I.: 091627558-9

DEDICATORIA

Cuando pensé en desarrollar el tema de mi tesis, me dije a mi mismo que con mi trabajo debía hacer algo que vaya a cambiar el país para bien. Es por esto que esta tesis se la dedico a todos los ecuatorianos que se beneficiarán con la reforma planteada en este trabajo investigativo.

José Antonio

AGRADECIMIENTO

En el día a día, una persona descubre la razón de su propia existencia. Aprendemos de errores, experiencias y vivencias de lo que somos capaces como seres humanos. Esta tesis es el resultado de mi formación personal y profesional, por tal razón, no puedo dejar de agradecer a Dios por permitirme llegar a este punto de mi vida; a mi familia por criarme y educarme con valores y principios morales y éticos; a mis amigos y compañeros de trabajo a lo largo de mi vida; y, finalmente gracias a la vida, por todos los obstáculos y barreras que he tenido que cruzar para conquistar mis metas.

José Antonio

RESUMEN

Los derechos fundamentales son garantías constitucionales para los seres humanos, que por mandato de ley y los tratados internacionales, deben ser plasmados dentro de todo ordenamiento jurídico a nivel mundial. Partiendo de este precepto, entendemos que toda ley de nivel jerárquico inferior a la norma constitucional, está obligada a seguir los lineamientos dispuestos en la Constitución. En virtud de lo emanado por la norma suprema, hemos identificado una problemática en el Código Orgánico Monetario y Financiero, que en materia de Derecho Administrativo inobserva el mandato constitucional, violentando los derechos fundamentales de las personas naturales bajo el control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. Lo que se intenta probar con este trabajo investigativo es que dentro de la potestad sancionadora administrativa del organismo de control, se perjudica a las personas su derecho a una interpretación más favorable de la norma, lo que afecta directamente el principio pro homine, y por defecto la proporcionalidad de las sanciones administrativas. Históricamente, el Derecho Administrativo ha luchado frente a las adversidades al no tener normativa acorde a la realidad de la materia, y se ha tenido que usar el Derecho Penal como norma complementaria, lo que se convierte en una errónea percepción, puesto que al ser el Derecho una materia tan dinámica, que evoluciona con el tiempo, debido a las conductas humanas y a los cambios necesarios de conducta de la sociedad, éste debe adaptarse y especializarse para poder tener normas acordes a la realidad y a la problemática planteada. A lo largo de esta tesis, enunciaremos las razones por las que se cree que violenta la norma suprema, gracias al aporte doctrinario de varios autores entendidos en la materia y al derecho comparado de Chile y Argentina. Finalmente, fundamentaremos la propuesta de reforma, a fin de que se considere esta tesis, puesto que beneficiará a todas las personas naturales bajo el control de esa Superintendencia.

ABSTRACT

Fundamental rights are constitutional guarantees for human beings, mandated by law and international treaties, they should be reflected in any legal system in the world. From this precept, we understand that every law of the constitutional norm less than hierarchical level, is required to follow the guidelines provided in the Constitution. Under the document, issued by the supreme law, we have identified a problem in the Code of Monetary and Financial, which on Administrative Law disagrees the Constitution, violating the fundamental rights of individuals under the control of the Superintendency of Popular Economy and Solidarity. What is being tested with this research work is that within the sanctioning administrative power of the inspection body, is impaired people their right to a more favorable interpretation of the rule, which directly affects the principle pro homine, and default the proportionality of administrative penalties. Historically, the Administrative Law has struggled against adversity having no rules according to the reality of the matter, and had to use criminal law as a complementary standard, which becomes a misperception, as being the Law such a dynamic field that evolves over time, due to human behavior and conduct necessary changes in society, it must adapt and specialize to have standards in line with reality and the issues raised. Throughout this thesis, we state the reasons why it believes violates the supreme law, thanks to the doctrinal contribution of several authors skilled in the art and comparative law of Chile and Argentina. Finally, we will base the reform proposal, so that this dissertation is considered, since it will benefit all individuals under the control of the Superintendency.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA	3
1.1 SANCIÓN ADMINISTRATIVA	3
1.2 LAS POTESTADES SANCIONADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.....	6
1.2.1 Definición y características	11
1.3 EL CARÁCTER REPRESIVO DE LA SANCIÓN	15
1.4 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROPIOS DE LA ACTIVIDAD SANCIONADORA	20
1.5 EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL	26
1.6 LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS COMO UNA REALIDAD HISTÓRICA.....	30
1.7 LA AUTONOMÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	36
2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	39
2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS PRO HOMINE, LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD	39
2.1.1 Principio pro homine	39
2.1.2 Principio de legalidad	47
2.1.3 Principio de proporcionalidad.....	51

2.2	IMPACTO LEGAL QUE CONLLEVA EL EJERCICIO DEL PRINCIPIO PRO HOMINE DENTRO DEL CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO: PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA, APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO HOMINE, BENEFICIOS E IMPACTO SOCIAL	56
3	ANÁLISIS JURÍDICO ENTRE LAS LEGISLACIONES CHILENA, ARGENTINA Y ECUATORIANA	74
3.1	LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA EN EL DERECHO CHILENO, EN RELACIÓN A SU POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA	74
3.1.1	Doctrina en el derecho chileno.....	74
3.1.2	Legislación	75
3.2	LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA EN EL DERECHO ARGENTINO, EN RELACIÓN A SU POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA	79
3.2.1	Doctrina.....	79
3.2.2	Legislación	84
3.3	DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LOS MARCOS NORMATIVOS DE ECUADOR, CHILE Y ARGENTINA, EN RELACIÓN A LA PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS, EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO HOMINE.....	88
3.3.1	Semejanzas	88
3.3.2	Diferencias	90

3.3.2.1	Diferencias con el Derecho chileno	90
3.3.2.2	Diferencias con el Derecho argentino	93
3.4	VENTAJAS Y DESVENTAJAS ENTRE EL MARCO LEGAL Y REALIDADES DEL SECTOR COOPERATIVO DE ECUADOR, CHILE Y ARGENTINA	95
3.4.1	Estadísticas caso Chile	95
3.4.1.1	El sector cooperativo	95
3.4.1.2	Historia	97
3.4.1.3	Ordenamiento jurídico	98
3.4.2	Estadísticas caso Argentina	100
3.4.2.1	Historia	102
3.4.2.2	Cooperativas por objeto social	103
3.4.2.3	Ordenamiento jurídico	104
3.5	IMPACTO LEGAL DE LA SANCIÓN PECUNIARIA DEL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO	105
4	PROPUESTA DE REFORMA	109
4.1	ANÁLISIS DE LA REFORMA PLANTEADA	109
4.1.1	Contenido	109
4.1.2	Objetivos	111
4.1.2.1	Objetivo general	112
4.1.2.2	Objetivos específicos	112
4.1.3	Ventajas y desventajas de la reforma	113
4.1.4	Resultados esperados	114
4.1.5	Logros	115
4.1.6	Presentación de la iniciativa	116
4.1.7	Análisis jurídico de la reforma	119
4.1.8	Efectos jurídicos de la reforma	120

5	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	121
5.1	CONCLUSIONES	121
5.2	RECOMENDACIONES	126
	REFERENCIAS.....	127

INTRODUCCIÓN

Como es de conocimiento general, el Derecho es una materia que se adapta a las conductas del ser humano, por lo que su actualización perenne debe servir para normar las relaciones humanas y delimitar a través de las normas el orden social. Una vez que los Estados han ido creando sus normas adecuándolas a sus necesidades, en cada época de la historia, se han ido creando nuevas instituciones que representan el poder estatal, algunas cuentan con autonomía y otras no, pero representan al Estado con sus actuaciones administrativas.

La potestad sancionadora administrativa del Estado, por medio de las instituciones públicas, representan la forma de castigar a los afectados por el cometimiento de infracciones previamente delimitadas en la norma, esto debido a la aplicación del principio de legalidad. Es decir, que una sanción administrativa reprime un comportamiento antijurídico, en razón de que la norma lo ha establecido como una infracción administrativa que se la ha identificado por su gradación con una sanción pecuniaria.

En la legislación ecuatoriana, se ha publicado el Código Orgánico Monetario y Financiero, que regula al sistema financiero nacional, comprendiendo al sistema financiero privado, público y popular y solidario. Entre sus atribuciones consta el control y supervisión del sistema financiero nacional, además de expedir normas que permitan cumplir con sus objetivos como ente de control del Estado. Dentro de su facultad legislativa, es mandatorio que dicha norma guarde armonía con la Constitución, el cual es el pilar del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es decir, debe respetar y garantizar los principios jurídicos que necesariamente deben integrar las normas de menor jerarquía. Ante esta afirmación constituye la razón por la que nació el interés de revisar lo descrito en la norma, a fin de cuestionarla y más allá de eso, proponer ideas para mejorarla, puesto que así como puede evidenciar un error jurídico, también resaltamos la importancia de dicho Código para el buen funcionamiento del sistema financiero nacional.

En este contexto, dentro de la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, se busca probar la inconstitucionalidad al aplicar el artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, al no respetar el principio pro homine y de proporcionalidad, en cuanto a la gradación de la infracción y su respectiva sanción pecuniaria cuando el organismo de control sancione administrativamente a las personas naturales. Esto se considera una transgresión sobre derechos fundamentales, debido a la errónea interpretación de lo que manda la norma suprema, afectando directamente a las personas naturales, permitiendo al ente de control que cuando aplique este artículo sancione desproporcionadamente, y que por resultado de esto afecte al sector financiero popular y solidario, generando inestabilidad y abuso de poder por parte de la mencionada institución.

Si bien en los últimos años se ha considerado apoyar sustancialmente al sector de la economía social y solidaria, para beneficio de los ecuatorianos, con el desarrollo y el apoyo del gobierno para incrementar y fomentar las actividades relacionadas con el cooperativismo, que es la actividad que mayor apogeo ha tenido en los últimos años. Es necesario adecuar las leyes a fin de que no afecte el crecimiento sustancial que ha tenido este sector económico, y que principalmente no afecte los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El presente trabajo busca reunir las razones por las cuales se cree que el mencionado artículo del Código es inconstitucional y que se debe reformarlo para asegurar el cumplimiento de la norma suprema, para garantizar el goce, uso y ejercicio de los principios y garantías constitucionales.

1 POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA

1.1 SANCIÓN ADMINISTRATIVA

En el presente trabajo investigativo se plantea la problemática en relación a la falta de aplicación del principio pro homine y la desproporcionalidad en el uso de la potestad sancionadora administrativa por parte de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero. Para entender de mejor manera la problemática planteada, es necesario partir de definiciones consagradas en la Constitución Política del Ecuador, las cuales complementan el marco normativo nacional y fundamentan los actos administrativos de las instituciones estatales.

La Constitución en su artículo 76 determina ciertas garantías básicas en todo proceso en el cual se dispongan derechos y obligaciones, entre éstos consta el debido proceso; así también, en el numeral 3 del enunciado artículo de la norma suprema, se refiere al principio de legalidad, el cual se lo entiende como a todo acto u omisión que contenga una infracción de tipo penal, administrativa o de otra naturaleza, debe estar tipificado en la ley para ser reclamado o exigido por una persona afectada dentro de un proceso judicial, asimismo, toda sanción administrativa debe estar previamente tipificada en la ley para ser aplicada dentro de un proceso. Sobre esta base, entendemos la aplicación del principio de legalidad en materia administrativa, y el incumplimiento de esta disposición acarrea como consecuencia la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria.

De la mencionada definición, podemos desprender tres parámetros técnicos que conforman la dimensión jurídica del principio de legalidad, que son:

- En primer lugar, la existencia de un cuerpo normativo emitido por una autoridad competente;
- En segundo lugar, éste, debe estar integrado por normas estables, claras, irretroactivas y publicadas; y,

- Y, finalmente en tercer lugar, debe ser ejecutado por Tribunales debidamente establecidos e imparciales, fundamentados conforme a derecho.

Una vez entendido el concepto del principio de legalidad, pasamos a analizar una garantía que complementa la aplicación de dicho principio. En todo Estado social de Derecho se tiene como prioridad procurar garantizar el interés general sobre el particular, por razones de justicia y equidad. Esta garantía está consagrada en el numeral 7 del artículo 83 de la Constitución Política del Ecuador como uno de sus pilares fundamentales, se refiere a promover el bien común y anteponer el interés general sobre el interés particular, de acuerdo con las disposiciones del buen vivir (sumak kawsay).

Además del principio de legalidad, es necesario incluir en el presente análisis el estudio del principio de seguridad jurídica, que no es otra cosa que aplicar de forma objetiva las normas (Miguel, 2000, pág. 1428). Este principio existe cuando los diferentes actores respetan y utilizan el derecho aplicable, de manera continua y con la obligación de cumplir un deber jurídico (opinio juris) en largos periodos de tiempo. Esta definición de seguridad jurídica se encuentra fundamentada en el contenido del artículo 82 de la Constitución, que dice que es un derecho que garantiza el respeto a las normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Luego tenemos el principio de proporcionalidad, cuyo objeto es que la sanción no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, es decir, que debe existir coherencia entre el hecho acusado y verificado con la forma de la infracción incurrida. El incumplimiento de este principio versa en que existen infracciones de poca importancia, y se aplica la mayor sanción autorizada, sin que existieran circunstancias que justifiquen en la culpabilidad del autor. Por lo que la sanción deberá guardar consistencia con la gravedad de la falta, constituyéndose en un límite a la libertad del legislador y titulares de la potestad reglamentaria, en razón de que pueden regular las infracciones y sanciones.

Entendido el ámbito constitucional que fundamenta los actos administrativos, debemos ahora enfocarnos a analizar el momento en que se produce una infracción, o bien llamada, sanción administrativa o un ilícito administrativo.

La sanción, de acuerdo con el criterio del autor Jorge Bermúdez (1998, pág. 323), es toda declaración en contra del afectado que se encuentre previamente establecida y que dicha conducta esté tipificada en la normativa legal vigente. De esta manera, toda sanción corresponde a todo gravamen o decisión perjudicial establecida por la Administración a un administrado.

Para efectos de esclarecer el concepto de sanción administrativa, es preciso tomar en consideración que debe ser relacionada con la infracción administrativa y su concatenación con la sanción. Por tal razón, no se considerará como infracción administrativa aquella conducta que no esté tipificada previamente en la norma. Por tal razón, para que se configure la sanción, es necesario que se cometa la infracción, de tal manera que, de acuerdo a lo que el autor Jorge Bermúdez se desprende una doble perspectiva: (Bermúdez, 1998, pág. 324)

- Cuando las circunstancias desfavorables nacen a partir de la transgresión al marco normativo vigente: El autor coincide en que existen efectos jurídicos gravosos para el administrado que no necesariamente nacen de una infracción administrativa, de lo que se desprende que no se configura una sanción en sentido estricto (*strictu sensu*), porque la misma no ha sido tipificada como infracción.
- Cuando las circunstancias desfavorables nacen a partir de la comisión de una infracción administrativa: en este sentido, Jorge Bermúdez nos explica que debemos entender que pueden nacer otros efectos jurídicos también desfavorables para el infractor, que tampoco son considerados en sentido estricto, como por ejemplo, aquellas responsabilidades civiles que manan de la infracción, tales como la compensación por perjuicios o la responsabilidad de reponer las cosas al estado anterior.

De lo expuesto anteriormente, hemos analizado el marco constitucional que fundamenta la definición de sanción administrativa, la cual no puede aplicarse si no involucra los principios constitucionales de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica, en razón de que en un Estado social de Derecho debe prevalecer el interés común sobre el particular; además, se desprende que las definiciones que se obtengan de infracción y sanción en la normativa vigente, son concluyentes para la Administración, en uso de potestad sancionadora administrativa al momento de aplicar las garantías a los administrados. Para esto, las sanciones deben estar establecidas (conductas tipificadas como infracciones) dentro del ordenamiento jurídico, puesto que los elementos materiales de la potestad sancionadora administrativa son las infracciones, sanciones y el procedimiento administrativo sancionador.

1.2 LAS POTESTADES SANCIONADORAS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Continuando con el análisis del presente trabajo investigativo, procedemos a explicar el significado de la potestad sancionadora administrativa, partiendo de las relaciones que existen entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional. Por una parte, desprendiéndonos de la óptica kelseniana, el Derecho Constitucional, por medio de la Constitución, aplicando sus principios rectores, dispone la forma de organización del Estado. En cambio, el Derecho Administrativo, aplica la forma establecida de organización del Estado, la amplía y la proyecta, en las distintas formas de la Administración Pública, dando vida a la creación constitucional, poniéndola en marcha (Robalino, 2006, pág. 192).

El artículo 225 de la Constitución establece la delimitación positiva del Estado ecuatoriano, que comprenden los órganos e instituciones que integran el sector público, tales como:

- Organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social;

- Entidades que integran el régimen autónomo descentralizado;
- Organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado;
- Personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

La Constitución contiene una estructura general de la Administración Pública, la mayor parte de los órganos que lo conforman no están previstos en la norma suprema, aunque permitidos a través de potestades legislativas o normativas. Todo esto se basa en la aplicación del principio de legalidad, la cual le da la movilidad necesaria a la Administración y limita su continua y permanente transformación, reducción y modificación para conseguir sus objetivos, pero siempre limitado al orden jurídico por el principio de legalidad.

Además de los principios mencionados anteriormente, tenemos otros principios que afectan al Derecho Administrativo, los cuales los enunciaremos y son: responsabilidad del Estado, debido proceso, revisión jurisdiccional de las actuaciones de la Administración Pública, y los detallaremos a continuación:

- La responsabilidad del Estado, proviene de la personalidad de la Administración, la misma que se establece en el ordenamiento jurídico, en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución, que señala que el Estado se encargará de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la norma suprema, así como reparar las violaciones a los derechos por la falta o deficiente prestación de servicios públicos o por acciones u omisiones en el ejercicio de las potestades públicas, dicha reparación será integral conforme a lo dispuesto con el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución, que establece que de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y determinar

las obligaciones positivas y negativas que están a cargo del destinatario de la decisión judicial y la forma en que debe ejecutarse.

- El siguiente principio que analizamos es el debido proceso, el mismo que ha sido desarrollado con mayor detenimiento en la Constitución de 1998. El Título III de la Constitución, sobre las garantías constitucionales, en su artículo 86 establece las garantías jurisdiccionales del Estado, entre ellas el debido proceso y el derecho de petición en materia administrativa. Analizando el contenido del citado artículo, se desprende la precisión sobre su aplicación a las actuaciones administrativas, obligando a la Administración Pública a actuar dentro del marco del principio de legalidad. La segunda garantía es la que corresponde a la obligación de la Administración de motivar sus actuaciones de acuerdo a un razonamiento lógico y jurídico, de esta manera se observa un desarrollo sobre los derechos del administrado, ya que de demostrarse la desmotivación, estos actos pudieran declararse nulos o anulables. Además, debemos relacionar la definición del debido proceso, con lo dispuesto en la Constitución de 2008, que en su artículo 76 dispone que en todo proceso se deberá garantizar el debido proceso, que incluye una serie de garantías que tendrán que respetarse; además, en el artículo 77 de la misma norma, se garantiza el debido proceso para los procesos penales, dentro de los cuales también se deben respetar las garantías constitucionales previamente establecidas.
- Sobre la revisión jurisdiccional de los actos administrativos, corresponde a una garantía constitucional, cuyo origen se traslada al Consejo del Estado y del Contencioso Administrativo francés, tal como lo señaló Verónica Jaramillo en su trabajo de análisis de los principios generales del procedimiento administrativo. El Estado ecuatoriano quiso darle el nivel de garantía constitucional al determinar que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los órganos de la Función Judicial, conforme con

lo dispuesto en el artículo 173 de la norma suprema. De tal manera que sin la revisión de los actos administrativos no existe un real Estado social de Derecho, debido a que sin ella, no existiera responsabilidad.

Por otra parte, el artículo 226 de la Constitución Política del Ecuador, dispone que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal solamente podrán ejercer las competencias y facultades que les hayan sido atribuidas por la Constitución y la ley.

A fin de entender la definición de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública, se debe empezar desde la definición de Estado, el mismo que ha ido variando a lo largo de la historia, así como sus rasgos característicos. En nuestra realidad, el Ecuador es considerado como un Estado social de Derecho, debido a la influencia de algunos autores de gran importancia, tales como: Locke, Rousseau y Montesquieu, eventos trascendentales como la Revolución Francesa (1789-1799), y su accionar se fundamenta en la aplicación de los principios de democracia, separación de poderes, soberanía popular, igualdad, justicia, entre otros.

Otro principio que debemos considerar para definir a la potestad sancionadora administrativa es el principio de separación de poderes, en razón de que el Estado debe encargarse de garantizar que las competencias entre los diferentes poderes del Estado se apliquen en la práctica. Tomemos en cuenta las palabras del Barón de Montesquieu, que reflejan las divisiones de las funciones del Estado y que éstas se regulan mutuamente para evitar las desviaciones de poder por parte de la autoridad, sobre lo dicho, el autor señala:

“En cada estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero el príncipe o jefe de estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las

existentes. Por el segundo, hace la paz o hace la guerra, envía o recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre los particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del estado. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor” (Montesquieu, 1992, pág. 104).

En relación a la postura del Barón de Montesquieu, podemos ver que existen tres clases de poderes, como lo son: el poder legislativo; el poder ejecutivo relacionadas al derecho de las personas; y, el poder ejecutivo de las cosas, además, que si no existiera separación de poderes el resultado se traduciría en una arbitrariedad por parte del Estado, que de ninguna manera permitiría el goce y ejercicio de derechos fundamentales de las personas. Partiendo de esta concepción, la potestad punitiva del Estado debe ser ejercida por un órgano distinto al Poder Judicial, debido a que la potestad sancionadora administrativa es más expedita e informal, así también, porque el sistema penal no se abasteca para dar respuesta a todas las conductas merecedoras de un castigo (Espinosa & Ramírez, 2009, pág. 2). Otra concepción, nos indica que la potestad sancionadora administrativa debe encargarse de mantener el orden dentro del uso de sus facultades, además de velar por el cumplimiento de sus fines, de tal manera que, con la facultad punitiva que tiene, debe reprimir las conductas que estén previamente tipificadas en la normativa (Carretero & Carretero, 1995, pág. 77).

Adicionalmente, tenemos otra concepción que nos indica que la potestad sancionadora administrativa tiene su origen en la Constitución, y serán las leyes ordinarias las encargadas de desarrollar su contenido (Carretero & Carretero, 1995, pág. 77). El Estado, por medio del poder jurisdiccional, asume la potestad

previamente autorizada por la norma para resolver conflictos en materia jurídica, imponer sanciones y ejecutar resoluciones. Por lo tanto, su organización deberá comprender herramientas que sean adecuadas para así otorgar la tutela que los individuos requieren para solucionar sus controversias. De lo dicho en líneas anteriores, afirmamos que el ius punendi que ejerce el Estado a través del poder punitivo, tiene como objetivo fundamental establecer el orden en las relaciones que integran el Estado con los individuos.

1.2.1 Definición y características

Entendemos por potestad sancionadora administrativa a la facultad que posee la Administración Pública de sancionar a las personas naturales y jurídicas, de acuerdo con lo dispuesto en el marco legal vigente, que consiste en identificar la conducta o infracción, los hechos, el grado de culpabilidad y la sanción correspondiente, previamente contenida en la ley que dio origen a la potestad sancionadora (Cuadra, 2010, pág. 16). De esta definición, podemos ver claramente la diferencia que tiene la potestad sancionadora administrativa de la potestad punitiva judicial, además de ciertas características propias tanto de fondo y forma, que describen las particularidades que se extraen de dicha definición.

En líneas anteriores, detallamos que la Constitución es la fuente originaria de la potestad sancionadora administrativa y que las leyes desarrollan su contenido. Por tal razón, no puede haber potestad sin norma constitucional que la habilite, ni puede haber sanción para un individuo (persona natural o jurídica; ciudadano o administrado; funcionario y empleado) por conductas contrarias al orden público, por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, sin ley previa que defina su actuación como merecedora de responsabilidad administrativa. La potestad sancionadora administrativa tutela los intereses que son de importancia para la colectividad y el buen funcionamiento de la Administración.

Otro rasgo característico de la potestad sancionadora administrativa es el análisis del grado de culpabilidad y la proporcionalidad de las sanciones, debido a que posee un proceso sancionatorio, si bien comparte ciertas particularidades con el proceso penal, ambas tienen distinta naturaleza y corresponden a opuestos ámbitos de responsabilidad.

Los principios generales del proceso administrativo, se encuentran consagrados en la Constitución vigente, que obliga a los poderes públicos a adoptar decisiones razonadas y argumentadas para hacer efectivos los derechos determinados en la norma suprema, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, tales como: el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, de 10 de noviembre de 1949; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969; Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", de 17 de noviembre de 1988; y, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 4 de abril de 1968, entre otros.

Los principios contienen lineamientos que deben seguir las instituciones jurídicas, tal como lo establece el artículo 227 de la Constitución, que dice que la Administración Pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. De esta manera, entendemos que es una nueva concepción de Derecho, ya que no es considerado como un conjunto de reglas, sino como normas jurídicas que no necesariamente son concebidas como órdenes o mandatos, pues son aplicables de modo disyuntivo, debido a que un principio no determina la forma de su aplicación, en su lugar enuncia una razón que fluye en una sola dirección que no decide una decisión en particular, por su falta de peso o importancia en las normas, en razón de su carga axiológica y valores deontológicos (Jaramillo, 2012, pág. 76), como lo enunciamos en el citado

artículo 227 *ibídem*, en que enunciamos los principios que rigen a la Administración Pública, éstos necesariamente tienen que ser desarrollados para su efectiva aplicación y cumplimiento.

Para poder determinar el grado de culpabilidad y la sanción correspondiente a un infractor en el Derecho Administrativo, se debe aplicar toda una serie de principios jurídicos de índole procesal que son básicos en un Estado de Derecho, como lo son: juridicidad, debido proceso, derecho a la defensa, *pro actione*, de confianza legítima, eficiencia y eficacia, detallaremos a continuación cada uno de ellos.

- El principio de juridicidad o de legalidad, que lo hemos definido anteriormente, se relaciona con la supremacía de la Constitución, el cual se sujetan todas las autoridades públicas y los ciudadanos, y contiene dos aspectos esenciales como son la normatividad. Su competencia nace de la norma suprema y de la ley, y la jerarquía por la cual toda autoridad pública tiene la obligación de respetar, siendo el orden jerárquico de aplicación de normas, conforme a lo dispuesto en el artículo 425 de la Constitución, las siguientes: la Constitución; tratados y convenios internacionales; leyes orgánicas y ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos, además, aplicar las normas jurídicas en el orden determinado.
- El debido proceso es un principio que debe ser desarrollado por encontrarse conformado de una serie de garantías constitucionales, además se constituye en un eje del procedimiento administrativo. Dicho principio se encuentra consagrado en la norma suprema, de lo descrito en su artículo 76, que dispone que “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso” (Constitución Política del Ecuador, 2008).

- El derecho a la defensa, se compone de dos situaciones: la defensa material y la defensa técnica. El derecho a la defensa que es muy aludido por los ciudadanos (administrados) o por las personas que son parte de los procesos judiciales, no obstante, en el Ecuador no se ha logrado definir al derecho a la defensa, de tal manera que para hacerlo, se ha tenido que acudir a la jurisprudencia constitucional comparada, como es la colombiana, que lo define como aquella oportunidad que tiene una persona, en cualquier ámbito de un proceso judicial para ser escuchado y de ejercer sus derechos consagrados en la ley (Jaramillo, 2012, pág. 83).
- Cuando nos referimos al principio de eficiencia, nos debemos remitir al contenido del artículo 227 de la Constitución, cuyo eje radica en el recurso humano, como lo es el servicio público, quien utilizando la menor cantidad de recursos materiales y económicos, coadyuva a la simplificación administrativa.
- En cambio, el principio de eficacia, se busca el correcto cumplimiento y los resultados deseados, que gracias al recurso humano se conseguirá cumplir con los deberes del Estado, dispuestos en la norma suprema en su artículo 3, la misma se traduce en la resolución correcta y acertada, protegiendo los derechos de los administrados (Constitución Política del Ecuador, 2008).

La potestad sancionadora administrativa, le hemos definido como aquella facultad punitiva que tiene el Estado para sancionar a los individuos cuando éstos hayan incurrido en infracciones o sanciones administrativas, debidamente tipificadas en la ley; además, observamos la forma en cómo se divide la Administración pública estatal, los principios que conforman al proceso administrativo, que hemos definido claramente con base a las disposiciones constitucionales, así también, la importancia jerárquica que tiene la Constitución sobre los actos administrativos, debido a que sin los pilares fundamentales, el Estado jamás pudiera respetar y hacer respetar los derechos de los administrados, puesto que estos principios deben ser los ejes rectores de la

actividad de la Administración Pública. La potestad sancionadora es una prerrogativa de la Administración pública que busca cumplir con los fines estatales.

1.3 EL CARÁCTER REPRESIVO DE LA SANCIÓN

Anteriormente definimos a la sanción administrativa, de acuerdo a los criterios de ciertos autores, quienes concuerdan en que se refiere a toda declaración en contra del afectado, que configure una conducta previamente establecida y tipificada en la normativa legal vigente.

Para analizar el carácter represivo de la sanción aplicado en la problemática planteada, debemos referirnos a lo dispuesto en el contenido del artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que es materia del presente análisis, que en su inciso tercero dice:

“Si un mismo hecho fuere constitutivo de dos o más infracciones administrativas, se tomará en consideración la más grave. Si las dos infracciones son igualmente graves, se tomará en consideración la que conlleve una sanción de mayor valor pecuniario” (Asamblea Nacional Constituyente, 2014).

Si bien el artículo citado establece claramente los tipos de sanciones administrativas que se aplicarán a las personas bajo el control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. Así también, denotamos incongruencias de acuerdo con las definiciones de los principios constitucionales enunciados en este trabajo investigativo, que conlleva a contradicciones legales que irrumpen la garantía de derechos consagrados en los artículos 76, 77 de la norma suprema. Uno de los principios vulnerados en el contenido del artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, es el principio pro homine, el cual lo definiremos más adelante, que tiene como finalidad acudir a la norma más protectora y a la interpretación que más favorezca que reconozca y garantice el ejercicio de un derecho fundamental.

En este caso, la interpretación que hace el Código Orgánico Monetario y Financiero, se advierte que es totalmente errónea, por lo que, vulnera la aplicación del mencionado principio pro homine y principalmente como se señaló, configura una evidente contradicción legal.

Por otro lado, hemos identificado que el artículo en cuestión infringe la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual lo hemos definido anteriormente, cuyo objeto es que la sanción no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, es decir, debe existir coherencia entre el hecho acusado y verificado con la forma de la infracción incurrida. Si nos detenemos un momento a analizar el contenido del artículo ibídem, podemos deducir que su aplicación es desproporcional, ya que en el efecto de llegarse a dar el caso en que una de las dos sanciones aplicadas a una persona natural sea de un grado menor con la otra, que si amerita una sanción de un grado mayor, existe una evidente desproporcionalidad de las sanciones que se apliquen, por lo que en la lógica argumentada en ese artículo, se debe sancionar imponiendo la sanción más severa, vulnerando totalmente los principios de proporcionalidad y pro homine que analizamos en este caso.

Una vez que hemos identificado los principios constitucionales vulnerados en el artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, definiremos concretamente al principio pro homine, al cual se lo considera un criterio hermenéutico incluido en todo el derecho internacional de los derechos humanos, que aplica la norma más amplia y/o la interpretación más extensiva, para reconocer derechos protegidos y garantizados por la normativa nacional, específicamente dentro de la Constitución, como eje fundamental del marco jurídico ecuatoriano, o en su defecto, recoger la norma o interpretación más restringida para establecer restricciones permanentes en el ejercicio de derechos.

Ahora, ¿a qué se refiere esta interpretación extensiva? Implica que en el supuesto de que existan diferentes interpretaciones dentro de una normativa, se

debe optar por aquella que conlleve a proteger ampliamente los derechos fundamentales, para no limitar y garantizar su ejercicio.

Una vez definida la interpretación extensiva, nos queda por analizar lo que conlleva la interpretación restringida. A diferencia de la extensiva, implica que cuando se establecen restricciones permanentes para el ejercicio de derechos fundamentales o su suspensión, la norma debe interpretarse en el sentido de que afecte o restrinja lo menor posible el ejercicio de derechos.

Entendido el marco constitucional de la norma y su problemática con la aplicación de los principios pro homine y de proporcionalidad, debemos entonces analizar a qué se refiere el carácter represivo de la sanción administrativa. El autor García de Enterría define a la sanción administrativa como: “Un mal infringido por la Administración al administrado como consecuencia de una conducta ilegal” (García, 2004, pág. 163); así también, el autor José Bermejo la define como: “Una resolución administrativa de gravamen que disminuye o debilita –incluso elimina– algún espacio de la esfera jurídica de los particulares” (Bermejo, 1999, pág. 81). Por otra parte, Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez la definen como: “Un mal jurídico que la Administración infringe a un administrado, responsable de una conducta reprobable antecedente” (Carretero & Carretero, 1995, pág. 172). Así también, el autor Eduardo Gamero y Severiano Fernández entienden a la sanción como: “La privación, restricción o suspensión de determinados derechos o bienes jurídicos del sujeto responsable de la infracción, precisamente como reacción – castigo - a la comisión de la misma” (Fernández & Gamero, 2005, pág. 365).

De las definiciones recogidas de los autores, coincidimos en que la sanción administrativa tiene un carácter represivo, además que tiene tres elementos comunes en todos los intentos por conceptualizarla, estos son: la sanción corresponde a una carga impuesta sobre el individuo; el gravamen producto de una conducta considerada lesiva a un bien jurídico protegido en una infracción administrativa; y, la facultad punitiva de la autoridad administrativa para

imponerla, conforme lo disponen las normas y principios que rigen la potestad sancionadora administrativa (Ramírez, 2007, pág. 275).

Sobre lo expuesto, la sanción corresponde a un signo de la autoridad represiva, que se configura cuando se ocasione frente a una perturbación, y se traduce en el poder de la Administración para castigar a los individuos, conforme a las infracciones del marco normativo administrativo. Según el autor Suay Rincón (Suay, 1989, pág. 56), este castigo sirve para restablecer el orden jurídico por parte del infractor, hasta un efecto disuasorio, tal como lo sostiene Jesús González y Francisco González (pág. 2673), algunos autores han llegado a afirmar que estas disposiciones de carácter represivo, son de cierta manera intimidatorias, que tienen como fin sancionar para que no se vuelvan a producir nuevamente infracciones de cierto tipo.

Este carácter represivo de la sanción administrativa es considerado un elemento diferenciador comparado con otras instituciones jurídicas, como por ejemplo en el Derecho Tributario y el Derecho Civil, que imponen cargas al administrado, tal como lo definen Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez, quienes afirman que: “La finalidad de la sanción es punitiva y no puede ser sustituida por otra” (Carretero & Carretero, 1995, pág. 183). Coincide con este criterio el autor Lorenzo Retortillo, quien dice que la sanción “se caracteriza por su aspecto punitivo” (Baquer, 1976, pág. 10). Este aspecto punitivo es el que lo diferencia de otras instituciones administrativas que limitan los derechos individuales que tienen otras connotaciones diferentes a las relacionadas con el Derecho Administrativo, como es el resarcimiento o compensación, en materia civil, donde lo que se pretende es indemnizar a la víctima por el daño causado (Ramírez, 2007, pág. 276).

Ahora, es necesario entender que por medio del carácter represivo, toda actividad que desemboque en una carga para el administrado no debe considerarse siempre como una sanción, tal como lo afirma el autor Martín Baquer que dice:

“En unos tiempos de desregularización administrativa –de forma que se estima positivo que la Administración reduzca y aminore sus intervenciones- es lógico que la constatación de incumplimientos y la apreciación de que no se respetan las reglas del juego hayan de provocar medidas contundentes que no por eso sean sanciones” (Baquer, 1991, pág. 155).

Así también, Rebollo Puig quien opina:

“En el Derecho Administrativo Sancionador se implican aspectos distintos no incluíbles todos ellos en las diversas materias conforme a idénticos criterios. Por lo pronto urge depurar el concepto mismo para excluir de él las falsas sanciones y, por consiguientemente, todo el régimen jurídico de otras medidas administrativas igualmente gravosas pero de naturaleza no propiamente represiva” (Rebollo, 1990, pág. 42).

De forma más acertada y clara, el autor Sánchez Morón afirma que: “No toda medida o acto de gravamen que la Administración puede adoptar como consecuencia de una vulneración del orden jurídico es una sanción administrativa” (Sánchez, 2005, pág. 652). Dentro del marco normativo legal, se define al acto administrativo como “Toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa” (Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva). De las definiciones recogidas, se desprende que no se debe considerar en todos los casos a los actos de la administración como sanción, por la aplicación del carácter represivo dentro de su facultad punitiva, como lo indica (Nieto, Derecho administrativo sancionador, 2005, pág. 197), quien opina que en la normativa legal existen consecuencias jurídicas similares a la sanción administrativa, regidas por diferentes regímenes jurídicos. El castigo al que se refiere el ordenamiento jurídico, se configura cuando se infringe un perjuicio previamente determinado.

Sobre lo analizado dentro de este tema del carácter represivo de la sanción, podemos concluir que la sanción administrativa es la facultad que tiene la Administración (Estado), para sancionar a los individuos que incurran en alguna infracción administrativa determinada previamente en el ordenamiento jurídico. Así también, en referencia al criterio expuesto en líneas anteriores del autor Sánchez Morón, afirma que al aplicar la sanción administrativa, ésta conlleva una consecuencia negativa para el administrado, pero no todas las actuaciones de la Administración que conlleve a una consecuencia negativa debe ser considerada como sanción administrativa (Sánchez, 2005).

1.4 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROPIOS DE LA ACTIVIDAD SANCIONADORA

El Derecho Administrativo Sancionador históricamente formó parte del Derecho Penal, esto impedía distinguir un procedimiento administrativo independiente del Derecho Procesal Penal. Analizando en qué consiste este proceso, se lo define como el conjunto de normas jurídicas del derecho público interno que regulan cualquier proceso penal, desde el inicio hasta su fin, entre el Estado y los particulares, que tiene como finalidad la administración de justicia, por parte del juez, aplicando la ley y resolviendo el proceso de una forma justa e imparcial. Sin embargo, gracias a la interpretación jurisprudencial y al desarrollo que ha tenido el Derecho Administrativo, actualmente se puede hablar sobre un procedimiento administrativo sancionador, que contiene principios y características propias.

El procedimiento administrativo sancionador, en cualquiera de sus etapas, debe respetar y garantizar los derechos subjetivos de los individuos, para que no incurran en violaciones que restrinjan estos derechos. Para ello, las sanciones deben aplicarse de manera objetiva, además, deben entenderse correctamente los principios que consagra la Constitución, para garantizar el desarrollo de un procedimiento que se ajuste al marco jurídico.

Recordemos los principios que se encuentran establecidos en la Constitución, los mismos que son los pilares fundamentales que deben regir en la normativa legal vigente, respetando la jerarquía normativa. El numeral 3 del artículo 11 de la Constitución indica que:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (Constitución Política del Ecuador, 2008).

De acuerdo a lo dispuesto en la norma suprema, se evidencia la obligatoriedad de aplicación de los principios fundamentales, por tal razón, cualquier acto administrativo que restrinja los principios consagrados en la Constitución, constituirá en un acto contrario a derecho, que vulnera derechos.

El Derecho Sancionador busca mantener el orden del sistema y reprimir de forma coactiva, las conductas contrarias que hayan sido tipificadas de un ente estatal, en este caso, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en su potestad sancionadora administrativa, aplica lo dispuesto en el artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, para sancionar a las personas naturales y jurídicas bajo su control, por el cometimiento de infracciones contempladas en dicho marco normativo. El autor Héctor Escola define al poder sancionador como aquel que en virtud del cual: “pueden interponerse sanciones a quienes incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que le son impuestas por el ordenamiento normativo administrativo, o el que le sea aplicable por la Administración Pública en cada caso” (Escola, 1984, pág. 207). Bajo esta premisa, la inobservancia de la norma, que incurra en una conducta tipificada en el marco jurídico, será sujeto de una sanción administrativa, previamente tipificada.

El Derecho Administrativo Sancionador, es de naturaleza administrativa, de tal manera que lo sancionador, se aplica en base a principios básicos del Derecho Penal, orientados a garantizar los derechos fundamentales de las personas

naturales (ciudadanos) y jurídicas. Ahora, esta situación no debe considerarse como una subordinación del Derecho Administrativo con el Derecho Penal, puesto ambos se desarrollan sobre un mismo plano, diferenciándose por el grado de desarrollo en materia sancionadora por el segundo (Vargas, 2008, pág. 60).

El desarrollo del procedimiento administrativo sancionador es en su totalidad escrito, siendo necesario para este proceso la elaboración de expedientes que consten las actuaciones realizadas en cada caso, por parte de la Administración Pública, así como del sujeto investigado, en los que se determinará la existencia o no del hecho atribuido, que terminen en una resolución que establezca la responsabilidad del accionado (Vargas, 2008, pág. 60).

A fin de establecer los principios de aplicación del procedimiento administrativo sancionador, la doctrina nos establece algunos que deben ser ejercidos directamente.

- Uno de los principios detallados es el principio de legalidad, que dentro de la ideología de un Estado de Derechos, constituye uno de los más importantes. Para el caso de la Administración se entiende que debe estar sujeta a la Ley y al Derecho. Un caso de jurisprudencia determina que 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 puede considerarse lícita, y más que lícita, no prohibida” (Sala Constitucional).

Como lo hemos tratado anteriormente, el principio de legalidad se encuentra contenido en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución, el cual busca garantizar la legalidad de la función administrativa y se orienta

a garantizar los derechos fundamentales de los individuos, protegiendo la legalidad y a las personas. Para el autor Oscar González, el procedimiento sancionador debe constituirse como una garantía a favor de las personas (ciudadanos), evitando las actuaciones arbitrarias por parte de la Administración, que sean contrarias a derecho, y que posteriormente terminen en sanciones que vulneren derechos, demostrando únicamente el poder estatal. La manifestación del principio de legalidad se encuentra en la reserva legal y la tipicidad de las infracciones, desde un plano formal y material, respectivamente (González Ó. , 2001, págs. 215-245).

- Otro principio que tenemos que analizar, es el principio de culpabilidad, el mismo que proviene del Derecho Penal, aplicado al Derecho Administrativo, con matices propios. En Derecho Penal, se entiende al principio de culpabilidad a que no existe pena para el autor si la conducta no le es reprochable, la cual se fundamenta en que el ser humano es un ente capaz de auto determinarse (Vargas, 2008, pág. 60). Sobre lo expuesto, el Derecho Administrativo aplica ciertos principios contenidos en el Derecho Penal, pero que en aplicación de su realidad, se diferencia de este último, porque contempla conductas tipificadas como infracciones administrativas, que se traducirían en sanciones administrativas por el incumplimiento de las normas aplicables para la Administración Pública.
- El artículo 41 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que la responsabilidad administrativa de un servidor público, se deberá por el incumplimiento de las disposiciones legales, y serán sancionados disciplinariamente, sin perjuicio de las acciones penales o civiles que se produjeran por el mismo hecho. Para Nieto García “La culpabilidad es exigible en las infracciones administrativas, pero no en los mismos términos que en el Derecho Penal y a los juristas corresponde determinar cuáles son sus peculiaridades” (Nieto, Derecho administrativo sancionador, 1994, págs. 347-348). Para esto, se tendrán que tomar en consideración dos cuestiones: la responsabilidad del sujeto que será exigida por los

conocimientos exigidos a la debida diligencia; y, la buena fe, que deberá comprobarse por parte del infractor al momento de cometer la conducta antijurídica.

- Siguiendo con el análisis, continuamos con otro principio identificado, el cual está relacionado con la facultad de la Administración para mandar y efectuar actos dentro del proceso administrativo sancionador, hablamos del principio de oficiosidad, para José Dromi, “Incumbe a la autoridad administrativa dirigir el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto sea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada. El principio de oficiosidad es el que domina el procedimiento administrativo” (Dromi, 1983, pág. 509).
- Otro principio que se toma en consideración es el principio de imparcialidad, el cual tiene como fin que la Administración actúe de forma objetiva en la toma de sus decisiones, respetando los derechos subjetivos de los individuos.
- A continuación en el presente análisis, identificamos al principio de informalismo, para que se eliminen los obstáculos innecesarios durante el desarrollo de un proceso propio de la Administración, resultando de esto que se lleve a cabo de forma ágil, evitando complicaciones excesivamente burocráticas, de esta manera, se protege la idea “pro actione”.
- El siguiente principio en cuestión es el de debido proceso. A través de este principio se deben cumplir ciertos requisitos para que todo proceso o procedimiento que tenga como resultado la imposición de una sanción.

Estos principios de imparcialidad, debido proceso e informalismo se relacionan con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución, el cual habla sobre los derechos de protección, disponiendo que el incumplimiento de aplicar los principios de inmediación, celeridad e imparcialidad, conllevarán a sanciones determinadas por la ley.

- Identificamos al principio non bis in ídem, éste se encuentra regulado en el contenido de la letra i), número 7 del artículo 76 de la Constitución, y se refiere a que ninguna persona podrá ser condenada o sancionada dos veces por la misma causa o hecho. La imposición de una sanción que infrinja una norma administrativa, será objeto de la correspondiente sanción administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal si fuera el caso.
- Finalmente, el último principio identificado es el de verdad real o material, el cual lo entendemos que debe determinarse la realidad histórica de forma clara y precisa sobre los hechos investigados, a través de las pruebas que se adjunte al proceso. Se entiende como verdad real a las razones verdaderas que dieron lugar a los hechos, y una vez que se hayan comprobado y demostrado la autenticidad de la verdad real se impondrá la sanción administrativa (Vargas, 2008, pág. 60).

En conclusión, podemos decir que el Estado a través de su *ius puniendi*, ejerce la potestad sancionadora administrativa, que debe autorizarse por medio del marco normativo; además, que las instituciones públicas deberán garantizar la aplicación de los principios constitucionales y demás disposiciones normativas, en especial cuando se trate de materia sancionadora, debido a que la errónea interpretación de la ley, perjudicaría derechos subjetivos de los individuos o administrados.

Por último, debe dejarse muy claro que la Administración, en su facultad sancionadora administrativa, dentro de un procedimiento de esta naturaleza, no podrá considerar a la persona investigada como un mero objeto del poder dado a dicha institución, sino como un sujeto de Derecho.

1.5 EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL

Con el motivo de esclarecer la relación que existe entre el Derecho Administrativo Sancionador con el Derecho Penal, es necesario partir de las definiciones de dos principios que rigen en la creación y aplicación del ordenamiento punitivo, estos son: el principio de subsidiariedad y fragmentariedad (Cortaza, 2013, pág. 241).

- El **principio de subsidiariedad**, para aproximarnos a la definición de este principio, citamos lo dicho por Daniel Achá, quien califica a la subsidiariedad:

“Como una regla de buen sentido que obliga a la instancia más extensa a no suplir a otra de menor ámbito hasta que no se demuestre la incapacidad de esta última para llevar a cabo una determinada acción u obtener el efecto pretendido, pero que también obliga a actuar a la primera cuando se constate esa incapacidad” (Achá, 2008, pág. 10).

En sentido amplio sobre lo expuesto, entendemos la obligación que tiene el Derecho Penal de actuar en el caso de que el Derecho Administrativo sea incapaz de resolver los procesos que sean de materia administrativa. Esta transferencia de jurisdicción no debe transferirse a otra más alejada, salvo que se demuestre que la acción del primero no sea suficiente para lograr los fines pretendidos y la intervención del segundo aporte mayor eficacia. Esta situación actualmente ya no es aplicable, porque hemos analizado en este trabajo investigativo, que el Derecho Administrativo aplica ciertos principios del Derecho Penal, pero con matices propias del Derecho Administrativo, además, existe el marco normativo administrativo, tales como: el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que facultan atender actos que por naturaleza le compete estrictamente al Derecho Administrativo.

La subsidiariedad se refiere a algo que está en reserva, de manera emergente de algo principal, por lo tanto, el sentido que se le impone es el de ayuda, socorro o asistencia.

- Por otra parte, el principio de fragmentariedad se refiere a que el Derecho Penal debe actuar ante los ataques rechazables de bienes jurídicos indispensables para la convivencia, aparte de castigar aquellas conductas lesivas o peligrosas para un bien jurídico que no sea susceptible de evitarlo, mediante los mecanismos de contención. Esto va relacionado con el principio de legalidad, que indica que las conductas tipificadas con su respectiva pena, deben estar previamente normadas, y aquellas conductas que se encuentren al margen de lo descrito en la ley, no serán sujetas a una pena, pese a que ésta sea ilícita o lesione bienes jurídico (Náquira, 2008, pág. 22).

Sobre lo expuesto, significa que el Derecho Penal es de última ratio (última razón), por lo que deberá aplicarse cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico han agotado todas las instancias de protección con su participación, lo que resultaría en que en última instancia el Derecho Penal resolvería el conflicto aplicando la ley penal, fundamentado en los principios de legalidad y a la peligrosidad de la conducta que lesiona un bien jurídico protegido, dando como resultado la aplicación de una sanción para la misma conducta que no esté tipificada en otra norma legal, debido a que la norma penal es la última opción para sancionar (Cortaza, 2013, pág. 241).

Podemos enumerar otros principios comunes para el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, tales como: proporcionalidad, legalidad, irretroactividad, presunción de inocencia, tipicidad, responsabilidad, entre otros, contenidos en los artículos 11 y 95 de la Constitución Política del Ecuador; en el artículo 2 del Código Orgánico Integral Penal; y, desde el artículo 192 al 205 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Entre ambas jurisdicciones podemos establecer una gran diferencia sobre las sanciones que imponen, debido a que en el Derecho Administrativo no le es aplicable la privación de la libertad, puesto que es de fuero exclusivo del Derecho Penal. Esto porque la mayor gravedad sobre una pena le concierne a la materia penal, en razón de que los bienes jurídicos que tutela este ordenamiento jurídico son de mayor importancia para la sociedad y el Estado que los protegidos por el Derecho Administrativo.

Para aclarar esta diferenciación entre ambas, el Derecho Administrativo aplica sanciones leves, que tienen como fin disciplinar a las personas y corregir estas conductas que están inmersas en infracciones administrativas, todo esto para cumplir con el fin estatal. Por otra parte, las sanciones penales, son más graves porque su fin es protector y motivador, puesto que busca el sometimiento del Estado sobre las personas como una medida para respetar el ordenamiento jurídico, mediante fines preventivos o intimidatorios con la pena privativa de la libertad, con el objetivo de conseguir la paz social (Cortaza, 2013, pág. 243).

En referencia con la definición de la subsidiariedad del Derecho Penal, en la que mencionamos que ésta es de última ratio, es debido a que es el último mecanismo que debe recurrir el Estado para imponer castigos, el cual debe ser una política social del Estado para delimitar la función punitiva, cuyo resultado no condenaría penas privativas de libertad. Además, este principio de subsidiariedad se encuentra contenido en el principio de intervención mínima, el cual aparta la intervención del Derecho Penal a temas de gravedad considerable, de conformidad con los bienes jurídicos lesionados, quedando los temas restantes y de menor importancia para las demás ramas del Derecho (Muñoz, 2001, pág. 79).

Por lo tanto, al Derecho Penal se le ha asignado la tarea más difícil, aplicar las sanciones más graves sobre los ataques más intolerables a los bienes jurídicos protegidos. De acuerdo con lo analizado sobre este principio, se puede decir que si debe ser subsidiario del resto de normas jurídicas, siempre y cuando las

infracciones sobre el bien jurídico no sean muy graves, y que las sanciones en materia penal, sirvan para brindar soluciones menos radicales.

Creemos que la manera más correcta de limitar la intervención penal para responder a las necesidades sociales de nuestro país es aplicar el principio de subsidiariedad, como una derivación del principio indubio pro reo, los cuales se encuentran contenidos en los artículos 3 y 4 del Código Orgánico Integral Penal, donde se dispone que el juez deberá apegarse a lo emanado en la ley, pero en caso de duda deberá interpretar el sentido más favorable para el reo. Esta interpretación se relaciona con la aplicación del principio pro homine, que se encuentra contenido en los artículos 417, 426 y 427 de la Constitución Política del Ecuador, el constituyente no ha hecho diferenciación sobre el campo de aplicación de este principio, sea en materia administrativa o penal, por lo tanto, se entiende que están incluidas para ambas materias y será de directa aplicación conforme a lo dispuesto en los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución.

En el presente tema, hemos podido comprender cuáles son los principios del Derecho Penal se relacionan con el Derecho Administrativo Sancionador, tales son el principio de subsidiariedad y el de fragmentariedad. El primero nos dice que el Derecho Penal actuará como una última instancia, para los casos en que las demás ramas del Derecho sean ineficaces de sancionar la conducta previamente tipificada, de tipo leve, que no lesione un bien jurídico protegido. En este caso, relacionada con el Derecho Administrativo, y que por medio de una sanción penal pueda corregirse el daño y aplicarse una sanción penal acorde a la infracción administrativa cometida. Por otra parte, el segundo nos indica que el Derecho Penal debe actuar cuando se ataquen bienes jurídicos protegidos al amparo de la ley, respetando y aplicando el principio de legalidad, quiere decir que toda conducta antijurídica deberá estar previamente tipificada, para ser traducida por medio de una sanción penal.

1.6 LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS COMO UNA REALIDAD HISTÓRICA

El autor Eduardo Cordero, dentro de su estudio sobre el Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal, no dice que desde el punto de vista dogmático, es difícil determinar la naturaleza jurídica de los fundamentos constitucionales que permiten sustentar la existencia del poder punitivo por parte de la Administración Pública, además de establecer cuál sería el alcance y contenido de los principios (Cordero, 2012, pág. 132). Es por esta razón, a criterio de lo expuesto por el autor, tratar de establecer una distinción entre la pena penal, administrativa y la disciplinaria, trae consigo consecuencias muy graves y cuya solución teórica se aleja de ser unánime y que satisfaga las necesidades de la sociedad.

Es una verdad decir que la potestad punitiva de la Administración Pública ha resistido y perdurado en el tiempo, pese a los cambios políticos y diferentes momentos de la historia, siendo la tendencia hasta nuestros días que tenga una creciente intensidad, por lo que haciendo un pronóstico a futuro, es innegable que seguirá con la misma tendencia. Este crecimiento, no solamente se debe a una cuestión histórica, sino también el legislador ha tenido el interés de seguir por esa senda, con el fin de conseguir que los órganos del Estado, por medio de la Administración Pública, intervengan de forma oportuna y eficaz, pese a las complejidades que conlleva una sociedad cada vez más compleja. Este crecimiento evidente, responde a una necesidad de la sociedad que debe ser atendida obligatoriamente por el Estado, frente a un aparato judicial colapsado, a fin de garantizar la actuación oportuna de los poderes públicos, frente a las conductas que se desencadenan dentro de la sociedad. A fin de poder establecer la naturaleza de los ilícitos en materia administrativa, tomando el criterio de Eduardo Cordero, especialmente cuando se enfrentan frente a delitos penales, nos pueden servir algunos elementos que permitirían distinguirlos, tales como: el órgano que lo aplica, en este caso sería la Administración Pública; la

valoración inferior ético-social que se les asigna a estas conductas; y, la gravedad de la sanción (Cordero, 2012, págs. 133-134).

Distinguir las sanciones administrativas de las penales, atrajo la atención de muchos juristas debido a que se convirtió en un gran problema lograr ese objetivo, por lo que bajo el influjo de la ilustración y del iusnaturalismo nació el denominado Derecho penal de policía, esto aplicado a la realidad encontrada en el Derecho chileno, el cual proviene del mismo concepto de policía, que tiene por objeto prevenir la seguridad frente a cualquier peligro (Santamaría, 2009, págs. 258-259). Los asuntos de policía constituyen un ámbito separado del ordenamiento jurídico, por lo que el análisis de la cuestión no perdía su importancia supuesta la distinción entre asuntos jurídicos, que están sometidos al control judicial, y los asuntos administrativos, propios de la policía. Este ámbito era cada vez más regulado, y brindaba espacio a la discrecionalidad de la Administración Pública (Kloss, 1996, págs. 175-200).

Uno de los principales exponentes del derecho penal de policía es Paul Johann Anselm Ritter, afirma que las infracciones de policía, comprenden en muchos casos acciones morales y jurídicamente indiferentes, debido a que “constituyen en sus prescripciones inventos de la policía reinantes pro tempore” (Cordero, 2012, pág. 135). Transcurren los años, y este autor se replantea la idea de que existe un derecho penal de policía independiente, afirmando que son auténticas penas las infracciones de policía. Además, analiza este problema desde las garantías como la libertad y la propiedad, que tienen las personas en la Constitución, Dicho esto acotamos lo siguiente:

“Qué es lo que puede quedar en cuanto libertad civil y garantía de los derechos en un Estado, donde no son los tribunales, sino funcionarios de policía los que pueden condenar a los ciudadanos a penas de multa de hasta quinientos florines, a la pérdida de su industria... a prisión... la respuesta se encuentra en la pregunta” (Feuerbach, 1822, pág. 347).

En virtud de lo expuesto en líneas anteriores, se desprende que este ha sido el principal factor para que los intentos posteriores de delimitar al injusto criminal del injusto de policía, no diera lugar a resultados que permitieran destacar, pese a los esfuerzos de autores como Christian Köstlin, quien se enfocó en distinguir al objeto: que tiene un objeto que es “en y por sí injusto”, por otra parte, las infracciones de policía se enfocan en “lo peligroso”. Finalmente, se superará al derecho penal de policía con la propia asimilación del Derecho Penal, estableciéndose un proceso penal común para todas las acciones punibles (Cordero, 2012, pág. 135).

Continuando con el presente análisis histórico, profundizaremos en la teoría del Derecho Penal Administrativo, formulada por James Goldschmidt, la cual nace debido a algunos factores históricos, tales como: la revolución industrial, la inmigración desde el campo a la ciudad, la clase asalariada, el crecimiento de las ciudades, entre otras causas, éstas trajeron como consecuencia que surja una mayor participación del Estado. El autor recogió los pensamientos de algunos autores lo que le permitió reunir los elementos necesarios para desarrollar concepciones sobre el poder punitivo de la Administración Pública (Sthal, 1877, págs. 178-184). Además, destaca los deberes del hombre (individuo), donde se manifiesta su libertad (orden jurídico) y cuya infracción es sancionada por el poder penal judicial dentro de la sociedad, donde se le impone deberes para prevenir peligros y promover el bienestar, las cuales son materias de la Administración Pública. De esta manera, es posible distinguir entre los deberes del ordenamiento jurídico, como la libertad de una persona (proteger las esferas humanas de voluntad) y los deberes de la Administración Pública, que supone la pertenencia a una sociedad, para mantener el orden y la paz social (promoción del bien público estatal). Su pensamiento se ha convertido en lectura obligatoria para la literatura latinoamericana y española.

Cuando hablamos de delito, inmediatamente nos viene a la mente su elemento característico que es la antijuridicidad, que propiamente quiere decir el daño de bienes jurídicos protegidos, mientras que por otra parte, la violación de las

infracciones administrativas conlleva a una anti administratividad, que significa no alcanzar el objeto planteado por la Administración, por medio de omisión del apoyo a la Administración del Estado, como lo es el bienestar público. De acuerdo al criterio del autor, esta separación entre ambas es relativa, debido a que una sanción administrativa se puede convertirse en delito cuando se eleva a la forma de bien jurídico determinados bienes públicos, precautelando el orden jurídico. Goldschmidt, además distingue a los bienes jurídicos en: primarios, cuando son portadores individuales de voluntad; y, secundarios, cuando surge como un mecanismo de protección de bienes jurídicos primarios (Cordero, 2012, pág. 137). Con esta separación, plantea la definición de derecho penal administrativo como:

“El conjunto de aquellos preceptos por medio de los cuales la Administración del Estado, enlaza, dentro del marco de la autorización jurídico estatal, en forma de preceptos jurídicos, una pena como consecuencia administrativa a la contravención de un precepto administrativo como tipo” (Mattes, 1979, pág. 191).

Continuando con el análisis, Goldschmidt además se centra en los elementos formales, señalando que las penas administrativas son propias de la actividad administrativa, y que será aplicada por la Administración del Estado, por medio de un acto administrativo. Por tal razón, las aleja de los delitos, que son aplicados por el poder judicial, siguiendo un procedo por la misma vía, resultando de esto una sentencia. En virtud de lo cual, Goldschmidt afirma que junto al derecho penal, aparece un pseudoderecho penal, de naturaleza administrativa.

Finalmente, el autor nos señala que la pena administrativa se traduce en un poder penal con cierta particularidad, que proviene de la Administración Pública, y cuya aplicación no le compete al poder judicial, pero además advierte, que tampoco debiera aplicarse sanciones por medio de la Administración Pública, sino a través de tribunales administrativos, como herramienta de protección y garantía de las personas (ciudadanos).El autor seguiría insistiendo en separar

los ámbitos del Derecho Penal Judicial frente al Derecho Penal Administrativo, con suficientes argumentos para demostrar que ambos tienen autonomía la una de la otra, con su postulación de que las contravenciones administrativas deberán ser atendidas por la propia Administración Pública, pero sus intentos se verían fallidos, debido a que el legislador positivista no lo apoyaría.

Otro punto importante de considerar que será parte de nuestro estudio es la tesis formalista elaborada por Adolf Merkl, quien sustenta su trabajo de forma empírica, porque dependerá siempre de la disposición del legislador, configurar si una acción criminal es atendida en otro momento como infracción administrativa, provocando que se pierdan recursos intentando determinar cuáles actos corresponden al Derecho Penal Criminal y cuáles al Derecho Penal Administrativo. Viéndolo de esta manera, es una idea imaginaria o fabulosa, el pensar que existen los elementos necesarios y suficientes para encasillar entre ambos tipos de ilícitos, como acotamos a continuación “El Derecho positivo, al repartir la competencia entre los Tribunales y las autoridades administrativas, no haría sino dar satisfacción a una necesidad derivada de la naturaleza del hecho sometido, en cada caso, a la sanción penal” (Merkl, 2004, pág. 347). Al parecer, la solución a esta tesis es indiscutible, pues la idea de que los ilícitos administrativos no originan un peligro hacia un bien jurídico, como si los ocurre con los delitos, es argumentable, pues el autor nos indica que dichas conductas serían indiferentes si las miramos desde el punto de vista ético-social. Como lo señala Welzel, quien nos dice que el legislador no expide normas para que los ciudadanos las obedezcan, sino para crear un estado de situación valiosa o para impedir que se cometiera un daño (Welzel, 1956, págs. 238-240). Es necesario acotar que la tesis sustancialista separa al bien jurídico del ámbito de los delitos administrativos, siendo esto muy difícil en la práctica, cuando está en riesgo el interés o un bien jurídicamente valioso. Comparando con otro ordenamiento jurídico, en el caso del Derecho español, en una misma conducta puede ser sancionada como delito o como contravención, dependiendo de la cuantía del caso (Artículo 305 del Código Penal Español). Por tal razón, la sanción administrativa se considera como un juicio de desvalor ético-social de una

conducta, siendo insuficiente este elemento para distinguirla con los delitos, debido a su indiferencia valorativa.

Ahora, pese a los argumentos planteados en esta tesis formalista, se plantean algunas consideraciones que debemos tomar en cuenta: en primer lugar, es innegable que genera cierta preocupación e incomodidad que el legislador determine qué conductas deben considerarse como delitos y cuáles contravenciones, lo cual pudiera vulnerar el principio de separación de poderes del Estado, y además, vulneraría la garantía constitucional del derecho de libertad de las personas; en segundo lugar, pese a lo indicado en el punto anterior, existe desconfianza frente al legislador que tiene la competencia de determinar libremente estos ilícitos, no solo porque las sanciones aplicadas en el Derecho Administrativo sean consecuentemente más graves que en el Derecho Penal, sino también de las garantías que tienen las personas en dicho ámbito, las cuales se verían afectadas. Adicionalmente, existen elementos no solo formales que permiten distinguir las infracciones administrativas de los delitos, tales como la sanción, la configuración de injustos administrativos, la posibilidad de aplicarlas sin restricciones a las personas jurídicas. Es aquí donde se analiza el problema de conceptualizar a las penas y los delitos, además de las sanciones y las infracciones, pues no es solo una cuestión de carácter dogmático, puesto que en este caso entra en análisis los principios constitucionales que intervienen, y normas de naturaleza política, que durante siglos han sido parte de la construcción y desarrollo del Derecho Penal (Cordero, 2012, pág. 140).

Lo analizado anteriormente nos deja como conclusión que la tesis formalista es insuficiente, pues exige matizaciones de menor relevancia, ya que debemos entender esta idea en el marco jurídico-constitucional, por el cual se explica la existencia de dos manifestaciones para ejercer el poder punitivo del Estado, los límites y funciones del legislador para determinar los ilícitos, además de las garantías que son derechos de las personas (ciudadanos) cuando deban enfrentarse al ejercicio del ius puniendi estatal.

1.7 LA AUTONOMÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Para determinar la identidad ontológica del Derecho Administrativo, se debe hacerlo de manera normativa, tal como lo señala Nieto, puesto que las realidades ontológicas de dos figuras que mencionamos a continuación, de acuerdo con el criterio del autor no necesariamente deben tratarse de la misma manera con un similar tratamiento jurídico. Por otra parte, la referida igualdad ontológica contrasta sobre un hecho esencial, puesto que los ilícitos son de creación normativa (Nieto, 2005, pág. 160). Acotando una reseña del autor, quien afirma que: “El ilícito no existe en la realidad, es creado por la norma, de tal manera que sin norma no puede haber ilícito”. Tomando estas palabras, entendemos que el legislador, entre sus atribuciones es el encargado de establecer las conductas que serán tipificadas como ilícitas, y determinará si su régimen jurídico será igual o diferente. El estudio y análisis sobre esta materia debe fundamentarse sobre el Derecho Público, según Nieto, dejando a un lado al Derecho Penal, provocando de esta manera que la tesis punitiva del Estado sea insuficiente para sostener esta postura, debido a que no resuelve el problema fundamental en este análisis, el Derecho aplicable para cada tratamiento jurídico.

Basándonos en el trabajo investigativo de Nieto, vemos que con su trabajo de determinar la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador, estuvo fundamentada con principios y notas personales que denotarían la particularidad de la autonomía del mismo, tales como el de legalidad y tipicidad, encargados de enunciar a los tipos infraccionales, así también el principio de culpabilidad, centrado en delimitar los delitos administrativos frente a los ilícitos penales. Ahora, la teoría de Nieto no ha sido del todo eficaz, puesto que no ha sido capaz de evitar la cercanía entre los problemas encontrados con la aplicación del Derecho Penal (López H. , 2009, págs. 36-45).

Siguiendo con el tema, recogemos el criterio de Cordero, quien afirma que muchos autores coinciden en que el Derecho Administrativo Sancionador es autónomo, no formando parte del Derecho Penal, pero este pensamiento no

resuelve el conflicto que existe para reconocer individualmente al Derecho Penal y al Derecho Penal Sancionador, que son una proyección del Derecho Público, además de los límites que debe tener el legislador a la hora de delimitar ambos tratamientos jurídicos, como si se logra percibir en materia tributaria o aduanera (Cordero, 2012, págs. 107-141).

Tomando en consideración lo dispuesto en la Constitución en su letra m, número 7 del artículo 7, dispone que en todo proceso en el que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluye una serie de garantías básicas, que establece: “Recurrir al fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (Constitución Política del Ecuador, 2008). Además, la norma suprema en su artículo 173 establece que: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial” (Constitución Política del Ecuador, 2008). Sobre lo citado en líneas anteriores, es importante resaltar que en todo proceso judicial debe primar siempre el respeto de las garantías constitucionales, entre ellas, el debido proceso. Es por esto que el Estado en su potestad sancionadora administrativa, debe garantizar el respeto de la norma constitucional y de la aplicación de las garantías constitucionales, por lo que ninguna norma podrá irse en contra del mandato constitucional, tal como lo planteamos en esta tesis, y que es la parte fundamental del presente trabajo investigativo, determinar que la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, no garantiza el respeto de principios constitucionales en su potestad sancionadora administrativa. Además, no es suficiente el hecho de determinar sanciones arbitrarias y desproporcionadas que violentan principios fundamentales, tal como se enuncia en el artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero. Dentro de este trabajo investigativo detallaremos las sanciones administrativas que han sido aplicadas hasta ahora, a fin de evidenciar los tipos de sanciones que se han aplicado y si existe desproporción en las sanciones aplicadas, además que si se ha respetado o no, el principio pro homine como fundamento para sancionar conductas tipificadas en la norma, bajo

la premisa de que se permite mediante ley la aplicación de sanciones desproporcionadas.

De lo dicho anteriormente, podemos evidenciar que históricamente se ha intentado establecer y marcar las diferencias que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, sustentándose en principios y particularidades que distinguen ambos tratamientos jurídicos, en relación a las infracciones administrativas, por lo que resulta evidente que debe existir un tratamiento distinto al que se establece en el Derecho Penal, puesto que no corresponde a la naturaleza del problema, siendo ésta Administrativa. No habiendo existido hasta la presente fecha, un resultado favorable para la propuesta de Nieto, analizamos que este intento por distinguir ambos tratamientos jurídicos está poco fundamentado, lo que impide que pueda traducirse en un procedimiento que no dependa del Derecho Penal, teniéndose que analizar profundamente mediante doctrina y jurisprudencia los resultados que apoyen y sustenten esta propuesta interesante.

2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS PRO HOMINE, LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Para entrar en el estudio de los principios pro homine, legalidad y de proporcionalidad, debemos empezar comprendiendo la definición plasmada en la Constitución que rige desde el año 2008, el cual es un constitucionalismo de derechos, tal como afirma Enrique Pozo, nacido en la ciudad de Azogues, doctor en Jurisprudencia y abogado de los Tribunales de Justicia, fue Procurador síndico del Concejo Provincial de Cañar, Asesor Jurídico de la Cámara de Comercio e Industrias de Azogues, Concejal de Azogues y Presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica de Azogues, actualmente ocupa el cargo de Rector en la Universidad Católica de Cuenca, quien además sostiene que se trata de un Estado de Juridificación. Para poder entender la definición del Estado Constitucional de derechos, se debe comprender lo que quiere decir la palabra “derechos” y la diferencia que tiene con la palabra “derecho”. Por una parte, el “derecho” tiene algunos significados, pero guarda relación con el conjunto de reglas o normas, plasmadas en el derecho objetivo; así también, se lo conoce como un atributo propio de los sujetos, conocido como derecho subjetivo. La categoría de “jurídico” se debe al significado de derecho, porque pertenece al derecho objetivo que corresponde al conjunto de normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico. En cambio, definiéndolo de otra forma, no le correspondería la categoría de jurídico. El autor además indica que el plural de “derecho” en la primera definición sería lo que conocemos como el “ordenamiento jurídico” vigente; en cambio el plural de derecho en la segunda definición sería “derechos” (Pozo, 2009, págs. 2-3).

2.1.1 Principio pro homine

Luego de hacer esta diferenciación entre ambas definiciones, entramos a analizar al principio pro homine. Tomamos en cuenta el criterio del autor

Humberto Henderson, quien definió a este principio como: “Una regla que está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales de los seres humanos”. Partiendo de esta definición, la importancia de este principio radica en que se encarga de velar por el Derecho Internacional de Derechos Humanos, asegurando siempre el bienestar del ser humano (Brewer-Carías, 2006), “Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud de la cual se debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos”, de tal forma que la resolución que se decida sea la más favorable para el ser humano.

Henderson en su obra “La importancia del principio pro homine”, demuestra la importancia de este principio al ser incluido en algunos instrumentos internacionales, tales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

A continuación detallaremos tres formas de aplicación del principio pro homine de acuerdo al criterio de Coello: 1) aplicar la norma que más favorezca al ser humano; 2) la más protectora; y, 3) la interpretación con sentido tutelar. A continuación explicaremos cada una de estas formas de aplicación:

- Cuando se refiere a la aplicación de la norma más protectora, quiere decir, en el efecto de que entre normas existiere controversias para resolver un proceso, el juez tiene la facultad de escoger de entre ellas, la que más beneficie y que tutele los derechos de la persona (Coello, 2013, pág. 30).
- Otra forma de aplicación trata sobre la temporalidad de las normas y la observancia de aquella que más favorezca al ser humano, garantizando de

esta manera la norma que más beneficie al ser humano, sin importar su jerarquía y/o temporalidad (Coello, 2013, pág. 30).

- Por último, la tercera forma de aplicación sucede cuando el juez en sus facultades, frente a una norma de derechos humanos en la que se pudieran dar varias interpretaciones, en sus facultades escoge aquella que más favorezca al ser humano (Coello, 2013, pág. 31).

Por otra parte, no podemos hablar del principio pro homine sin mencionar al Derecho Internacional Humanitario, el cual es un instrumento que brinda esperanza, durante las tan innecesarias e injustificadas, pero aceptadas guerras históricas entre países. Tal como manifiesta la doctora Elizabeth Salmón, quien indica que el Derecho Internacional Humanitario “No permite ni prohíbe los conflictos armados,... sino que... se aboca el fin de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario” (Salmón, 2015). Es importante señalar que este derecho tiene su origen sobre normas convencionales y consuetudinarias, cuyo fin es cesar las prácticas que alteren la integridad humana, así como las guerras.

Se estima que el principio pro homine pudo haber sido definido por primera ocasión por medio del criterio formulado por el juez Rodolfo Piza Escalante, dentro de sus votos adjuntos en una resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde afirmó que es:

“Un criterio fundamental que (...) impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma, el principio pro persona (...) conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla y su condicionamiento la excepción” (Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, 1986).

Es necesario resaltar lo dicho por el criterio citado, puesto que el fondo de la consulta planteada en ese caso sobre la vinculación de los derechos humanos y las obligaciones del Estado, radica en la importancia al enfatizar la aplicación directa de los derechos humanos que corresponden a la interpretación que corresponda a la naturaleza de los derechos estudiados, debido a que éstos son parte sustancial de la estructura estatal, más allá de estar incluidos en el ordenamiento jurídico, por lo que su interpretación, necesariamente debe ser expansiva.

Para determinar el alcance del principio pro homine y cómo debe interpretarse una norma jurídica, dependerá del punto de vista teórico que se desee adoptar, puesto a que se atribuirá un significado o un sentido a un enunciado normativo. Este ejercicio jurídico se logra aplicando varios métodos como: textual, semántico, original e histórico. El resultado de esta interpretación, nos dará como resultado un parámetro que nos permitirá evaluar si el sentido que queremos dar, es realmente el correcto. Estos parámetros serán las normas constitucionales e internacionales, relacionadas con la protección de la persona (Medellín, 2013, pág. 28).

En cuanto a la interpretación de una norma secundaria, en el párrafo anterior se realizó un doble ejercicio, a través del cual se determina el sentido a una norma relacionado con un parámetro específico, esta práctica es conocida como la “interpretación conforme de las normas”. Se configura como una forma de constitucionalización de los sistemas jurídicos. Para Ricardo Guastini, ésta es una de las siete condiciones relevantes para determinar si un sistema jurídico aplica o no las normas constitucionales (Guastini, 2001, págs. 154-164).

Tomando las palabras de Guastini, para explicar la interpretación conforme, dice:

“No existe un texto normativo que tenga un solo significado, determinado antes de su interpretación. Dicho de otro modo, ningún texto normativo es susceptible nunca de una sola interpretación. Por otro lado, si usamos el

vocablo “norma” para referirnos no al texto mismo, sino a su significado, podemos decir que cada interpretación de un mismo texto normativo produce una norma diversa” (Guastini, 2001, págs. 154-164).

“Bajo esta disyuntiva la interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armonía la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución” (Guastini, 2001, págs. 154-164).

Analizando los conceptos citados del autor, podemos entender a que se refiere la interpretación conforme, que busca emparejar lo dispuesto en la norma constitucional con otra norma de menor jerarquía, para justamente evitar contradicciones legales de carácter constitucional.

Pasamos ahora a analizar la vinculación del principio pro homine con otros principios de interpretación favorable, para esto se deben utilizar criterios que favorezcan a dicha interpretación que quiera darse, esto se lo conoce como la “fuerza expansiva de los derechos humanos”, que constituye un factor derivado de la naturaleza de estos derechos (Medellín, 2013, pág. 35).

1. El primer criterio indica que todos somos titulares de nuestros derechos, por lo que podemos exigir la protección de manera directa e inmediata ante la autoridad. Se fundamenta en el principio de igualdad.
2. Los derechos humanos configuran derechos objetivos, a más de los derechos públicos subjetivos, gracias al derecho comparado se ha dado más luces al sistema jurídico, en todas las decisiones de las autoridades competentes, incluso en las relaciones entre particulares. Los derechos humanos también son considerados como directrices y reglas para la actuación legislativa y garantías procesales.

3. Los derechos humanos deben ser respetados, protegidos, promovidos y garantizados por las autoridades (dimensión vertical); además, implican límites de las actuaciones entre los particulares (dimensión horizontal).

En consecuencia, el principio pro homine se relaciona con la acción de dar sentido a una norma de carácter secundario, de esta manera cumpliendo con las disposiciones constitucionales e internacionales de protección al ser humano. Este principio no tiene como finalidad suplir otros de interpretación clásicos, sino más bien otorgar una preferencia que contribuya a favorecer a la persona, aplicando una norma en el sentido más protector en algún caso en particular.

Además de todo lo revisado hasta ahora acerca del principio pro homine, procederemos a analizar este principio y la ponderación de los derechos humanos. Debemos considerar los distintos tipos de casos que pueden llevarse a cabo para la aplicación de este principio, en el cual para garantizar el cumplimiento del mismo se debe buscar siempre el sentido más favorable para la persona afectada. Uno de los posibles escenarios es aquel en el que intervenga un derecho humano, como la afectación o restricción de otro derecho del cual es titular una tercera persona o de interés general para toda la sociedad. Para esto, las autoridades deberán tomar precauciones para solucionar estos problemas, puesto que requieren de medidas necesarias pero razonables para proteger los derechos de las personas ante la actuación de los terceros (Medellín, 2013, págs. 73-74).

Al referirnos a la ponderación de los derechos humanos, tal como lo sostiene Ximena Medellín Urquiaga, en su trabajo sobre la Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, debemos primeramente comprender a qué se refiere el ejercicio de la ponderación. La colisión de los principios posee una naturaleza jurídica distinta al conflicto de reglas, puesto que la primera a fin de solucionar los problemas requiere de criterios específicos, y para solucionar este tipo de problemas la doctrina en materia constitucional y de derecho comparado ha creado el ejercicio

de la ponderación, el cual tiene su origen en la doctrina constitucional alemana, por medio de su Tribunal Constitucional, desde la década de los sesenta y setenta. Luego de un proceso de difusión de la doctrina, se extendió a lo largo de toda Europa. En nuestro continente, la doctrina obtuvo mayor acogida a través del trabajo de los tribunales y cortes constitucionales latinoamericanas. Para definir a la ponderación, tomamos las palabras de José Ramón Cossío Díaz.

“La ponderación se entiende sencillamente como la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso” (Amparo directo en revisión, 2011).

Otra definición la tiene Luisa Conesa, quien afirma: “Este ejercicio tiene como objetivo determinar si la intervención del Estado en un derecho fundamental es constitucional, al establecer en cada caso la jerarquía de los principios confrontados” (Conesa, 2008, pág. 4). Sobre ambas definiciones, se desprende la importancia entre ponderar dos o varios principios, por su contenido de aplicación y que sirva para solucionar eficazmente un problema que esté afectando a una persona.

Para realizar un ejercicio de ponderación, se empieza por ubicar los derechos o intereses que entren en discusión, para luego desarrollar su contenido y alcance, este paso previo fue determinado por Roberto Bin. Entre los derechos e intereses en cuestión, considerados los más importantes, tenemos: 1) los limitados por una norma secundaria o un acto de implicación (el derecho público subjetivo en el caso de recibir una indemnización por un daño moral, debido a la actividad administrativa irregular); y, 2) que sirvan de sustento a la limitación (para evitar que se reclame de forma injustificada el pago de indemnizaciones excesivas por parte del Estado). Quedando de esta manera determinada la colisión.

Determinado lo que significa la ponderación, debemos analizar la relación que tiene con el principio pro homine. Para esto, el contenido de los derechos se lo interpretará de forma expansiva, y sus limitaciones de forma restrictiva. La ponderación y el principio pro homine se vinculan directamente cuando se trata de interpretar las limitaciones aplicadas al ejercicio y/o exigibilidad de los derechos humanos. Se diferencian entre ambos debido a que el principio pro homine no se centra en las restricciones de los derechos humanos, tiene un resultado directo en la manera que debe formarse su alcance y contenido en los derechos humanos, así también entre las obligaciones del Estado. Este principio funciona constituyendo parámetros de vigilancia sobre los actos de aplicación y de las normas consideradas secundarias, y también en buscar la interpretación que más favorezca entre ambas. En cuanto a la ponderación, es necesario señalar que al referirse a una restricción autorizada sobre derechos de terceras personas, se interpretará antes del ejercicio de ponderación, si existe una lectura expansiva sobre los derechos que se encuentren en colisión, para dar cumplimiento al principio pro homine. Para esto, se deberá determinar si dicha restricción es idónea y su proporcionalidad con la afectación del derecho tratado (Medellín, 2013, págs. 80-84).

En consecuencia, si bien el principio pro homine y la ponderación poseen contenidos propios, guardan relación entre sí, puesto que el principio mencionado será aplicable cuando se analicen los derechos o intereses en los que se haya determinado la colisión. En cambio, la ponderación es el ejercicio que se encarga de encontrar la validez sobre una limitación determinada, sea de una norma o de un acto de aplicación. Sobre lo dicho anteriormente, es necesario definir el concepto de ponderación, el cual proviene del latín “pondos” que significa peso. Dicho significado adquiere mucha importancia, porque cuando el juez pondera, su obligación es la de sopesar los principios que están inmersos en el caso, para resolver el problema suscitado.

2.1.2 Principio de legalidad

Continuamos con el análisis de otro principio de mucha importancia para el desarrollo de este trabajo investigativo, el cual se lo denomina el principio de legalidad. Tomando el pensamiento de Sebastián Espinosa, reconocemos su importancia histórica en la absolución del positivismo y también para construir un sistema objetivo de las relaciones de poder, pasando de la concepción tradicional de que la Constitución es la norma suprema que se encuentra por encima de las demás normas del ordenamiento jurídico, a otra concepción que la considera como un conjunto de valores y de principios que permitan la legitimidad a la función estatal, además que producto de esta se logre una mejor convivencia social donde se garantice el goce y el ejercicio de los derechos (Espinosa S. , 2010).

Nuestra Corte Constitucional receptó la mencionada corriente, tomando su postura frente a lo que se conoce como Estado de Derecho, gracias a los sucesos históricos de la Revolución Francesa, que dice:

“El Estado de Derecho en su versión francesa, conocido también como Estado de legalidad o Estado legicéntrico, se identifica por ser un Estado legislativo, lo que implica la supremacía del Parlamento sobre los otros poderes del Estado; la reducción de todo el Derecho a la ley; la supremacía de la ley sobre el resto de los actos normativos del Estado (principio de legalidad); la subordinación a la ley; de los derechos de los ciudadanos; la limitación del poder judicial a la aplicación subsuntiva de la ley; y a la conversión de la Constitución en una simple ley de organización del poder, que puede ser modificada por el procedimiento ordinario de expedición de las leyes. En definitiva, en el modelo de Estado de Derecho francés, la Constitución queda reducida a una declaración política de principios y se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de la ley” (Sentencia interpretativa, 2008).

Cabe señalar que la ley fundamenta su razón de existir en la limitación de poder, tal como lo afirma Jorge Zavala Egas, que dice:

“El poder limitado o ejercicio de acuerdo a Derecho es creador de éste y, por ello, las normas de derecho positivo no tienen otra fuente que el poder y estas mismas normas son sancionadas por el poder, de tal suerte que las normas jurídicas tienen por misión limitar el poder que las crea y que las sanciona” (Zavala, 2008, pág. 17).

Sobre lo citado en líneas anteriores, se desprende que la subordinación del poder es un principio inherente al Estado, por el cual una sociedad organizada de forma objetiva, contiene el desbordamiento común del obrar público, a fin de proteger sus derechos fundamentales.

El principio de legalidad se configura como la fuente y marco de actuación administrativa, limitación y garantía que cumple la función de proteger los derechos de las personas, por medio de la racionalidad y certeza que tenga la Administración en sus actuaciones de forma racional, subordinadas incondicional e irrestrictamente al ordenamiento jurídico. Tal como lo manifiesta Sebastián Espinosa, este principio mantiene una relación con el principio de división de funciones, ambos con la finalidad de limitar el abuso de poder (Espinosa S. , 2010, pág. 52). Acotamos a continuación una frase de Montesquieu de su obra “El espíritu de las leyes” (Montesquieu, 1992), que dice: “Es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga el poder”.

Por ende, el principio de legalidad siendo la fuente del accionar administrativo también reconoce la supremacía de la Constitución, la cual se proyecta en el ordenamiento jurídico. Obliga al sometimiento de la ley. Tomando las palabras de Víctor Bazán, las actitudes y respuestas que se exigen en un Estado de Derecho fundamentado en la Constitución, son:

- Obligación de garantizar el valor seguridad jurídica, esto quiere decir, fortalecer escalas aceptables para predecir y prever jurídicamente, que

exista confianza en las relaciones con el poder, una estructura regular y eficaz del sistema a través de su ordenamiento jurídico y el aparato público estatal.

- Prohibición de arbitrariedad, se refiere a la importancia del principio de razonabilidad que pasó de ser considerado un requisito subjetivo a requisito objetivo del derecho (Zagrebelsky, 1999, pág. 7).
- Propender el desarrollo humano y progreso económico precautelando la justicia social (Haberle, 2003, pág. 7).

Con base a lo que se ha analizado en este trabajo, nos damos cuenta de la importancia del principio de legalidad al convertirse en el pilar del sistema administrativo. Este principio tiene el carácter de constitucional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución, que dice:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución” (Constitución Política del Ecuador, 2008).

Sobre lo citado de la norma suprema, se entiende que por una parte la atribución de potestades proviene únicamente de la Constitución y de la ley, y por otra parte, que su ejercicio no puede sobrepasar los límites que le fueren atribuidos. Para entender de mejor manera, acotamos el pensamiento de García de Enterría y Ramón Fernández, quienes afirman:

“El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga

facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración, no puede actuar simplemente” (García & Ramón, Curso de Derecho Administrativo I, 2006, pág. 449).

Ambos autores desarrollan el alcance del principio de legalidad, guardando relación con lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución. De tal manera que este principio garantiza que el poder público se ejerza respetando lo dispuesto en la norma suprema y su vigencia constituye garantía suficiente para proteger los derechos de las personas, las libertades, para respetar un orden establecido sin abusos de poder y el debido proceso.

El artículo primero de la Constitución ecuatoriana establece un Estado de Derechos y Justicia, además dispone que “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.” Sobre lo dicho en este artículo, se desprende que la soberanía radica en el pueblo y que el fundamento de autoridad es la voluntad, además que su ejercicio se expresa por medio de los órganos de poder público y otras previstas en la ley, así también el ejercicio de la soberanía.

Como fundamento de lo dicho en líneas anteriores, tenemos a continuación el criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ratificando el principio de legalidad como fundamento del obrar administrativo, que dijo que tras al accionar de los poderes del Estado, se producen efectos jurídicos que se encargan de crear, modificar o extinguir derechos subjetivos, estos pueden ser impugnados por la vía judicial ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Cuando hablamos de acto administrativo, debemos entender que guarda una relación estrecha con la sumisión de la Administración Pública a una determinada

normativa, es ahí donde interviene el principio de legalidad. Es decir, el acto nace de una ley que lo permita y lo prevea (Resolución, 2003).

En consecuencia, es innegable la importancia del principio de legalidad en el ejercicio del poder público. Al ser la Constitución la norma que preside el ordenamiento jurídico, es inadmisibles pensar que el principio de aplicación directa vaya en contra del principio de legalidad, siendo la Constitución la norma suprema, por la cual se proyectan ambos principios.

Apoyando esta postura, la Corte Constitucional reconoció que el principio de legalidad como fundamento del Estado de Derecho, que a diferencia de lo dispuesto en el artículo 1 de nuestra actual Constitución, propone una nueva forma de Estado, evidentemente distinto al propuesto en la Constitución de 1998. Ahora el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos. De esta manera busca perfeccionar el modelo de Estado de derecho, entregando el poder a la norma suprema apelando a su constitucionalidad (Desafíos constitucionales, Sentencia, 2009).

2.1.3 Principio de proporcionalidad

Tal como hemos venido analizando los principios a lo largo del presente trabajo investigativo, los principios del derecho son una garantía aplicada frente a distintas formas de desigualdad y marginación en la justicia o cuando una norma es aplicada erróneamente, lo cual convierte al principio de proporcionalidad en un mecanismo de impugnación judicial para garantizar la forma correcta de aplicar el derecho, transformándose en una herramienta frente a los abusos de poder que pudieran ocasionarse.

El principio de proporcionalidad tiene como fin tutelar los derechos de los ciudadanos, y funciona expandiendo su forma aplicación. El autor Ignacio Villaverde sobre el mencionado principio afirma que:

“En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco” (Villaverde, 2008, pág. 182).

Este principio se encuentra consagrado en la Constitución Política del Ecuador, en el número 6 del artículo 76, que dispone:

“Art. 76.- 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: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución Política del Ecuador, 2008).

Además de estar incluido en la norma suprema, nuestra Constitución exige proporcionalidad de los mecanismos limitativos de derechos humanos, así también requiere que éste sea idóneo, necesario y proporcionado de acuerdo con su finalidad que sea de conformidad con la ley (Chávez, 2010, pág. 13). Adicional a esto, acotamos el criterio de Villaverde, quien afirma:

“(...) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: “Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida mas moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” (Villaverde, 2008, pág. 182).

Sobre este criterio, podemos asimilar el punto de vista del autor para determinar en qué casos se está violentando la garantía protegida por el principio de proporcionalidad, por lo que nos permite comprender cuándo una norma o decisión de un juez no es racional, irrespetando los derechos fundamentales que en este trabajo investigativo intentamos proteger constitucionalmente.

Haciendo una revisión de algunos antecedentes históricos en el tiempo sobre el principio de proporcionalidad en el derecho, tenemos que en el siglo XVIII, se desarrollaba el pensamiento jurídico relacionado con la proporcionalidad. En otras ramas como la filosofía y matemáticas no era una sorpresa este tema puesto que ha sido desarrollado; en la filosofía se trata la proporción del ser y del no ser; mientras que en las matemáticas sobre los números pares e impares. El filósofo griego Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, define la proporcionalidad distinguiéndola entre justicia distributiva y conmutativa, además, coincidía en el criterio de su maestro Platón, sobre lo fundamental de que las funciones sociales estén debidamente establecidas y de que su desempeño sea el más idóneo y correctamente realizado, de tal forma que lo justo es dar a cada quien lo que le corresponde por mandato de ley (Chávez, 2010, pág. 20).

De acuerdo con el criterio de Aristóteles, existen dos tipos de justicia, los cuales son la conmutativa y la distributiva. La primera o principio de reciprocidad se refiere en dar una contraprestación a otro por lo que se ha recibido a cambio de una proporcional prestación. La segunda, en cambio se refiere a la solidaridad con los más vulnerables de una sociedad, para lo cual se buscará la redistribución de cargas y beneficios que vayan acorde a sus necesidades para terminar con esa desigualdad histórica.

Una vez analizado brevemente el término proporcionalidad en la antigüedad, a continuación, pasaremos a la era moderna, en donde dicho término combina algunos elementos propios de la justicia del caso al que se refiera y determina el impacto que ejerce sobre la ciudadanía tiene la intervención por parte del Estado, analizando la lógica en su ejercicio de poder. Todo esto, con la finalidad de legitimar la acción estatal, por medio de mecanismos que legalmente se utilicen,

para determinar si existe exceso o proporcionalidad y que el ciudadano no se convierta en un objeto producto de las intervenciones del Estado. En Europa este principio se aplica a raíz de la Segunda Guerra Mundial, mientras que Alemania es el país que más ha aplicado la proporcionalidad, debido a la labor de su Tribunal Constitucional, que se encarga de controlar y regular los actos de los poderes públicos que afecten los derechos humanos (Chávez, 2010, págs. 25-26).

Sobre el criterio del autor, es necesario resaltar las palabras de Miguel Carbonelli, quien afirma:

“De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos” (Carbonello, s.f., pág. 10).

Además de las palabras tan acertadas de Carbonelli, para complementar lo dicho, citamos el criterio del autor Carlos Bernal, quien habla sobre el vínculo del principio de proporcionalidad con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, el autor dice:

“Además, la fundamentación más sólida del principio de proporcionalidad es aquella según la cual, debe considerarse como un concepto implicado por el carácter jurídico de los derechos fundamentales con la idea de justicia, con el principio del Estado de Derecho y con el principio de interdicción de arbitrariedad” (Bernal, 2007).

Debido a que es un trabajo complejo el determinar a priori o de forma abstracta el fondo de un derecho fundamental, es en ese momento en donde entra en funcionamiento el principio de proporcionalidad, para aplicar el criterio metodológico que racionalice y establezca algunas opciones para resolver el conflicto que se está analizando en la materia de derecho que corresponda.

A continuación, nos referiremos al control de la potestad disciplinaria, puesto que el principio de proporcionalidad guarda una relación obligada contra la infracción realizada y la sanción que deba aplicarse, esta facultad debe procurar un balance sobre los hechos ocurridos, para conseguir la proporcionalidad sobre los fundamentos considerados como infracción y la responsabilidad del caso. En materia constitucional, este principio se lo aplica para resolver aquellos conflictos relacionados con los derechos humanos y entre principios constitucionales. Con base a lo dicho, este principio actúa en las ramas del derecho penal, civil, administrativo, tributario, entre otras, por lo que supone que este principio racionalice las operaciones en las que se deba interpretar a la norma suprema (Chávez, 2010, pág. 32).

A manera de conclusión, sobre los tres principios analizados en este tema, analizamos la importancia de cada uno de ellos para la protección y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, desde la doctrina hasta el contenido mismo de la norma suprema. Supimos definir a cada uno de ellos, y destacar la importancia de su actuación en las distintas ramas del derecho, en especial en el Derecho Administrativo para cada uno de los conflictos que puedan llevarse a cabo. Es por esta razón, que destacamos la relevancia de estos principios para garantizar la protección de los derechos humanos.

Determinamos además, la relación estrecha de cada uno de estos principios con el problema que planteamos desde el comienzo de este trabajo investigativo, puesto que intentamos con este análisis, resaltar los principios constitucionales y su aplicación directa con las normas de acuerdo al orden jerárquico en nuestro ordenamiento jurídico, enfocándonos en que siempre debe prevalecer lo que disponga la Constitución sobre cualquier disposición contraria a la misma.

2.2 IMPACTO LEGAL QUE CONLLEVA EL EJERCICIO DEL PRINCIPIO PRO HOMINE DENTRO DEL CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO: PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA, APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO HOMINE, BENEFICIOS E IMPACTO SOCIAL

En el siguiente tema que abarcaremos para desarrollar la problemática de este trabajo investigativo nos enfocaremos en la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, empezando desde la aplicación del anterior marco normativo que estaba vigente, la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, hasta la promulgación del nuevo y vigente Código Orgánico Monetario y Financiero que abarca todas las atribuciones y funciones del sector financiero popular y solidario. Todo esto, con el fin de analizar las sanciones administrativas impuestas antes de la promulgación del Código, así como las que serán interpuestas a partir de su posterior expedición.

Otra parte importante sobre el desarrollo de esta temática, es analizar si se han respetado, protegido y garantizado, o en su defecto si se identifican violaciones de los principios constitucionales al momento de emitir las resoluciones administrativas sancionatorias mediante el uso de la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, con el objetivo de poder sustentar el presente trabajo investigativo, con el fin de proponer un proyecto de reforma al artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero. Dicho marco normativo es el instrumento jurídico que regula, controla y supervisa las actividades que desarrolla el sector financiero popular y solidario.

La Superintendencia de Economía Popular y Solidaria inició su gestión el 5 de junio de 2012, día en que Hugo Jácome, Superintendente de Economía Popular y Solidaria asumió las funciones ante el pleno de la Asamblea Nacional. Este organismo de control empezó a funcionar desde noviembre del año 2012, fecha en la cual se empezaron a receptar los requerimientos de los usuarios.

Desde que la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria entró en funcionamiento, se elaboraron cuatro pasos que las personas naturales y jurídicas supervisadas y controladas, debieron seguir, a fin de poder registrarse ante esta nueva institución del Estado. El primer paso, conocido como el 'Registro', fue el paso en el que se trasladó a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, toda la información contenida por parte de las instituciones estatales que supervisaban y controlaban anteriormente a todas las organizaciones y entidades de la economía popular y solidaria, como lo eran la Superintendencia de Bancos y Seguros, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, así como también la ex Dirección Nacional de Cooperativas; el segundo paso fue quizás el más importante de todos, la 'Adecuación de Estatutos', debido a que todas las organizaciones y entidades debieron adecuarlos dentro del plazo de tiempo establecido; el tercer paso es el 'Registro de Directivas', con el objetivo de que consten en los registros del organismo de control; y por último, la 'Entrega de Resoluciones y Certificados de Funcionamiento', para que las organizaciones y entidades puedan ejercer sus actividades apegados a lo que dispone la ley.

El marco normativo que rigió desde que dicho organismo de control entrara en funcionamiento fue la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, de 28 de abril de 2011, publicada en el Registro Oficial 444 de 10 de mayo de 2011. Este marco normativo rigió tanto para el sector real como para el financiero popular y solidario, por lo que a partir de su publicación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 283 de la Constitución Política del Ecuador, que dispone:

“El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la

Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios” (Constitución Política del Ecuador, 2008).

Como podemos ver en el artículo citado, se desprende que para el Estado ecuatoriano es una parte importante desarrollar la economía popular y solidaria a lo largo del territorio, preponderando al ser humano por sobre el capital en esta actividad económica.

Parte fundamental sobre la labor de control y supervisión que realiza la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, es su potestad sancionadora administrativa. Para esto, acotamos lo establecido en la ley, que dice:

“Art. 178.- Responsabilidad.- Los directores, gerentes, administradores, interventores, liquidadores, auditores, funcionarios, empleados de las organizaciones, que contravengan las disposiciones de las leyes, reglamentos o regulaciones o que, intencionalmente, por sus actos u omisiones, causen perjuicios a la entidad o a terceros, incurrirán en responsabilidad administrativa, civil o penal por los daños y perjuicios que hubiese ocasionado” (Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, 2012).

Sobre lo acotado, podemos ver que si alguna de las personas supervisadas bajo el control del organismo de control, no observa las disposiciones emanadas por la ley, estará sujeta a sanciones administrativas, bajo prevenciones legales.

Continuando con el análisis de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, resaltamos las prohibiciones para las personas y organizaciones sujetas a esta ley, contenidas en el artículo 168 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, las cuales son de obligatorio cumplimiento, caso contrario se impondrán las sanciones administrativas correspondientes.

Una vez citada la base legal que componen los elementos necesarios para poder aplicar la potestad sancionadora administrativa, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en aplicación del inciso segundo del artículo 146, señala que este organismo de control tendrá la facultad de expedir normas de carácter general, en las materias que tenga competencia, sin que estas vulneren lo que emane la ley. El mencionado organismo de control, en uso de sus atribuciones legales, expidió la Resolución para Aplicación de Sanciones por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, No. SEPS-IEN-2013-029, de 8 de mayo de 2013, que contiene el procedimiento para aplicación de sanciones administrativas para las personas naturales y jurídicas que inobserven las disposiciones encontradas en la ley. Este marco normativo sirvió como fundamento legal para aplicar sanciones sobre las infracciones cometidas hasta antes de la fecha de promulgación del Código Orgánico Monetario y Financiero, que entró en vigencia desde el 5 de septiembre de 2014.

Gracias a la información suministrada por parte de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, se ha podido recabar en cifras las sanciones aplicadas en los años 2013, 2014, hasta el mes de junio de 2015, aplicando la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, y posteriormente el Código Orgánico Monetario y Financiero. Tiempo en el cual se han resuelto 1462 sanciones que han sido notificadas a las personas y organizaciones que han inobservado las disposiciones legales, aplicando la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria. De la información recabada se desprende que durante ese tiempo, 1440 sanciones han sido notificadas a los afectados, mientras que las 22 restantes no tienen fecha de notificación. Por otra parte, no se identifica hasta la fecha que se haya sancionado a personas naturales y/o jurídicas aplicando el Código Orgánico Monetario y Financiero, puesto que los hechos suscitados e identificados fueron con anterioridad a la publicación del mencionado Código, por lo que el marco normativo aplicable fue la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria. Sobre las sanciones aplicadas, se fundamentaron en los artículos 7 y 10 de la Resolución para la Aplicación de Sanciones por la Superintendencia

de Economía Popular y Solidaria, expedido mediante Resolución No. SEPS-IEN-2013-029, de 8 de mayo de 2013, que dicen:

“Artículo 7.- SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES.- Las organizaciones controladas que incumplan con las obligaciones detalladas a continuación, serán sancionadas con las multas previstas en el siguiente cuadro (...)” (Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, 2013).

En el artículo precedente se detallan los tipos de obligaciones que tienen las organizaciones y entidades bajo el control de la Superintendencia, tales como: ejercer las actividades detalladas en el objeto social de los estatutos sociales adecuados a las disposiciones del organismo de control; mantener el fondo o capital social mínimo autorizado; cumplir con el procedimiento relacionado con la liquidación y disolución de la organización o entidad y para el caso de cooperativas el correcto destino del Fondo Irrepartible de Reserva Legal; convocar a Asamblea General de forma correcta; respetar el ejercicio de los cargos directivos; llevar registros de todos los integrantes de la organización o entidad; llevar contabilidad actualizada, caso contrario, se aplicarán las sanciones establecidas tanto para el sector real como para el sector financiero, que van desde 1 hasta 80 salarios básicos unificados, dependiendo del tipo de obligación y segmento al que corresponda cada organización o entidad.

Además de lo dispuesto en el artículo 7 previamente citado, el artículo 10 de la resolución ibídem dispone que:

“Artículo 10.- INFRACCIONES EN EL SECTOR FINANCIERO POPULAR Y SOLIDARIO.- Las organizaciones y personas sujetas a la LOEPS que pertenezcan al Sector Financiero Popular y Solidario, controladas por esta Superintendencia, que incurran en las infracciones descritas a continuación, serán sancionadas de conformidad a lo previsto en el siguiente cuadro (...)” (Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, 2013).

En este artículo se enuncian los tipos de infracciones sujetas a sanciones administrativas, tales como: ejercer actividades no autorizadas previamente por la Superintendencia; no entregar información sobre la situación económica y de gestión; incumplimiento de las normas de solvencia y prudencia financiera; reestructuración de créditos; incumplimiento con los aportes al Fondo de Liquidez y Seguro de Depósitos del Sector Financiero Popular y Solidario; ocultar, alterar fraudulentamente o suprimir cualquier informe de operación o información que tenga que conocer la Superintendencia y el público; obstaculizar la supervisión, intervención y control de la Superintendencia o a sus representantes; y, los liquidadores, interventores, gerentes y demás administradores que no presenten informes, serán sancionados de 1 hasta 80 salarios básicos unificados, dependiendo el segmento en que se encuentren las entidades del sector financiero popular y solidario y los organismos de integración.

Además de los artículos citados, también se ha sancionado aplicando las infracciones administrativas señaladas en el contenido del artículo 170 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, las cuales están detalladas claramente, indicando los tipos de conductas que están sujetas a sanciones administrativas, tales como ejercer actividades no autorizadas; no entregar información solicitada por el organismo de control; o incumplir las normas de prudencia financiera, entre otras.

En virtud de lo que establece la ley, a más de lo que dispone el reglamento específico, se determinan más infracciones que serán sujetas a sanciones administrativas.

Este fue el marco normativo aplicable hasta antes de la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero, puesto que a partir de su publicación en el Registro Civil, el marco normativo aplicable para aplicar la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia, comprenderán los artículos 255, 261, 262, 264 y 265 del mencionado Código, y la Norma para la Imposición de Sanciones

en el Sector Financiero Popular y Solidario, expedida mediante Resolución No. SEPS-IGT-IFPS-IR-IEN-2015-016, de 11 de marzo de 2015.

No habiéndose sancionado hasta la fecha con el nuevo Código Orgánico Monetario y Financiero, no podemos cuantificar las sanciones que haya interpuesto la Superintendencia, en aplicación del artículo 265 del mencionado cuerpo normativo, el cual es el artículo que contiene la problemática que planteamos en esta tesis. Por una parte, es importante destacar que hemos identificado el problema antes de que se vulneren los derechos fundamentales de las personas naturales en aplicación de lo dispuesto en el artículo mencionado, puesto que por las razones detalladas a lo largo del presente trabajo investigativo, hemos sido enfáticos en destacar la importancia en respetar y garantizar del principio pro homine en la potestad sancionadora administrativa, debido a que es un principio constitucional que debe estar incluido en leyes de menor jerarquía que no contradigan la norma suprema, puesto que esto sería inconstitucional.

Para comprender de mejor manera cuáles son las infracciones detalladas en el Código Orgánico Monetario y Financiero, en los contenidos de los artículos 261, 262, 263 y 264, se detallan los tipos de infracciones muy graves, graves y las leves, de acuerdo con lo señalado en la norma.

Por último, una vez que hemos identificado cuáles son las infracciones, tenemos que tomar en cuenta cómo la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria sanciona administrativamente. Para esto, acotamos lo señalado en el siguiente artículo del Código, que establece:

“Art. 264.- Sanciones administrativas. Se establecen las siguientes sanciones:

1. Por infracciones muy graves, una multa de hasta 0,01 % de los activos de la entidad infractora, la remoción de los administradores y/o la revocatoria de la o las autorizaciones;

2. Por infracciones graves, multas de hasta 0,005 % de los activos de la entidad infractora, la suspensión de los administradores hasta por noventa días y/o amonestación; y,

3. Por infracciones leves, multas de hasta 0,001 % de los activos de la entidad infractora. En ningún caso una sanción pecuniaria para una entidad financiera infractora pública, privada o popular y solidaria, perteneciente al segmento 1, podrá ser inferior a treinta salarios básicos unificados.

Respecto de las otras entidades financieras populares y solidarias, la sanción pecuniaria no podrá ser inferior a un salario básico unificado.

El importe de la multas será consignado en la Cuenta Única del Tesoro Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 de este Código” (Asamblea Nacional Constituyente, 2014).

Una vez que hemos entendido el marco normativo aplicable luego de la publicación del Código Orgánico Monetario y Financiero, es necesario recordar la razón fundamental por la cual desarrollamos la presente tesis, debido a que el artículo 265 del Código ibídem establece lo siguiente:

“Art. 265.- Gradación y criterios. Las sanciones se graduarán en atención a la gravedad de la falta, perjuicios causados a terceros, negligencia, intencionalidad, reincidencia o cualquier otra circunstancia agravante o atenuante.

En el caso de las infracciones muy graves y graves, las superintendencias, dependiendo de los criterios señalados en el párrafo precedente, además de la sanción pecuniaria, podrán imponer las demás sanciones determinadas para cada tipo de infracción.

Si un mismo hecho fuere constitutivo de dos o más infracciones administrativas, se tomará en consideración la más grave. Si las dos infracciones son igualmente graves, se tomará en consideración la que conlleve una sanción de mayor valor pecuniario.

Las sanciones pecuniarias en firme causarán los intereses correspondientes” (Asamblea Nacional Constituyente, 2014).

Si prestamos atención a lo dispuesto en el tercer inciso del mencionado artículo, nos podremos dar cuenta que lo descrito infringe tácitamente la aplicación del principio pro homine, en razón de que permite a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria sancionar administrativamente imponiendo la sanción más grave si un mismo hecho constituye dos o más infracciones; o si dos infracciones que son iguales, se considerará aquella con el mayor valor pecuniario. Esto constituye una violación a los derechos fundamentales consagrados en la norma suprema puesto que no favorece en nada al afectado, constituyéndose en una norma inconstitucional.

En consecuencia, pudimos comprender el marco normativo aplicable para la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, así también las sanciones administrativas que se aplicaron en los períodos 2013, 2014 y 2015. Por otra parte, no tenemos indicios de sanciones administrativas aplicadas con el Código Orgánico Monetario y Financiero, lo que nos impide realizar un análisis sobre las sanciones administrativas, a fin de determinar si existe o no vulneraciones de derechos fundamentales, como el principio pro homine, así también la proporcionalidad de las mismas, pero esto no representa un impedimento para proponer una reforma al artículo 265 del Código, puesto que con las razones desarrolladas en esta tesis, se puede prevenir que existan sanciones administrativas que infrinjan la Constitución. Además, con la reforma que estamos proponiendo, se puede prevenir que el accionar de la Superintendencia sea incorrecto al aplicar con su potestad sancionadora administrativa un artículo que claramente restringe derechos fundamentales.

En el siguiente tema que abarcaremos para desarrollar la problemática de este trabajo investigativo nos enfocaremos en la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, empezando desde la aplicación del anterior marco normativo que estaba vigente, la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, hasta la promulgación del nuevo y vigente Código Orgánico Monetario y Financiero que abarca todas las atribuciones y funciones del sector

financiero popular y solidario. Todo esto, con el fin de analizar las sanciones administrativas impuestas antes de la promulgación del Código, así como las que serán interpuestas a partir de su posterior expedición.

Otra parte importante sobre el desarrollo de esta temática, es analizar si se han respetado, protegido y garantizado, o en su defecto si se identifican violaciones de los principios constitucionales al momento de emitir las resoluciones administrativas sancionatorias mediante el uso de la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, con el objetivo de poder sustentar el presente trabajo investigativo, con el fin de proponer un proyecto de reforma al artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero. Dicho marco normativo es el instrumento jurídico que regula, controla y supervisa las actividades que desarrolla el sector financiero popular y solidario.

La Superintendencia de Economía Popular y Solidaria inició su gestión el 5 de junio de 2012, día en que Hugo Jácome, Superintendente de Economía Popular y Solidaria asumió las funciones ante el pleno de la Asamblea Nacional. Este organismo de control empezó a funcionar desde noviembre del año 2012, fecha en la cual se empezaron a receptor los requerimientos de los usuarios.

Desde que la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria entró en funcionamiento, se elaboraron cuatro pasos que las personas naturales y jurídicas supervisadas y controladas, debieron seguir, a fin de poder registrarse ante esta nueva institución del Estado. El primer paso, conocido como el 'Registro', fue el paso en el que se trasladó a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, toda la información contenida por parte de las instituciones estatales que supervisaban y controlaban anteriormente a todas las organizaciones y entidades de la economía popular y solidaria, como lo eran la Superintendencia de Bancos y Seguros, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, así como también la ex Dirección Nacional de Cooperativas; el segundo paso fue quizás el más importante de todos, la 'Adecuación de Estatutos', debido a que todas las organizaciones y entidades debieron adecuarlos dentro del plazo

de tiempo establecido; el tercer paso es el 'Registro de Directivas', con el objetivo de que consten en los registros del organismo de control; y por último, la 'Entrega de Resoluciones y Certificados de Funcionamiento', para que las organizaciones y entidades puedan ejercer sus actividades apegados a lo que dispone la ley.

El marco normativo que rigió desde que dicho organismo de control entrara en funcionamiento fue la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, de 28 de abril de 2011, publicada en el Registro Oficial 444 de 10 de mayo de 2011. Este marco normativo rigió tanto para el sector real como para el financiero popular y solidario, por lo que a partir de su publicación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 283 de la Constitución Política del Ecuador, que dispone:

“El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios” (Constitución Política del Ecuador, 2008).

Como podemos ver en el artículo citado, se desprende que para el Estado ecuatoriano es una parte importante desarrollar la economía popular y solidaria a lo largo del territorio, preponderando al ser humano por sobre el capital en esta actividad económica.

Parte fundamental sobre la labor de control y supervisión que realiza la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, es su potestad sancionadora administrativa. Para esto, acotamos lo establecido en la ley, que dice:

“Art. 178.- Responsabilidad.- Los directores, gerentes, administradores, interventores, liquidadores, auditores, funcionarios, empleados de las organizaciones, que contravengan las disposiciones de las leyes, reglamentos o regulaciones o que, intencionalmente, por sus actos u omisiones, causen perjuicios a la entidad o a terceros, incurrirán en responsabilidad administrativa, civil o penal por los daños y perjuicios que hubiese ocasionado” (Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, 2012).

Sobre lo acotado, podemos ver que si alguna de las personas supervisadas bajo el control del organismo de control, no observa las disposiciones emanadas por la ley, estará sujeta a sanciones administrativas, bajo prevenciones legales.

Continuando con el análisis de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, resaltamos las prohibiciones para las personas y organizaciones sujetas a esta ley, contenidas en el artículo 168 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, las cuales son de obligatorio cumplimiento, caso contrario se impondrán las sanciones administrativas correspondientes.

Una vez citada la base legal que componen los elementos necesarios para poder aplicar la potestad sancionadora administrativa, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en aplicación del inciso segundo del artículo 146, señala que este organismo de control tendrá la facultad de expedir normas de carácter general, en las materias que tenga competencia, sin que estas vulneren lo que emane la ley. El mencionado organismo de control, en uso de sus atribuciones legales, expidió la Resolución para Aplicación de Sanciones por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, No. SEPS-IEN-2013-029, de 8 de mayo de 2013, que contiene el procedimiento para aplicación de sanciones administrativas para las personas naturales y jurídicas que inobserven las disposiciones encontradas en la ley. Este marco normativo sirvió como fundamento legal para aplicar sanciones sobre las infracciones cometidas hasta antes de la fecha de promulgación del Código Orgánico Monetario y Financiero, que entró en vigencia desde el 5 de septiembre de 2014.

Gracias a la información suministrada por parte de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, se ha podido recabar en cifras las sanciones aplicadas en los años 2013, 2014, hasta el mes de junio de 2015, aplicando la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, y posteriormente el Código Orgánico Monetario y Financiero. Tiempo en el cual se han resuelto 1462 sanciones que han sido notificadas a las personas y organizaciones que han inobservado las disposiciones legales, aplicando la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria. De la información recabada se desprende que durante ese tiempo, 1440 sanciones han sido notificadas a los afectados, mientras que las 22 restantes no tienen fecha de notificación. Por otra parte, no se identifica hasta la fecha que se haya sancionado a personas naturales y/o jurídicas aplicando el Código Orgánico Monetario y Financiero, puesto que los hechos suscitados e identificados fueron con anterioridad a la publicación del mencionado Código, por lo que el marco normativo aplicable fue la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria. Sobre las sanciones aplicadas, se fundamentaron en los artículos 7 y 10 de la Resolución para la Aplicación de Sanciones por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, expedido mediante Resolución No. SEPS-IEN-2013-029, de 8 de mayo de 2013, que dicen:

“Artículo 7.- SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES.- Las organizaciones controladas que incumplan con las obligaciones detalladas a continuación, serán sancionadas con las multas previstas en el siguiente cuadro (...)” (Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, 2013).

En el artículo precedente se detallan los tipos de obligaciones que tienen las organizaciones y entidades bajo el control de la Superintendencia, tales como: ejercer las actividades detalladas en el objeto social de los estatutos sociales adecuados a las disposiciones del organismo de control; mantener el fondo o capital social mínimo autorizado; cumplir con el procedimiento relacionado con la liquidación y disolución de la organización o entidad y para el caso de cooperativas el correcto destino del Fondo Irrepartible de Reserva Legal; convocar a Asamblea General de forma correcta; respetar el ejercicio de los

cargos directivos; llevar registros de todos los integrantes de la organización o entidad; llevar contabilidad actualizada, caso contrario, se aplicarán las sanciones establecidas tanto para el sector real como para el sector financiero, que van desde 1 hasta 80 salarios básicos unificados, dependiendo del tipo de obligación y segmento al que corresponda cada organización o entidad.

Además de lo dispuesto en el artículo 7 previamente citado, el artículo 10 de la resolución ibídem dispone que:

“Artículo 10.- INFRACCIONES EN EL SECTOR FINANCIERO POPULAR Y SOLIDARIO.- Las organizaciones y personas sujetas a la LOEPS que pertenezcan al Sector Financiero Popular y Solidario, controladas por esta Superintendencia, que incurran en las infracciones descritas a continuación, serán sancionadas de conformidad a lo previsto en el siguiente cuadro (...)” (Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, 2013).

En este artículo se enuncian los tipos de infracciones sujetas a sanciones administrativas, tales como: ejercer actividades no autorizadas previamente por la Superintendencia; no entregar información sobre la situación económica y de gestión; incumplimiento de las normas de solvencia y prudencia financiera; reestructuración de créditos; incumplimiento con los aportes al Fondo de Liquidez y Seguro de Depósitos del Sector Financiero Popular y Solidario; ocultar, alterar fraudulentamente o suprimir cualquier informe de operación o información que tenga que conocer la Superintendencia y el público; obstaculizar la supervisión, intervención y control de la Superintendencia o a sus representantes; y, los liquidadores, interventores, gerentes y demás administradores que no presenten informes, serán sancionados de 1 hasta 80 salarios básicos unificados, dependiendo el segmento en que se encuentren las entidades del sector financiero popular y solidario y los organismos de integración.

Además de los artículos citados, también se ha sancionado aplicando las infracciones administrativas señaladas en el contenido del artículo 170 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, las cuales están detalladas claramente, indicando los tipos de conductas que están sujetas a sanciones administrativas, tales como ejercer actividades no autorizadas; no entregar información solicitada por el organismo de control; o incumplir las normas de prudencia financiera, entre otras.

En virtud de lo que establece la ley, a más de lo que dispone el reglamento específico, se determinan más infracciones que serán sujetas a sanciones administrativas.

Este fue el marco normativo aplicable hasta antes de la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero, puesto que a partir de su publicación en el Registro Civil, el marco normativo aplicable para aplicar la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia, comprenderán los artículos 255, 261, 262, 264 y 265 del mencionado Código, y la Norma para la Imposición de Sanciones en el Sector Financiero Popular y Solidario, expedida mediante Resolución No. SEPS-IGT-IFPS-IR-IEN-2015-016, de 11 de marzo de 2015.

No habiéndose sancionado hasta la fecha con el nuevo Código Orgánico Monetario y Financiero, no podemos cuantificar las sanciones que haya interpuesto la Superintendencia, en aplicación del artículo 265 del mencionado cuerpo normativo, el cual es el artículo que contiene la problemática que planteamos en esta tesis. Por una parte, es importante destacar que hemos identificado el problema antes de que se vulneren los derechos fundamentales de las personas naturales en aplicación de lo dispuesto en el artículo mencionado, puesto que por las razones detalladas a lo largo del presente trabajo investigativo, hemos sido enfáticos en destacar la importancia en respetar y garantizar del principio pro homine en la potestad sancionadora administrativa, debido a que es un principio constitucional que debe estar incluido en leyes de menor jerarquía que no contradigan la norma suprema, puesto que esto sería inconstitucional.

Para comprender de mejor manera cuáles son las infracciones detalladas en el Código Orgánico Monetario y Financiero, en los contenidos de los artículos 261, 262, 263 y 264, se detallan los tipos de infracciones muy graves, graves y las leves, de acuerdo con lo señalado en la norma.

Por último, una vez que hemos identificado cuáles son las infracciones, tenemos que tomar en cuenta cómo la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria sanciona administrativamente. Para esto, acotamos lo señalado en el siguiente artículo del Código, que establece:

“Art. 264.- Sanciones administrativas. Se establecen las siguientes sanciones:

1. Por infracciones muy graves, una multa de hasta 0,01 % de los activos de la entidad infractora, la remoción de los administradores y/o la revocatoria de la o las autorizaciones;
2. Por infracciones graves, multas de hasta 0,005 % de los activos de la entidad infractora, la suspensión de los administradores hasta por noventa días y/o amonestación; y,
3. Por infracciones leves, multas de hasta 0,001 % de los activos de la entidad infractora. En ningún caso una sanción pecuniaria para una entidad financiera infractora pública, privada o popular y solidaria, perteneciente al segmento 1, podrá ser inferior a treinta salarios básicos unificados.

Respecto de las otras entidades financieras populares y solidarias, la sanción pecuniaria no podrá ser inferior a un salario básico unificado.

El importe de la multas será consignado en la Cuenta Única del Tesoro Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 de este Código” (Asamblea Nacional Constituyente, 2014).

Una vez que hemos entendido el marco normativo aplicable luego de la publicación del Código Orgánico Monetario y Financiero, es necesario recordar la razón fundamental por la cual desarrollamos la presente tesis, debido a que el artículo 265 del Código *ibídem* establece lo siguiente:

“Art. 265.- Gradación y criterios. Las sanciones se graduarán en atención a la gravedad de la falta, perjuicios causados a terceros, negligencia, intencionalidad, reincidencia o cualquier otra circunstancia agravante o atenuante.

En el caso de las infracciones muy graves y graves, las superintendencias, dependiendo de los criterios señalados en el párrafo precedente, además de la sanción pecuniaria, podrán imponer las demás sanciones determinadas para cada tipo de infracción.

Si un mismo hecho fuere constitutivo de dos o más infracciones administrativas, se tomará en consideración la más grave. Si las dos infracciones son igualmente graves, se tomará en consideración la que conlleve una sanción de mayor valor pecuniario.

Las sanciones pecuniarias en firme causarán los intereses correspondientes” (Asamblea Nacional Constituyente, 2014).

Si prestamos atención a lo dispuesto en el tercer inciso del mencionado artículo, nos podremos dar cuenta que lo descrito infringe tácitamente la aplicación del principio pro homine, en razón de que permite a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria sancionar administrativamente imponiendo la sanción más grave si un mismo hecho constituye dos o más infracciones; o si dos infracciones que son iguales, se considerará aquella con el mayor valor pecuniario. Esto constituye una violación a los derechos fundamentales consagrados en la norma suprema puesto que no favorece en nada al afectado, constituyéndose en una norma inconstitucional.

En consecuencia, pudimos comprender el marco normativo aplicable para la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, así también las sanciones administrativas que se aplicaron en los períodos 2013, 2014 y 2015. Por otra parte, no tenemos indicios de sanciones administrativas aplicadas con el Código Orgánico Monetario y Financiero, lo que nos impide realizar un análisis sobre las sanciones administrativas, a fin de determinar si existe o no vulneraciones de derechos fundamentales, como el principio pro homine, así también la

proporcionalidad de las mismas, pero esto no representa un impedimento para proponer una reforma al artículo 265 del Código, puesto que con las razones desarrolladas en esta tesis, se puede prevenir que existan sanciones administrativas que infrinjan la Constitución. Además, con la reforma que estamos proponiendo, se puede prevenir que el accionar de la Superintendencia sea incorrecto al aplicar con su potestad sancionadora administrativa un artículo que claramente restringe derechos fundamentales.

3 ANÁLISIS JURÍDICO ENTRE LAS LEGISLACIONES CHILENA, ARGENTINA Y ECUATORIANA

3.1 LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA EN EL DERECHO CHILENO, EN RELACIÓN A SU POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA

3.1.1 Doctrina en el derecho chileno

Empezamos el presente análisis jurídico sobre la potestad sancionadora administrativa en Chile, partiendo desde el hecho de que al hablar hoy en día sobre la Administración Pública, aquella tiene atribuida la potestad sancionadora. Tomando como fundamento para esta afirmación, tenemos lo escrito en el libro Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, del autor Santiago Prado, quien se refiere a esta potestad sancionadora administrativa, señalando que dicha atribución empezaba de una forma excepcional, por lo que debía estar previamente incluido en la ley; y luego, en su ejercicio, las sanciones que por su facultad podía imponer debían estar limitadas, puesto que debían sobrepasar la “simple corrección o por vía de disciplina” (Prado, 1859, pág. 24).

Estos criterios también fueron adoptados para el Código Penal de 1875, donde se establecía que la Administración también podía imponer sanciones que no debían sobrepasar las señaladas en su Libro III, con la excepción si una ley mande lo contrario (Ministerio de Justicia, 1874); además, incluidos en la doctrina en una buena parte del siglo XX.

En las últimas décadas se ha presenciado un crecimiento en la cantidad de órganos administrativos que les han sido asignadas la potestad sancionadora administrativa mediante ley, de la misma forma la lesividad de las sanciones que puedan imponer en su ejercicio, a este comportamiento se lo denomina “elefantiasis de las potestades sancionadoras de la Administración” (Román, 2007, pág. 24).

Este comportamiento ha sido criticado por un destacado sector doctrinario, Iván Aróstica Maldonado (Aróstica, 1987) afirma que esto constituye una irrupción desproporcionada de la Administración; además, que dichas potestades contravienen a la Constitución, tal como lo sostiene Aróstica Maldonado y Soto Kloss (1979-80), quienes coinciden en el criterio de Jorge Huneeus (1880), quien determina que sancionar es juzgar y quien puede juzgar, conforme a la norma suprema, sólo puede hacerlo el juez y no el administrador (Huneeus, 1880, págs. 244-245).

En relación a los criterios de los profesores citados en líneas anteriores, exponemos nuestra propia crítica al respecto, en tanto que nos encontramos en una sociedad enrumbada por el camino de la globalización, en una época posmoderna, en la que encontramos distintos actores (que representan a la Administración) que por su acción u omisión originan riesgos en sus respectivos ámbitos de especialización, que pueden resultar en perjuicios o daños para las personas u objetos materiales con su actuación. Lo dicho exige una nueva definición del Estado de Derecho (Esteve), así también sobre los fines del Derecho Público, puesto que para atender esta nueva definición, no solo le debe corresponder el fin y objeto de conformación de imperativos a esa rama del Derecho, sino también hacia los particulares que poseen poderes en la sociedad (Esteve, 2002, págs. 21-22). De tal manera que el Estado tiene la obligación de actuar a fin de evitar que tales riesgos produzcan daños a terceros, normando ese sector usando la técnica de la autorregulación (Darnaculleta, 2004, pág. 1248). Finalmente, sancionando la infracción de la norma (Carretero & Carretero, Derecho Administrativo Sancionador, 1992, pág. 15), que debido a la especialización de esos sectores, no pudiera ser sancionado por los tribunales ordinarios de justicia.

3.1.2 Legislación

A continuación, pasaremos a analizar el marco legal vigente en Chile que regula al sector cooperativo, para las actividades desarrolladas por estas entidades bajo

la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, está conformado por la Ley General de Cooperativas (DFL No. 5, publicado el 17 de febrero de 2004) y ciertas disposiciones de la Superintendencia de Bancos, además de las normas contenidas en el Capítulo III.C.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile. Finalmente, las cooperativas deberán cumplir las disposiciones de las leyes de la República, como la Ley No. 19.913, de 18 de diciembre de 2003, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

Esta Ley No. 19.913 dispone que “Las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades” (Ministerio de Hacienda, 2003), entre las cuales constan los bancos e instituciones financieras y quedan comprendidas de la misma manera las cooperativas de ahorro y crédito, por las características de sus funciones.

Conforme establece la Ley General de Cooperativas, en cuanto a su facultad de control y supervisión, esta indica:

“Artículo 87: Las cooperativas de ahorro y crédito cuyo patrimonio exceda las 400.000 unidades de fomento, quedarán sometidas a la fiscalización y control de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, respecto de las operaciones económicas que realicen en cumplimiento de su objeto (...)” (Ley General de Cooperativas, 2003).

De lo analizado en el artículo precedente, se desprende que dichas entidades quedan sometidas a la fiscalización y control de la Superintendencia de Bancos.

Volviendo con el análisis de la Ley No. 19.913, esta establece en su Título II, sobre las infracciones y sanciones administrativas, la misma que señala lo siguiente:

“Artículo 19.- Las personas naturales o jurídicas que no cumplan con las obligaciones o deberes contenidos en esta ley, serán sancionadas por el Director de la Unidad, tomando en especial y estricta consideración la capacidad económica del infractor como, asimismo, la gravedad y las consecuencias del hecho u omisión realizada, de acuerdo a las siguientes normas:

- a) Serán infracciones leves el no dar cumplimiento a las instrucciones impartidas por la Unidad de Análisis Financiero en virtud del artículo 2º, letra f), de esta ley;
- b) Serán infracciones menos graves las contravenciones a lo dispuesto en el artículo 5º; Ley 20818
- c) Será infracción grave el no dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en los artículos 2º, letra b), 3º y 41 de esta ley.

No se aplicará el procedimiento regulado en este Título a las infracciones del artículo 4º, las que serán sancionadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39” (Ministerio de Hacienda, 2003).

En el artículo precedente se determinan los tipos de infracciones, las cuales son: leves, menos graves y graves. Así también, en el artículo 20 de la ley ibídem, se establecen los montos de las infracciones que van desde amonestaciones o multas a beneficios fiscales, dependiendo de la gravedad de la infracción. Las infracciones que hubieren sido cometidas por las personas jurídicas, también podrán ser aplicadas a los directores o representantes legales (personas naturales) que hayan accedido con su voluntad para el cometimiento de la infracción previamente tipificada.

Una vez identificado los hechos constitutivos que configuran el tipo de infracción, el marco normativo chileno determina el procedimiento administrativo para la aplicación de sanciones administrativas, que se regirán por un número de reglas contenidas en lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley No. 19.913, que conllevarán a futuras resoluciones de sanciones administrativas. Dicha resolución deberá indicar los tipos de recursos administrativos y judiciales que puedan interponerse

contra ella de acuerdo con lo que disponga la ley, así también los órganos y los plazos ante los cuales se los deben presentar.

De lo analizado en el presente Título, que comprende las infracciones y sanciones administrativas, podemos comprender la forma en que se aplican las sanciones de acuerdo al tipo de infracción que esté previamente tipificada en el marco normativo vigente, además de los montos de cada infracción de acuerdo con la gravedad de la misma para las personas naturales o jurídicas a quienes recaerán las sanciones administrativas. No obstante, es necesario resaltar que a lo largo de este estudio y ejercicio jurídico no hemos evidenciado en el marco normativo chileno, violaciones sobre derechos fundamentales, tales como el irrespeto del principio pro homine sobre las infracciones administrativas que se pudieren aplicar bajo la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Bancos. Esta suposición la realizamos en comparación con lo previsto en la normativa ecuatoriana, dentro del contenido del artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero que manda: “Si un mismo hecho fuere constitutivo de dos o más infracciones administrativas, se tomará en consideración la más grave. Si las dos infracciones son igualmente graves, se tomará en consideración la que conlleve una sanción de mayor valor pecuniario” (Asamblea Nacional Constituyente, 2014), esta evidente violación de los principios pro homine y de proporcionalidad, no ha sido replicadas dentro del marco normativo chileno, lo que evidencia la disparidad entre ambos sistemas jurídicos y un retraso sobre la constitucionalidad de las leyes ecuatorianas sobre las chilenas, en materia de Derecho Administrativo.

Incluso dentro de la Ley General de Cooperativas, en su Título VIII, sobre las sanciones, detalladas en los artículos 56, 57, 58 y 59 señala en qué condiciones se establecerán sanciones administrativas por los hechos constitutivos que originaren infracciones administrativas, pero no se refiere en ninguno de estos artículos sobre la posibilidad de infringir derechos fundamentales, específicamente el principio pro homine.

3.2 LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA EN EL DERECHO ARGENTINO, EN RELACIÓN A SU POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA

3.2.1 Doctrina

La potestad sancionadora administrativa en Argentina, es uno de los temas jurídicos que presenta mayor confusión, lo que Copi denomina *Argumentum ad hominem* (circunstancial), que no es otra cosa que la relación que existe entre las creencias y las circunstancias que le rodean a una persona. Se evidencian algunas falacias, tales como la costumbre de generalizar apresuradamente, así también la petición de principios y elaborar preguntas complejas, tal como lo afirma José Grando (Grando, 2003).

Es necesario partir de estos criterios muy válidos del autor, puesto que son temas que no han sido muy desarrollados y tratados por los autores argentinos en el Derecho Administrativo Sancionador, puesto que se han adoptado otros modelos que no van acorde a la realidad de ese país.

Haciendo una síntesis histórica sobre las realidades de algunos países que han adoptado diversos mecanismos para resolver sus problemas relacionados con las sanciones (Nieto, Derecho administrativo sancionador, 1994), el autor señala los distintos casos:

- Tenemos el caso de la legislación francesa, en que la Administración tiene la facultad de reglamentar sobre materia sancionadora e imponer sanciones, siendo que la potestad sancionadora le compete a la autoridad administrativa, pese a que el legislador exige que esa potestad sea atribuida a órganos administrativos independientes que actúen de forma neutral. No obstante, dicha independencia es inexcusable para la titularidad de las facultades sancionadoras.
- Siguiendo con el análisis tenemos el caso de la legislación alemana, en la cual sus órganos administrativos desarrollaron una primera fase, en los

casos de infracciones no graves o de multas reducidas. En una segunda fase, si la sanción no es leve o si el sancionado decide acudir ante los tribunales, adquiere otro nombre o naturaleza, se lo conoce como recurso administrativo, y si este es desestimado, pasa a ser conocida por el Tribunal en un proceso penal simplificado.

- En España, en cambio los órganos administrativos poseen competencias sancionadoras plenas, pero pueden ser controladas por los Tribunales Contenciosos Administrativos, usando el recurso contencioso común, lo que resulta en la revisión del acto administrativo previo.

Continuando con el análisis doctrinario del presente tema, nos planteamos la interrogante por saber cuál sistema tienen en Argentina. Para absolverla (Grando), partamos desde una visión integral. Las normas jurídicas se encuentran distribuidas en diferentes estratos, no se encuentran en su mayoría yuxtapuestas (2003). En Argentina la norma suprema es la Constitución, que ocupa el estrato más alto, contiene la fuente principal y que impone a toda norma jurídica se legitime por su contenido justo e impide la legalidad de toda norma que se contraponga a los principios constitucionales. También se debe agregar el principio de competencia, el cual evita que normas de otro subsistema emita normas que no son propias del específicamente facultado para ello, implicando un deber de respeto recíproco entre dos normas. De esta manera, vemos una relación directa entre dos normas con ámbitos materiales coincidentes.

El inciso 12 del artículo 75 de la Constitución de Argentina, dispone que:

“Corresponde al Congreso: Dictar los códigos civil, comercial, penal, de minería, y del trabajo y la seguridad social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones (...)” (Constitución de la Nación Argentina, 2010).

Sobre esta decisión algunos autores sostienen han manifestado que:

“En la época que se sancionó la Constitución en 1853, se entendía que el Derecho contravencional era de competencia provincial y por eso, desde entonces hasta ahora han sido las Provincias y no la Nación la que legisló respecto de ellas” (Revidatti, 1984, pág. 273).

De la norma se desprende que toda norma es expedida por el Congreso Nacional no puede ser parte del Derecho Penal. Como es de conocimiento, una norma puede ser incorporada al sistema o en el administrativo, pero al no estar comprendida dentro del Código Penal u otras leyes, no formará parte del Derecho Penal.

En el ámbito del Derecho Administrativo, en cuanto a las garantías que poseen los infractores cuando éstos cometieren contravenciones a la ley, se encuentra tipificado en la letra f del artículo 1 de la Ley No. 19.549 (Ley de Procedimiento Administrativo Nacional) y en la Ley 3.460 de Procedimiento Administrativo de la provincia de Corrientes, en su artículo 98 dispone:

“Cuando el acto pudiese involucrar derechos subjetivos o legítimos de los particulares, ellos tendrán derecho al debido proceso adjetivo que comprende:

- a) El derecho a ser oído (...)
- b) Hacerse patrocinar y representar profesionalmente (...)
- c) Derecho a ofrecer y producir pruebas (...)
- d) Derecho al acceso al expediente (...)
- e) Derecho a una decisión fundada y que el acto de decisión haga expresa consideración a los principales argumentos (...)
- f) Derecho a la suspensión automática de los plazos cuando solicitada la vista del expediente no sea otorgada dentro del plazo de 48 hs. o cuando no se entregue en préstamo el mismo en el caso mencionado en el inc. d);
- g) A que se hagan las notificaciones en la forma determinada en esta ley;
- h) A interponer los recursos previstos por la ley” (Ley No. 3.460, 1978).

Así también, en el fallo Fernández Arias, la Corte Suprema declaró que el artículo 18 de la Constitución Nacional, establece la garantía y se reconoce el acceso a la justicia, en específico a una instancia judicial propiamente dicha. El incumplimiento a este mandato constitucional ocasionaría la privación de justicia. Esto claramente se lo puede ver en el considerando 20 del fallo enunciado, que indica: “Puede afirmarse, por tanto, que aun cuando el artículo 18 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, debe entenderse que sí impone una instancia judicial al menos” (Fallos 247-646, 1960).

Si pertenece al Derecho Penal o al Administrativo, esto no debería implicar, ni afectar al derecho de defensa, ni como consecuencia se desvinculará del poder judicial. Esto debido a que al menos todas las personas, por derecho, debemos acceder a la justicia, aplicando el debido proceso que es una garantía constitucional (Grando, 2003, pág. 2).

Es necesario resaltar que cualquiera que fuera la naturaleza jurídica de las faltas, en las que se deberán observar las normativas nacionales, que estas cumplan con el principio de razonabilidad, la cual se encuentra normada en el artículo 28 de la Constitución, que dispone: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio” (Artículo 28 de la Constitución de la Nación Argentina). Este artículo, acompañado de la opinión del autor Bidart Campos, señala que para la constitucionalidad de la ley falta un criterio de justicia, por lo que tanto las leyes, como los órganos de poder, en el efecto de contravenir ese contenido, esto resultará en un acto arbitrario o irrazonable. Principalmente, esta razonabilidad exige que el mecanismo escogido para llegar a un fin guarde proporción.

La razonabilidad o proporcionalidad es un principio general del derecho, que en el ámbito del derecho sancionador implica las siguientes situaciones (Castillo, 1995, pág. 30):

- Que en la norma se encuentren tipificados los hechos imputados como infracciones, tomando en cuenta un criterio restrictivo en orden a la interpretación del precepto sancionador.
- Que esté debidamente probado el hecho sancionado.
- Que se debe sopesar las razones del caso para poder conseguir la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Se considera al principio de proporcionalidad como una limitante para las actuaciones de los órganos que tengan competencia contravencional, puesto que es primordial que esté presente al momento de aplicar sanciones, y adecuar sanciones al hecho cometido. Para que se cumpla esto, es necesario que la proporcionalidad sea debidamente motivada, tal como lo establece la Procuración del Tesoro de la Nación, que indica que un requisito indispensable para la razonabilidad es “cuando un acto administrativo carece de argumentación razonable sobre los hechos que se le vinculan y se basa tan solo en la pura y simple voluntad del funcionario que lo dictó, es arbitrario y por ende ilegítimo” (Grando, 2003, pág. 3). Este criterio debe ser adscrito a la publicidad de los actos que impone el régimen del gobierno, debido a que no es suficiente a que un acto se conozca, sino las razones que lo motivan, que sirve para justificarlo.

Como es de conocimiento, el Derecho comprende normas jurídicas, las mismas que en su conjunto conforman un sistema jurídico. Esto quiere decir que las normas jurídicas (Santa María Pastor) deben aplicarse conjuntamente y de forma coherente, es decir en concordancia con las demás que integran el texto normativo y con las que tengan mayor jerarquía. Además, hemos podido apreciar que tanto el Derecho Administrativo como el Derecho Penal respetan el principio de legalidad como el de proporcionalidad, que se encuentran tipificados en la Constitución de la Nación Argentina en sus artículos 18, 19 y 28, por lo que la naturaleza de las contravenciones no modifica las disposiciones constitucionales. Otra situación que hemos identificado, es que de forma muy

neutral, una vez analizadas las diferentes posturas teóricas, el derecho contravencional debe respetar el principio de proporcionalidad, para esto los órganos administrativos como los judiciales deben motivar debidamente sus actos, porque solo de esta manera el afectado podrá defenderse correctamente, tal como lo dice Perelman:

“Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar de todo arbitrio. Únicamente en virtud de los motivos el que ha perdido un pleito sabe cómo y por qué... Y por encima de los litigantes, los motivos se dirigen a todos. Hacen comprender el sentido y los límites de las leyes nuevas y las maneras de combinarlas con las antiguas... Sin los motivos no podríamos tener las notas de jurisprudencia... El juicio motivado sustituye la escueta afirmación por un razonamiento y el simple ejercicio de autoridad por un ensayo de persuasión” (Perelman, 1979, pág. 202).

Por último, en vista de que el Derecho Penal como el Derecho Administrativo, forman parte del derecho punitivo estatal, deben aplicarse algunos principios del primero en el segundo, porque de ahí se han desarrollado.

3.2.2 Legislación

Para completar el análisis, es necesario revisar el marco normativo argentino que regula y controla al sector cooperativista. La Ley No. 20.337, publicada el 15 de mayo de 1973, consiste en una ley general que en su conjunto regula todas las normas para este sector de la economía popular y solidaria.

Este cuerpo normativo consiste en un instrumento completo que regula a este tipo de entidades y organizaciones, en la medida de lo posible y de manera aconsejable, que fue adecuado a las realidades del sector, por su naturaleza y características propias de las cooperativas. Esta ley se complementa con las resoluciones expedidas con posterioridad de la autoridad competente y las propias de los órganos locales competentes.

Entrando en el análisis de la ley en cuestión, nos remitiremos a lo dispuesto en la sección de sanciones a partir del artículo 101 en adelante de la Ley No. 20.337, el cual establece las infracciones, tales como el apercibimiento; sus respectivos montos fijados; qué sucede en caso de reincidencia de infracciones; el retiro de autorización para funcionar; detalla también consideraciones que deben tomarse en cuanto en el procedimiento administrativo sancionador; así también la forma como se graduarán las sanciones debido a la gravedad de la infracción, se analizará el antecedente judicial del afectado (Ley de Cooperativas, 1973).

De lo citado, se determinan los tipos de sanciones administrativas que puede aplicar el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social por la inobservancia de la ley por parte de las entidades y organizaciones bajo su control. Entre estas, se puede ver claramente establecidos los montos de las sanciones, así también que sucede en los casos de reincidencia, como el destino de los fondos que se recauden por concepto de sanciones administrativas, que luego serán destinados a un fondo que servirá para fomentar el cooperativismo.

Continuando con la revisión de los artículos subsiguientes, se rescata lo dispuesto en el artículo 103 de la ley ibídem que establece la posibilidad de que administrativamente puedan ser interpuestas todas las sanciones. En este mismo artículo se señalan los tipos de recursos administrativos que pueden interponerse y los plazos para presentarlo en la instancia correspondiente.

Una vez analizada la ley específica que controla y regula al sector cooperativista, debemos remitirnos a la ley superior que abarca una serie de principios que deben estar incluidos en toda ley de menor jerarquía, como es la Constitución de la Nación Argentina, que en su artículo 18 dispone lo siguiente:

“Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni

arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice” (Constitución de la Nación Argentina, 2010).

El artículo precedente garantiza el derecho de defensa en juicio de las personas y de los derechos, porque lo que intenta es proteger la libertad de las personas. La potestad sancionadora administrativa corresponde a la rama del Derecho Disciplinario, puesto que tiene características del ordenamiento represivo como en el Derecho Penal; en el Derecho Penal se sancionan delitos, mientras que en el Derecho Administrativo se sancionan faltas o infracciones.

Esto quiere decir, cuando se deban aplicar sanciones a las faltas o infracciones administrativas, sea por acción u omisión del actor, de un deber impuesto, son imputables por un agente administrativo. Los agentes administrativos deben adecuar sus actuaciones a los distintos ordenamientos legales en beneficio de un servicio administrativo. El cumplimiento de las disposiciones de la ley constituye la conducta normativa esperada, mientras que su incumplimiento configura la falta o infracción administrativa a la que se le impondrá una sanción a la que se la aplicará al afectado, de forma inmediata. Esta sanción deberá estar limitada dentro de lo razonable y de forma proporcional, tal como lo establece el artículo 28 de la norma suprema, que prohíbe: “Art. 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” (Constitución de la Nación Argentina, 2010).

Dentro de la potestad sancionadora administrativa, tal como lo afirma Victoriana López Agüero, no se aplica la retroactividad de la ley más benigna, sino la ley vigente al momento de la comisión de la falta o infracción, cualquier situación en contrario se debe establecer mediante ley. Además, en relación a las prescripciones de las sanciones administrativas, afirma la autora que existe un vacío legal que pudiera ser subsanado con las normas del Derecho Penal, no funciona de la misma manera con la acción punitiva de la Administración sobre las faltas o infracciones administrativas, de conformidad con lo establecido en el artículo 172 del Decreto 500/91, que dispone:

“172.

Las faltas administrativas prescriben:

a.- cuando además constituyen delito, en el término de prescripción de ese delito;

b.- cuando no constituyen delito, a los ocho años.

El plazo de prescripción de la falta administrativa empieza a correr de la misma forma que el previsto para el de la prescripción de los delitos en el artículo 119 del Código Penal.

La prescripción establecida en este artículo se suspende por la resolución que disponga una investigación administrativa o la instrucción de un sumario por la falta administrativa en cuestión” (Decreto 500, 1991).

En líneas generales, se ha analizado jurídicamente el ordenamiento jurídico argentino sobre la potestad sancionadora administrativa. Primeramente, revisamos la ley que regula y controla al sector cooperativista, en la cual se establecen las faltas o infracciones administrativas punibles, además se han establecido las sanciones para cada una de ellas en la moneda recurrente. Pasamos después a un análisis macro desde la visión constitucionalista, puesto que a lo largo de este trabajo investigativo se concluye que se respeta el principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones administrativas. No obstante, vemos que existe cierta restricción en la aplicación del principio pro homine al no interpretar la ley más favorable, para ciertos casos que no lo contemple la ley.

Finalmente, pudimos analizar brevemente los plazos de prescripción de las faltas o infracciones administrativas, que deben tomarse en cuenta en cualquier proceso relacionado con la materia.

3.3 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LOS MARCOS NORMATIVOS DE ECUADOR, CHILE Y ARGENTINA, EN RELACIÓN A LA PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS, EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO HOMINE

En el presente tema nos corresponde determinar entre los marcos normativos que hemos analizado, tanto en el derecho chileno, como el ecuatoriano y argentino, las diferencias y semejanzas que en el transcurso de este análisis iremos identificando, a fin de establecer con claridad de entre estos marcos normativos la proporcionalidad de sus sanciones administrativas en aplicación de su potestad sancionadora administrativa y el principio pro homine.

3.3.1 Semejanzas

Empezaremos determinando las semejanzas que se ha identificado entre los tres sistemas normativos. Esta tarea implica un análisis profundo sobre las bases con la que se han creado las leyes en cada uno de los países latinoamericanos. En nuestro continente en el año 1960, el autor Rodríguez Ramos afirma que en Latinoamérica no existe un derecho que esté debidamente delimitado, debido a la técnica jurídica que históricamente no es diferente en los países de América Latina, revelando de esta manera su efectiva práctica, que se ve plasmada en mayor o menor grado en todos los países del civil law.

Por esta razón, se puede apreciar una especie de unidad y uniformidad en las leyes de los países de la región, además, gracias a la unidad de criterio de los juristas latinoamericanos, es necesario resaltar la superación de toda actitud localista, que permite confiar en mejores resultados que se puedan obtener en el futuro (Rodríguez, 1960).

Históricamente, un grupo de juristas romanos, desde finales de los años setenta, creen que el sistema jurídico latinoamericano se configura como un subsistema del sistema jurídico romano. El autor Schipani, parte desde el momento de las codificaciones, estableciendo que los Códigos civiles del siglo XIX, son una continuidad con el Corpus Iuris Civilis. Esto en colaboración de la obra de Justiniano, puesto que los Códigos acogieron muchos caracteres que los configuran como una continuación, enriqueciéndose de esta forma con contribuciones maduras en el transcurso del tiempo, desde el siglo VI hasta mediados del siglo XIX, y afirma lo siguiente:

“Los Códigos del primer siglo de independencia (...) contribuyeron de manera determinante a realizar la definitiva e irreversible ‘transfusión’ del Derecho romano común codificado por Justiniano como fuente informante del nuevo sistema, determinando un nuevo centro autónomo de elaboración del Derecho Romano” (Schipani, I codici latino-americani della, 1991, págs. 682-683).

En su trabajo, resaltaba la mezcla compleja del bloque romano, ibérico y precolombino (Schipani), que constituyó el pilar socio-cultural que uniría el mismo sistema. Además, enfatizaba como en la utilización de esos principios se encontraría el camino adecuado para continuar la recodificación que se estaba llevando a cabo en América Latina y en la elaboración de códigos tipo, que son el resultado de lo anteriormente tratado (Schipani, Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano, 1987, págs. 515-539).

Desde una perspectiva socio-jurídica, la semejanza de problemas y de estrategia, han llevado a diferenciar y reagrupar los ordenamientos jurídicos de América Latina en una sola familia en el interior del modelo de Derecho del Desarrollo y de la transición. A esto se puede sumar las notables transformaciones de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, desde el reconocimiento de los derechos a los indígenas y a la naturaleza, con cierta originalidad, y que se encuentran incluidos en las respectivas Constituciones de los países latinoamericanos, destacándose como precursores en defensa de los

derechos que se pretenden defender. A esto podemos sumar lo dicho en su momento por el historiador argentino Levaggi, quien emitió un comentario muy acertado en cuanto a la realidad latinoamericana: “Desde el punto de vista de la historia del Derecho, entre las naciones del Mercosur, es mucho más lo que nos une que lo que nos separa” (Levaggi, 1997, pág. 251). Este comentario menciona que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos tienen muchos rasgos característicos comunes, debido a las realidades similares en cada uno de los países de la región.

Para terminar el análisis de las semejanzas entre los ordenamientos jurídicos en cuestión, resaltamos las similitudes de criterios en cada uno de ellos, en razón de que desde el momento histórico de las independencias de los países latinoamericanos, los distintos países han tenido que lidiar con las mismas necesidades; además, que para elaborar la normativa han tomado como fuente al Derecho Romano, para adecuarlo a cada una de sus normativas, pero podemos ver que soberanamente, cada país ha construido sus leyes con ciertos caracteres similares, que implica la unión de criterios entre los países de la región.

3.3.2 Diferencias

3.3.2.1 Diferencias con el Derecho chileno

Entrando al siguiente tema, nos remitiremos a identificar las diferencias entre los ordenamientos jurídicos chileno y argentino, comparados con el Derecho ecuatoriano, que nos permitirá determinar las razones por las cuales el ordenamiento jurídico ecuatoriano no respeta los principios de proporcionalidad y pro homine dentro de su potestad sancionadora administrativa, reflejada en el planteamiento de esta tesis, en el contenido del artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Entraremos a analizar primeramente las posibles diferencias identificadas con el derecho chileno. Para esto, enrumbaremos nuestro estudio con la Ley No.

19.913, que regula entre sus facultades y atribuciones al sector cooperativista, al que nos referimos en nuestro trabajo investigativo. La presente Ley, en su artículo 19, establece las sanciones administrativas que podrán ser aplicadas por el Director de la Unidad, detallando en cada una de sus letras los tipos de sanciones de acuerdo a la gravedad de la falta o infracción.

Adentrándonos más a fondo en el contenido del citado artículo del cuerpo normativo, podemos observar detalladamente los tipos de faltas o infracciones, que en aplicación de la potestad sancionadora administrativa, han servido para establecer los tipos de sanciones para las personas naturales y jurídicas bajo el control de la Superintendencia de Bancos. Sin embargo, bajo esta premisa, no ha sido posible identificar que las sanciones administrativas aplicables irrespeten el principio de proporcionalidad. En nuestro modo de ver, se desprende que existe una sanción para cada tipo de falta o infracción, más no existe una desproporcionalidad que afecte de cierta forma derechos fundamentales, lo contrario de lo que si aplica inconstitucionalmente el artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, afectando directamente el principio pro homine cuando se dice que se aplicará la sanción más grave cuando existan dos sanciones administrativas, o en su defecto, si existieren dos sanciones igualmente graves, se aplicará la que tenga un mayor valor pecuniario.

Hemos identificado que esta sería la diferencia más notable entre ambos marcos normativos, en vista de que el Derecho chileno en su ley, define las sanciones administrativas sin vulnerar derechos fundamentales. La razón fundamental, por la cual esta norma no restringe derechos, es porque en la misma Constitución de Chile, lo prohíbe, por lo tanto es una ley que respeta la jerarquía normativa, tal como lo dispone el número 26 del artículo 19 de la Constitución chilena, que dispone:

“26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los

derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (Constitución Política de la República de Chile, 1980).

Lo citado en el artículo precedente, consiste en una garantía constitucional a la seguridad jurídica, un derecho consagrado en la norma suprema, que prohíbe que cualquier ley de menor jerarquía restrinja derechos.

En el caso ecuatoriano, nuestra Constitución dispone en su artículo 417 lo siguiente:

“Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución” (Constitución Política del Ecuador, 2008).

Así también, la norma suprema en el número 6 del artículo 76, en relación al principio de proporcionalidad, establece:

“Art. 76.- 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: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución Política del Ecuador, 2008).

De lo citado, se desprende que nuestra Constitución protege al ser humano en aplicación del principio pro homine, lo que quiere decir y es evidente que existe una contradicción normativa, en comparación con lo dispuesto en el artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, determinándose una

inconstitucionalidad al no respetar el mencionado principio dentro del contenido del mencionado artículo.

De la misma manera, la norma suprema protege la aplicación del principio de proporcionalidad, que consiste en la materialización de normas con estructura de principios que contienen derechos fundamentales en colisión, que tiene por objeto limitar la injerencia del Estado para afectar derechos fundamentales de las personas. Es decir, se debe optar por aquella opción de afectación de derechos que sea la más leve para lograr objetivos constitucionales que es la satisfacción de otros derechos.

En conclusión, se puede establecer las diferencias que existen entre los marcos normativos chileno y ecuatoriano, como lo es la desproporcionalidad de sanciones e irrespeto al principio pro homine. Pese a que ambos países en sus Constituciones respetan y garantizan los principios pro homine y de proporcionalidad, se evidencia un irrespeto constitucional, que debe ser corregido oportunamente, a fin de evitar futuras violaciones de derechos.

3.3.2.2 Diferencias con el Derecho argentino

Continuando con nuestro análisis comparativo, es momento de establecer las diferencias que podamos identificar con el Derecho argentino, que es otra de las legislaciones que hemos escogido para efectos de compararla con la legislación ecuatoriana.

Iniciaremos el análisis comparativo con la Ley No. 20.337, que en su sección de sanciones, a partir del artículo 101, establece los tipos de sanciones a las que estarán sujetas las cooperativas, entre estas: el apercibimiento, sanciones económicas y prohibición de funcionamiento. Todas estas sanciones podrá aplicar el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, con su potestad sancionadora administrativa, cuando se configure la falta o la infracción.

Sobre lo revisado en este artículo, vemos que la ley tipifica los tipos de sanciones administrativas para cada falta o infracción. Sin embargo, en ninguna parte de la ley, se encontró un artículo relacionado con la potestad sancionadora administrativa que restrinja los principios pro homine y de proporcionalidad.

Nos remitiremos ahora a la norma suprema de la nación Argentina, que en su artículo 28 dispone que las leyes de menor jerarquía no podrán restringir el ejercicio de los principios, garantías y derechos procesales de las personas, reconocidos en la Constitución. Por tal razón, al existir una relación directa entre la norma suprema y sus leyes de menor rango jerárquico, se desprende que existe una relación armónica cuando se trata de evitar que la Administración, con su potestad sancionadora administrativa, se extra limite en su facultad sancionadora, al emitir resoluciones de sanciones que puedan ser desproporcionadas, puesto que la ley respeta la disposición constitucional y es lo que se refleja en el contenido de los artículos relacionados con las sanciones administrativas.

Como lo enunciamos anteriormente, cuando analizábamos la legislación chilena, hemos podido identificar claramente que ambas legislaciones, tanto la chilena, como la argentina, en materia de Derecho Administrativo Sancionador, se apegan claramente a la disposición constitucional, que constituyen claros ejemplos de respeto a la norma suprema, a diferencia del caso ecuatoriano, cuando advertimos desde un principio el problema de la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

En conclusión, se puede establecer y comprender ampliamente las diferencias notables entre las legislaciones chilena, argentina y ecuatoriana, así como sus semejanzas dentro de cada uno de los ordenamientos jurídicos. Es importante señalar que las diferencias identificadas, deben constituirse en ejemplos a seguir por parte del Estado ecuatoriano, debido a que somos un país garantista de derechos humanos, consagrados en la Constitución ecuatoriana, y se constituye en una obligación para las autoridades en tomar las acciones legales pertinentes,

a fin de corregir esta restricción de derechos fundamentales. Además, hemos podido observar que las tres legislaciones advierten la protección de derechos fundamentales, entre ellos, los principios pro homine y proporcionalidad.

3.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS ENTRE EL MARCO LEGAL Y REALIDADES DEL SECTOR COOPERATIVO DE ECUADOR, CHILE Y ARGENTINA

Para nuestro siguiente tema de análisis, procederemos a distinguir las ventajas y desventajas que vayamos identificando entre los ordenamientos jurídicos de Chile, Argentina y Ecuador. Para esto, analizaremos estadísticas sobre el sector cooperativista, elaboradas por los órganos de control y supervisión de cada uno de los países centrados en este análisis, tales como: el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (Chile), Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (Argentina) y Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (Ecuador).

3.4.1 Estadísticas caso Chile

3.4.1.1 El sector cooperativo

Nos adentraremos a este tema gracias al informe presentado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, con corte a julio de 2014, en el cual entrega una descripción muy general sobre el sector cooperativista en Chile, analizando su origen y evolución en el tiempo; posteriormente presenta las principales características de las cooperativas como su distribución por cantidad de activos, ubicación geográfica, entre otras.

Enumeraremos a continuación algunas de los momentos históricos más destacados del sector cooperativista en Chile:

- El sector cooperativista en Chile, de acuerdo a los datos rescatados, posee una trayectoria de 127 años, siendo que en 1887 se tiene conocimiento de

las primeras cooperativas ubicadas en Valparaíso conocidas como “La Valparaíso” y “La Esmeralda”.

- La primera Ley de Cooperativas que se expidió fue en 1924, llamada la Ley No. 4.058, a raíz de su promulgación ha sido sujeta a múltiples modificaciones, siendo la última realizada el año 2002, Ley No. 19.832.
- Actualmente se está analizando un proyecto de ley actual, que propone ciertas modificaciones que beneficiarán el proceso de constitución de cooperativas, la gobernabilidad, además de ciertas atribuciones internas propias de cada cooperativa y la fiscalización de las mismas.
- De acuerdo a la información de la institución, Chile tiene registradas 952 cooperativas en estado activo, que funcionan de forma regular, de un total de 4984 que se mantenían registradas inicialmente.
- Es importante destacar que en los últimos seis años, desde el 2007 hasta el 2013, han crecido notablemente un 75.1 % de cooperativas, destacando la forma dinámica como se desenvuelve este sector en Chile.
- Así también, del número de cooperativas registradas, ponderan en mayor número las de servicios, en un número que corresponde al 55.7 %, en un número menor con un 28.1 % corresponden a cooperativas agrícolas, campesinas y pesqueras, y en una proporción más pequeña con un 14.1 % se encuentran las cooperativas de trabajo. Solo el 2 % restante corresponden a cooperativas organizadas como confederaciones y federaciones.
- También se destaca que en un número mayoritario de socios son mujeres, representando en un 51.9 % del total de socios en las cooperativas.

- Se puede evidenciar que mientras el 42.6 % de las empresas formales se concentran en la Región Metropolitana, ese porcentaje se reduce en un 25.6 % en comparación al número total de cooperativas.
- Otro dato de suma importancia es que 150 cooperativas tienen importancia económica, destacándose el 30.3 % del total de socios de cooperativas, entre ellas las de agua potable y las de ahorro y crédito.

El modelo cooperativo ha sido atractivo para las personas pese a distintas realidades políticas, niveles de desarrollo y hasta rasgos culturales, resultando de esto en un impacto económico y social muy importante entre los distintos sectores de la producción.

Este tipo de organizaciones un espacio adecuado para el acrecimiento del capital social, debido a las relaciones basadas en la confianza y comportamientos de cooperación y reciprocidad (Durton, 2003). Bajo esta línea de pensamiento, Borzaga y Galera afirman que:

“Las empresas sociales son consideradas cada vez más como mecanismos exitosos para reconciliar la equidad y la eficiencia con la creación de valor económico y social, y que éstas pueden ser interpretadas como expresiones concretas de un creciente sentido de responsabilidad social por parte de los ciudadanos” (Borzaga & Galera, 2012).

Al ser el cooperativismo una alternativa para los ciudadanos, enfocado en el desarrollo integral de la persona, en razón de que en este sector el valor humano es prioritario sobre el capital social, genera cierta confianza para sus socios.

3.4.1.2 Historia

Pasando al marco normativo que regula el cooperativismo en Chile, nos remontaremos a la etapa de iniciativa legal (1925-1963), en razón del aumento

de cooperativas en ese periodo, se empiezan a desarrollar normativas en la década de los veinte. La Ley de Cooperativas (Ley No. 4.058) se promulgó el 30 de septiembre de 1924, posteriormente se creó el Departamento de Cooperativas, que dependía del Ministerio de Fomento (www.decoop.cl). Luego, el Estado crearía la Corporación de Fomento en 1939, favoreciendo al sector cooperativista. Algunas de estas cooperativas que se crearían en la década de los cincuenta, se considerarían ejemplares entre las otras, tales como: Cooperativa de Ahorro y Crédito Fecrecoop (1954), Cooperativa de Servicios para la Construcción Sodimac (1958), Federación Nacional de Cooperativas de Viviendas (1958), Cooperativa de Consumidores Unidos Unicoop (1961), Federación Nacional de Cooperativas Eléctricas Fenacopel (1963) y el Instituto Chileno de Educación Cooperativas Icecoop (1963), esto se resalta en el Decreto con Fuerza de Ley No. 326 de 1960, conocida como la Ley General de Cooperativas, y luego su posterior modificación al publicarse la Ley No. 15.020 que trata sobre la Reforma Agraria, resultando de esto en importantes cambios para el sector cooperativista.

En la etapa actual desde 1990 hasta la presente fecha, en una etapa política en la que se dice llamar el retorno de la democracia, se define como una etapa caracterizada por la autonomía del sector cooperativo y la desatención del Estado relacionado a este sector. La tramitación de la modificación de la Ley General de Cooperativas en noviembre de 1992, no fue modificada sino diez años más tarde cuando fue promulgada la Ley No. 19.832, pese a la importancia de dotar de un ordenamiento jurídico adecuado para el sector cooperativista, debido a que las normas que regulaban en ese momento carecían de beneficios y más bien eran un obstáculo para que sean incorporados dentro de las relaciones económicas y su progreso.

3.4.1.3 Ordenamiento jurídico

Como un avance notable en la actualidad, consta la creación del Reglamento de la Ley General de Cooperativas para facilitar la aplicabilidad de las normas

contenidas en la Ley, en el año 2007. Además, cabe resaltar que se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado, el Proyecto de Ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) No. 5 de 2003, el cual fue ingresado en el año 2011.

Entre las desventajas identificadas dentro del ordenamiento jurídico actual, están:

- Exceso de burocratización en relación al número de socios al momento de constitución de una cooperativa distinta a la de ahorro y crédito.
- Carencia de seguridad sobre el patrimonio de la entidad.
- Exceso de formalidades en convocatorias de socios.
- Aplicación incorrecta del buen gobierno corporativo.
- Errónea interpretación de la ley.

En virtud de lo analizado en este tema, pudimos apreciar las ventajas y desventajas identificadas dentro del ordenamiento jurídico chileno. Es evidente que al momento no existe un marco normativo claro y adecuado para las cooperativas, esto dificulta el correcto funcionamiento de las mismas, debido a la falta de regulación y de políticas públicas adecuadas que reflejan las carentes habilidades gerenciales. De lo que hemos podido analizar, el Ministerio de Economía encabeza el camino a modificar la actual ley, para solventar estas falencias normativas que impide que el Departamento de Cooperativas pueda ejercer una correcta supervisión y control adecuado, a fin de fomentar y beneficiar la actividad de este sector.

El problema normativo también radica en que la mayoría de normas van enfocadas de normas y políticas públicas para las empresas cuyos intereses van

por el lado del capital, cuando la realidad del sector cooperativista es la prevalencia del valor humano sobre el capital, y aquellas leyes que no se concentran sobre la maximización de utilidades, se enfocan sobre soluciones a problemas locales y el bienestar de sus miembros. Para esclarecer esta afirmación, Grillo afirma que en ordenamientos jurídicos favorables al mercado, que favorecen la competencia, pueden colisionar con la realidad de las cooperativas cuando éstas se organizan para disminuir las diferencias de información, ejemplo claro en las empresas que maneja créditos. Las cooperativas de crédito atienden a sectores apartados debido a los gastos elevados por concepto de identificación, monitoreo y de hacer cumplir el contrato, a diferencia de los ingresos que percibe por concepto de esta operación, debido a que sus clientes son los mismos socios de la cooperativa; así también la misma fusión entre cooperativas de crédito, pese a que se configuraría en un monopolio legal, se manejaría de forma más eficiente (Grillo, 2013).

3.4.2 Estadísticas caso Argentina

Siguiendo con el análisis comparativo, es hora de dar paso al caso de Argentina. Para esto, tomaremos como fundamento la segunda edición del informe elaborado en el 2008 por el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, en el cual se detalla el reempadronamiento nacional y censo económico sectorial de cooperativas mutuales.

Durante el gobierno de la presidente Cristina Fernández de Kirchner, con la colaboración de su Ministra de Desarrollo Social, la señora Alicia Kirchner y demás autoridades competentes, se han enfocado primeramente en cumplir el objetivo de brindar mayor participación a las organizaciones pertenecientes al sector cooperativo, siendo un sector desatendido en otras administraciones. Destinando para este sector un valor muy significativo para fomentar el cooperativismo y el mutualismo. Estos compromisos dieron como resultado la suscripción de los Acuerdos del 29 de diciembre de 2004, en el Salón Blanco de la Casa Rosada, con el entonces presidente de la nación, destinando más de 13

millones de pesos, que sería el comienzo de un camino al emprendimiento de este sector, con base a una sistemática construcción, que incluirían algunos procesos de discusión, participación y más importante de consenso entre las organizaciones controladas como del Instituto.

Como un segundo objetivo del gobierno, se basaría en la creación de mecanismos que permitieran catastrar información sobre el sector cooperativo, de carácter estadístico, organizacional, gestión del conocimiento, y organización horizontal y vertical, avalado con el apoyo estatal, dotando de recursos económicos y humanos, además aportando con tecnología para llevar a cabo estos procesos que permitan reunir información sobre el sector supervisado y controlado.

A raíz de la información que se iría recabando gracias a los esfuerzos del gobierno, se realizarían Congresos Federales de la Economía Social en los años 2005, 2006 y 2007, entre los esfuerzos que se realizaron, se logró consagrar la Resolución No. 1197/2008, se crean las Comisiones Asesoras Temáticas, con autonomía financiera, gracias al Sistema de Convenios de Promoción establecido mediante Resolución No. 1106/2008.

Así también, se destacan los acuerdos llevados a cabo en el “Consenso de Sunchales”, que dispone:

“(…) La idea principal de este Consenso es la formulación del Sistema Federal de Economía Social, como una columna más de la producción y organización de la sociedad. El Estado y la economía pública cumplen el papel ordenador y propulsor del desarrollo económico y social colectivo. La economía privada es la expresión primaria de la actividad social de producción de bienes y servicios. La economía social es economía fundada en la cooperación, la ayuda mutua y la promoción social distributiva.

Por lo tanto, pretendemos dar estado formal, político, institucional, jurídico y legislativo a una realidad de la economía argentina, que abarca a más de

12 millones de asociados y a más del 10% del PBI y que hoy se encuentra encerrada entre el espacio de la economía social pública y la economía (...)” (Cooperativa de Pescadores Artesanales del Fin del Mundo, 2006).

De la información que hemos podido recabar, se desprende que la mayor parte de las cooperativas se asientan en la provincia de Buenos Aires con un 26.4 % (3367 cooperativas), le sigue la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el 14.5 % (1849 cooperativas), en una menor proporción está Córdoba con el 8.4 % (1072 cooperativas), Santa Fe con el 6.9 % (882 cooperativas), Tucumán con el 6.3 % (801 cooperativas), Jujui con el 5.4 % (683 cooperativas), entre otras en menores escalas.

3.4.2.1 Historia

Como dato histórico, el cooperativismo en Argentina tuvo sus primeros pasos en el año 1900, en ese tiempo empezaron a funcionar tres cooperativas reempadronadas activas. Transcurrieron algunos años hasta la década de los 40 y 50, donde se evidenció un registro más formal de las cooperativas, además que se destaca la implosión en números en la década de los 90, hasta la fecha, siendo que en el periodo 2001 al 2006, se registraron 6938 cooperativas reempadronadas activas.

El cooperativismo en la Argentina tuvo que atravesar algunas etapas: la primera que empieza desde 1871-1925, con iniciativas de inmigrantes europeos bajo la idea del cooperativismo moderno. En 1871 se creó la primera cooperativa de consumo, formada por inmigrantes de varias nacionalidades; luego en 1887 se crearía la primera cooperativa de servicios públicos; y en 1898 la primera cooperativa rural de seguros; así también en 1913 se crearía la primera cooperativa agraria de segundo grado (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social - INAES, 2008, pág. 20).

La siguiente etapa sería en el periodo 1926-1972, donde se institucionalizaría y desarrollaría el sector cooperativo, cuando se promulgaría la primera Ley de

Cooperativas, que con la aplicación de los principios de Rochdale, “Destacó con exactitud y precisión, la peculiaridad de las sociedades cooperativas y fijó las condiciones para su existencia legal” (Montes & Ressel, 2003, pág. 11). No sería la misma situación para otros países, puesto que Argentina no contaría con ayuda exterior, ni del gobierno que se destaque por su apoyo, sino con los propios esfuerzos del sector cooperativo, como se dio en Europa y Estados Unidos (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social - INAES, 2008, pág. 20).

Otra etapa fundamental sería en 1973, cuando se publicó la segunda Ley de Cooperativas, donde se promovió la modernización del sector, permitiendo “Un marco institucional sujeto a las necesidades de la época” (Montes & Ressel, 2003, pág. 14). El sector sufriría un retraso sustancial entre los años 1976 a 1983, dentro de un gobierno dictatorial. Posteriormente, en 1984, las cooperativas “Florecieron” nuevamente”, dando como resultado su expansión (Montes & Ressel, 2003, pág. 14).

La década de los noventa fue una etapa difícil para el sector cooperativo, debido al notable desarrollo del sector privado, generando un ingreso de capitales desproporcionado y de empresas interesadas únicamente en el lucro, por sobre las persona, dejando poco espacio para las cooperativas que no eran eficientes económicamente (Montes & Ressel, 2003, pág. 14). No obstante, el desempleo generado en esa época permitió el desarrollo de las cooperativas de trabajo en diferentes provincias, representando el 35 % del total de cooperativas (Montes & Ressel, 2003, pág. 15).

3.4.2.2 Cooperativas por objeto social

Además, tenemos información detallada de las cooperativas por objeto social, entre las cuales se destaca con un número muy superior al resto las cooperativas de trabajo con el 59.7 % (5256), le siguen las de servicios públicos con el 14.1 % (1237), vivienda con el 13.7 % (1204), consumo con el 12.4 % (1089),

provisión con el 10.5 % (928), crédito con el 9.8 % (864), y las demás tipos de cooperativas con un porcentaje mucho menor.

3.4.2.3 Ordenamiento jurídico

Refiriéndonos al ordenamiento jurídico de la Nación Argentina, podemos resaltar la creación del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, en el 2000 por Decreto Presidencial 721/2000, que sustituyó al antiguo Instituto Nacional de Acción Cooperativa y Mutual. Este organismo es descentralizado y dependiente de la Secretaría de Políticas Sociales del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Para su funcionamiento, se suma la Secretaría de Registro Nacional de Cooperativas y Mutuales, que entre sus atribuciones constan la dirección administrativa de los órganos operativos del INAES, conceder asistencia técnica, legal y al directorio, así como el registro de las cooperativas y mutuales, y coordinación con órganos locales relacionadas con la materia (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social - INAES, s.f.).

Durante el proceso de creación de cooperativas resultó que el INAES se ocupe en capacitar, realizar asistencia técnica y registro de estas empresas asociativas, que se han llevado a cabo con responsabilidad de cada una de las provincias. Otra función del INAES es otorgar información estadística, con la colaboración de otras áreas, como la del Instituto Nacional de Estadísticas y Censo, la Secretaría de Energía, respecto a las cooperativas eléctricas, el Banco Central de la República Argentina, en cuanto a las cajas y bancos cooperativos, la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesa y Alimentación, sobre las cooperativas agropecuarias (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social - INAES, s.f.). Toda esta información resulta en un servicio importante para la toma de decisiones para el sector cooperativo, así también para el desarrollo de normas, que constituyen una obligación para el INAES, de vital importancia para el sector.

Entre los programas del INAES, de acuerdo con la información proporcionada desde el portal web institucional (www.inaes.gob.ar), tenemos:

- Programa sistema de asistencia técnica territorial.
- Taller de formación de formadores en participación.
- Vivienda.
- Empleo.
- Servicios públicos.
- Financiamiento.
- Transferencia de tecnología.
- Educación.

De lo analizado en este tema, pudimos revisar la evolución histórica, así como los avances normativos e institucionales del sector cooperativo en Argentina, que representan ventajas para el desarrollo de este sector, en relación a su realidad, así también pudimos ver la carencia de apoyo gubernamental y del exterior que existió para este sector, lo que resultó en que se debían tomar medidas propias para poder mantenerse pese a las circunstancias adversas. Este caso de Argentina, nos deja muchas lecciones que tomar en cuenta, sobre la superación de situaciones contrarias e ideales que pudieron haber desempeñado un papel fundamental por parte del Estado y demás instituciones, para desarrollar el sector cooperativo, pero así también pudimos apreciar la reacción, en cuanto a la necesidad, por parte de las personas que creyeron y siguen creyendo en este tipo de asociación para juntarse y crear entidades y organizaciones que satisfagan sus necesidades. Así también, la INAES, es el organismo de control y rector del sector cooperativista, tiene la obligación de actuar a favor del crecimiento y desarrollo de este sector, creando políticas públicas que beneficien y apoyen a las personas que deseen optar por este tipo de organizaciones cooperativas, a fin de crear un ambiente y escenario saludable e ideal para que funcione correctamente.

3.5 IMPACTO LEGAL DE LA SANCIÓN PECUNIARIA DEL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO

Un asunto de suma importancia consiste en determinar las consecuencias que implica la transgresión de un principio constitucional dentro del marco normativo

de cualquier Estado, como son los principios de proporcionalidad y el pro homine. En nuestro caso concreto, determinaremos cuál es el impacto legal sobre la aplicación de lo dispuesto en el artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que consiste en sancionar administrativamente a las personas naturales y jurídicas que cometan infracciones tipificadas previamente en la ley, pero que a nuestro modo de ver son desproporcionadas y desfavorecen a los afectados, puesto que dicha norma no respeta lo dispuesto en la Constitución.

Con este trabajo se plantea mostrar una visión más amplia del tratamiento de los principios de proporcionalidad y pro homine en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa por parte de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (Bernal, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2005, pág. 873).

Ambos principios constituyen criterios rectores fundamentados en el constitucionalismo moderno, cuyo desarrollo ha merecido un tratamiento doctrinario importante, así como la jurisprudencia que ejemplifica la protección de los mismos. Un dato importante que recoge el Derecho Administrativo, son algunos de los precursores que configurarían el contenido del principio de proporcionalidad (López J. , 1988, pág. 16), y en la potestad sancionadora administrativa a uno de los espacios más relevantes para aplicarlo en defensa y protección de los derechos fundamentales.

De tal forma que es necesario resaltar el desarrollo del proceso de constitucionalización, la demanda práctica de los derechos fundamentales y la proporcionalidad en el ejercicio del poder, provocan que el principio de proporcionalidad y el Derecho Administrativo estén mucho más relacionados, debido a que se configura como la herramienta indicada para asegurar que: “el ejercicio de los derechos fundamentales no puede ser restringido más allá de lo estrictamente necesario para la tutela de los intereses públicos” (López J. , 1988, pág. 16).

La aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo debe enfocarse desde dos puntos de vista: en el plano normativo, y en el plano aplicativo (Nieto, Derecho administrativo sancionador, 2005, pág. 351). Esto implicaría que se utilicen distintos grados o niveles en la utilización de criterios que determinarán el juicio de proporcionalidad, dependiendo el área de aplicación (Sarmiento, 2004, pág. 258).

De lo dicho podemos entender que si bien el principio de proporcionalidad debe aplicarse de conformidad a las disposiciones legales como de las actuaciones administrativas, el juzgador también deberá las diferencias cualitativas entre estos tipos de actuaciones del Estado, que se encuentran sujetas a la fiscalización jurisdiccional (Blanke, año 5, pág. 344), debido a que la obligación del juzgador de ser deferente de la legitimidad democrática del legislador, es la de realizar un control mucho más estricto, en razón de que la Administración no puede hacerlo, puesto que está sometida a los mandatos del legislador (Tribunal Constitucional , 2008, pág. 159).

Debemos también pensar en las consecuencias que implicarían las actuaciones de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, por las transgresiones a los principios pro homine y de proporcionalidad al aplicar su potestad sancionadora administrativa. Para esto, tenemos que tomar en consideración que el sector cooperativista pasó a ser controlado y supervisado por el ente de control mencionado, desde el año 2012, cuando entró en funcionamiento. De ahí en adelante, la tarea de parte de dicha institución del Estado ha sido la de fortalecer el crecimiento y desarrollo de este sector de la economía.

Por lo tanto, al permanecer la norma tal como está, en lo dispuesto en el artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, la tarea del ente de control y supervisión se ve tergiversada al amenazar de cierta manera al cooperativismo con sanciones administrativas desproporcionadas que alteran el normal funcionamiento de las organizaciones y entidades de la economía popular y solidaria (con especial enfoque al sector financiero popular y solidario). En razón

de que con esta norma se permitiría al Estado sancionar administrativamente de forma desproporcionada, en virtud de que no respeta el principio pro homine, puesto que al momento de redactar este artículo en el Código Orgánico Monetario y Financiero, se ha realizado una interpretación errónea de la norma constitucional, provocando la vulneración de derechos fundamentales. Tal como hemos visto durante el desarrollo de este trabajo investigativo, al momento no se ha sancionado administrativamente aplicando el artículo 265 del Código ibídem, lo que nos permitiría evitar que se vulneren derechos que afecten a las personas naturales bajo el control y supervisión de la Superintendencia.

4 PROPUESTA DE REFORMA

4.1 ANÁLISIS DE LA REFORMA PLANTEADA

4.1.1 Contenido

Una vez que hemos fundamentado jurídicamente el contenido de esta tesis, relacionados con la postura que hemos planteado frente al problema jurídico identificado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, proseguiremos a desarrollar la propuesta de reforma al artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Debemos empezar identificando las razones por las cuales creemos es necesaria la reforma a dicho cuerpo normativo, puesto que es necesario identificar el problema jurídico en cuestión, a fin de analizar su posible solución, con base a las razones logradas con este trabajo investigativo.

Las razones principales que motivan la propuesta de reforma van relacionadas con las violaciones que pudieren darse de los principios fundamentales consagrados en la Constitución, estos son los principios pro homine y de proporcionalidad. Gracias a la labor investigativa realizada, hemos profundizado los contenidos de los mencionados principios a lo largo de esta tesis, y coincidimos en que la norma actual, tal como está, propende a la inobservancia del mandato constitucional, a través de la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, lo que conllevaría a determinar la inconstitucionalidad del artículo identificado y de las sanciones administrativas que se apliquen.

Es necesario hacer una reflexión sobre la visión del Estado ecuatoriano acerca del sistema económico social y solidario, por lo que es menester remitirnos a lo que la Constitución emana, debido a que la Constitución reconoce a este sistema económico, el cual lo integran los sectores público, privado y popular y solidario,

y recuerda que para el sistema financiero, se regirá por las normas y entidades de control señaladas por la ley, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez (Guerra, y otros, 2014, pág. 7). A fin de cumplir con el mandato constitucional, es necesario y relevante que el ordenamiento jurídico observe los lineamientos plasmados en la norma suprema para no afectar el normal desenvolvimiento del cooperativismo en nuestro país.

A su vez, comentábamos la evolución normativa que ha tenido este sistema económico, empezando desde la promulgación de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, el 10 de mayo de 2011, y el 27 de febrero de 2012, su Reglamento General, mediante los cuales se configura la institucionalidad para este sector económico, dividiéndola en cuatro ejes fundamentales: la rectoría, regulación, fomento, control y financiamiento. Luego, el 12 de septiembre de 2014, se promulgaría el Código Orgánico Monetario y Financiero, que regula al sistema financiero nacional, el cual comprende al sector financiero popular y solidario que es materia de nuestro análisis, y como efecto de su publicación, derogó ciertos artículos de la Ley *ibídem* (que regulaba las actividades del sistema financiero popular y solidario), y demás normativa que se contrapongan a las disposiciones del Código.

Entendiendo la normativa que regulaba, y que actualmente regula al sector financiero popular y solidario, pudimos analizar los alcances que tenía, y que ahora tiene la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, por las infracciones que cometieren las personas naturales sujetas a su control y supervisión. Hemos visto que con la anterior ley, se tenía establecido un proceso administrativo sancionador que en principio no vulneraba los principios fundamentales pro homine y de proporcionalidad, en virtud del análisis realizado en el historial de sanciones aplicadas por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, desde el año 2013 hasta el 2015. Por otra parte, de la misma información suministrada por el ente de control, no se ha contabilizado al momento sanción alguna aplicando el artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que es la normativa aplicable

actualmente, y que está encargada de plantear un nuevo procedimiento administrativo sancionador, en uso de sus atribuciones y facultades legales.

El hecho de que aún no se haya sancionado administrativamente aplicando el artículo 265 del Código ibídem, no representa de ninguna forma un punto débil en nuestro análisis, caso contrario, es más bien una fortaleza que nace producto de una investigación exhaustiva, en busca de prevenir futuras violaciones de derechos fundamentales, con base a la experiencia adquirida por desempeñar funciones por algunos años en la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, además de la preparación profesional que adquirimos en el transcurso del tiempo, y que gracias a estas aptitudes nos permite generar críticas constructivas al ordenamiento jurídico actual, en virtud de mejorarlo y adecuarlo a las disposiciones de la Constitución.

Creemos que es imperante que se estudie la posibilidad de aplicar la propuesta de reforma desarrollada en esta tesis, para proteger y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, consagrados en los principios constitucionales pro homine y de proporcionalidad, debido a que esa atribución debe ser la obligación de todo Estado de derechos.

4.1.2 Objetivos

Partiendo de la premisa planteada en esta tesis, creemos que es necesario realizar la reforma al artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, en vista de que hemos partido de la necesidad de proteger los derechos fundamentales contenidos en la norma suprema, además, en virtud de la labor investigativa desarrollada, hemos identificado los siguientes objetivos esperados con la reforma propuesta.

4.1.2.1 Objetivo general

Reformar el contenido del artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero

La idea de reformar el artículo mencionado, nace de la identificación de un problema jurídico correctamente identificado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en este caso puntual, en el Código Orgánico Monetario y Financiero.

La identificación del problema jurídico surgió de la práctica diaria dentro de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, debido a que en razón de su potestad sancionadora administrativa, se ha venido sancionando a las personas naturales jurídicas con base a lo dispuesto inicialmente por el proceso administrativo sancionador establecido en la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y sus resoluciones internas, que delimitaban las infracciones que podrían incurrir las personas afectadas, con sus respectivas sanciones. Posteriormente, con la publicación del Código Orgánico Monetario y Financiero, se derogaron ciertos artículos de la Ley *ibídem*, debido a que la nueva norma pasaría a regular y controlar al sistema financiero nacional, que incluye al sector financiero popular y solidario. Bajo este nuevo ordenamiento jurídico, el panorama cambia en cuanto a la proporcionalidad de las sanciones en aplicación del artículo 265 del Código citado en líneas anteriores, afectando directamente a este sector económico y a los derechos fundamentales de las personas afectadas.

4.1.2.2 Objetivos específicos

- **Plantear la reforma:** Es necesario revisar el contenido del artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, con el fin de reformarlo total o parcialmente, en virtud de que se alinee a los criterios desarrollados en esta tesis.

- **Probar la inconstitucionalidad del artículo referido, en cuanto a lo escrito en la norma, en comparación a la reforma propuesta:** Con base al análisis profundo sobre los principios constitucionales (pro homine y de proporcionalidad), servirán de fundamento para la reforma planteada.
- **Demostrar el impacto legal que conlleva la aplicación de la reforma:** Parte de realizar la reforma al artículo en cuestión, es demostrar que llevándola a cabo, beneficiará al sector económico social y solidario, así también a las personas naturales que por el incumplimiento de la norma, no se vean afectados sus derechos fundamentales como ciudadanos.

Como podemos apreciar, los objetivos son claros y concisos, y versan sobre la necesidad de reformar el contenido del artículo citado en líneas anteriores. Así también, creemos que es prudente corregir su contenido debido a que es evidente que se contrapone a lo dispuesto en la Constitución.

4.1.3 Ventajas y desventajas de la reforma

El proceso de reforma a una norma, es un proceso que requiere un análisis exhaustivo de las autoridades, que deberán desarrollar el contenido de esta tesis, para determinar su viabilidad, siempre que satisfaga los intereses del gobierno de turno, en función de su ideología y prioridades. En virtud de lo dicho hemos identificado algunas ventajas y desventajas de la propuesta de reforma, estas son:

Ventajas

- Gracias a este aporte investigativo, se facilita el trabajo a las autoridades del poder legislativo para que analicen la viabilidad de la propuesta planteada.

- Con esta tesis se busca defender los derechos fundamentales, aplicando lo dispuesto en la Constitución, por lo que se busca es la legitimidad del contenido del artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero.
- La potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria aplicará sanciones proporcionales a las personas naturales, de acuerdo a la infracción identificada.

Desventajas

- No contar con el aval del poder legislativo para llevar a cabo la reforma propuesta.
- Que el poder legislativo determine que la reforma propuesta no es viable, fundamentándose en que el contenido del artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero existe en razón de que se busca fortalecer al sector económico social y solidario, aplicando sanciones desproporcionadas, que sirvan de ejemplo para las personas naturales, a fin de que cumplan lo dispuesto en la ley.

4.1.4 Resultados esperados

Desde que empezamos a desarrollar este trabajo investigativo, nos hemos basado en la idea de que lo que se pretende es buscar un fin social que beneficie a la colectividad. Partiendo de esa idea, nació la necesidad de identificar el problema jurídico dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo que nos llevó a analizar el contenido del Código Orgánico Monetario y Financiero que fue publicado el año pasado, y que por su extensión, contempla muchos temas relacionados con el sistema financiero nacional.

Estudiando dicho Código, surgieron algunas preguntas y cuestionamientos a la norma, con base a la experiencia adquirida en la Superintendencia de Economía

Popular y Solidaria. Entre ellas está el hecho de que el sector económico social y solidario es una alternativa totalmente viable en nuestro país, y que se encuentra en apogeo gracias al constante fomento y apoyo del gobierno para que este sector crezca y funcione correctamente, siguiendo los lineamientos plasmados en la norma vigente.

Al hablar de los resultados que esperamos con esta tesis, es hablar del futuro del sector económico social y solidario, que prepondera el hombre por sobre el capital, a diferencia de cualquier otra empresa regulada y controlada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, o la Superintendencia de Bancos, cuyos intereses parten del lucro y el incremento del capital, por sobre la persona. Por ende, los resultados esperados, versan desde la perspectiva de la persona que integra este sector y que sin esta no sería posible que el sector se sostenga. Debido a esto, entre las múltiples atribuciones y obligaciones de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria es la de mantener el equilibrio del sector al que supervisa y controla, por lo que dentro de su potestad sancionadora administrativa, debe aplicar sanciones que respeten los principios constitucionales, en virtud de la jerarquía normativa que contiene los lineamientos normativos que deben ser respetados por normas de jerarquía inferior.

En resumen, lo que se pretende con esta reforma es respetar y garantizar los derechos fundamentales, en específico y materia de esta tesis, es el respeto, goce y ejercicio de los principios pro homine y de proporcionalidad para las personas naturales controladas y supervisadas por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

4.1.5 Logros

Luego de la satisfacción de haber podido aportar con un grano de arena con la elaboración de esta tesis, esta permitirá solucionar un problema jurídico dentro de la normativa actual que detendrá en el futuro la aplicación de sanciones

administrativas desproporcionadas, por medio de la potestad sancionadora administrativa de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

A continuación compartimos los logros esperados con la reforma propuesta:

- Adecuar el Código Orgánico Monetario y Financiero con base a los lineamientos plasmados en la Constitución.
- Fomentar el desarrollo del sector económico social y solidario.
- Evitar futuras sanciones administrativas desproporcionadas.
- Respetar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas naturales.
- Servir de ejemplo para que en un futuro se observen problemas jurídicos similares dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- Incentivar a las personas a investigar más acerca del sector económico social y solidario.
- Fomentar la inclusión de las personas al sector económico social y solidario.
- Promover la revisión de la normativa relacionada con el sector económico social y solidario, a fin de que promueva su desarrollo a nivel nacional.
- Beneficiar a la colectividad.

4.1.6 Presentación de la iniciativa

Llegamos a la parte más importante de esta tesis en la que presentaremos la propuesta de reforma al artículo 265 del Código Orgánico Monetario y

Financiero, luego de haber realizado un análisis exhaustivo que contienen las razones por las que se debe reformar el contenido del mencionado artículo. Es por esto, que a continuación enunciaremos el contenido del artículo y, posteriormente, nuestra propuesta.

Conforme los establece el artículo 265 del Código *ibídem*, este dispone:

“Artículo 265.- Gradación y criterios. Las sanciones se graduarán en atención a la gravedad de la falta, perjuicios causados a terceros, negligencia, intencionalidad, reincidencia o cualquier otra circunstancia agravante o atenuante.

En el caso de las infracciones muy graves y graves, las superintendencias, dependiendo de los criterios señalados en el párrafo precedente, además de la sanción pecuniaria, podrán imponer las demás sanciones determinadas para cada tipo de infracción.

Si un mismo hecho fuere constitutivo de dos o más infracciones administrativas, se tomará en consideración la más grave. Si las dos infracciones son igualmente graves, se tomará en consideración la que conlleve una sanción de mayor valor pecuniario.

Las sanciones pecuniarias en firme causarán los intereses correspondientes” (Asamblea Nacional Constituyente, 2014).

Así se encuentra plasmado el artículo citado en líneas anteriores dentro del Código *ibídem*, lo que para nuestro entendimiento contempla evidentes violaciones a derechos fundamentales, como lo son el principio *pro homine* y de proporcionalidad. Si nos detenemos a leer nuevamente lo descrito en el inciso tres, podremos notar la desproporcionada gradación de infracciones en su contenido.

El inciso tercero dispone que si por el cometimiento de un acto que vaya en contra de la norma y que a partir de ello se identificaran dos o más infracciones administrativas, deberá aplicarse la más grave entre ellas. Esto en materia constitucional y de Derechos Humanos, es una resolución que implica

vulneraciones de derechos fundamentales en contra de los seres humanos, puesto que la naturaleza del principio pro homine, nos determina y dispone que deberá tomarse la interpretación más favorable para el afectado, lo que no se refleja actualmente en el contenido del presente artículo. Además, en el mismo inciso se establece que si las infracciones identificadas son igualmente graves, se sancionará con aquella que castigue con el mayor valor económico. Ambas consideraciones dentro de este artículo violentan tanto el principio pro homine, como la proporcionalidad de la sanción administrativa. Por ende, es evidente que tales transgresiones de derechos fundamentales, constituyen la contravención y la inobservancia de la norma Constitucional.

A partir de esta síntesis rápida del contenido del artículo en cuestión, les presentamos la propuesta planteada, que a nuestro criterio, respeta la Constitución, relacionado con la aplicación de los principios pro homine y de proporcionalidad.

Con base a los criterios analizados en este trabajo investigativo, en el contenido del artículo 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero, se propone realizar las siguientes modificaciones en el texto de la citada norma:

- En el inciso tercero sustitúyase “grave” por “leve”.
- En el inciso tercero sustitúyase “mayor” por “menor”.

Resultando de esto, quedaría el texto de la siguiente forma:

“Artículo 265.- Gradación y criterios. Las sanciones se graduarán en atención a la gravedad de la falta, perjuicios causados a terceros, negligencia, intencionalidad, reincidencia o cualquier otra circunstancia agravante o atenuante.

En el caso de las infracciones muy graves y graves, las superintendencias, dependiendo de los criterios señalados en el párrafo precedente, además

de la sanción pecuniaria, podrán imponer las demás sanciones determinadas para cada tipo de infracción.

Si un mismo hecho fuere constitutivo de dos o más infracciones administrativas, se tomará en consideración la más **leve**. Si las dos infracciones son igualmente graves, se tomará en consideración la que conlleve una sanción de **menor** valor pecuniario.

Las sanciones pecuniarias en firme causarán los intereses correspondientes” (el énfasis agregado y las palabras cambiadas son de mi autoría).

Los cambios sugeridos en el artículo precedente, no desvirtúan el fondo del artículo, ni el sentido del mismo, pero en cambio, su contenido con las modificaciones realizadas respetan íntegramente a la Constitución, en razón de que respeta los derechos fundamentales que tanto hemos instado en defender a lo largo de esta tesis.

4.1.7 Análisis jurídico de la reforma

La razón fundamental por la que proponemos la reforma al artículo en cuestión, es para hacer respetar los principios constitucionales plasmados en la norma suprema, que trazan los lineamientos ideológicos y jurídicos que deben incluirse en la demás normativa de menor jerarquía.

Los cambios propuestos favorecen al afectado, a diferencia de lo descrito actualmente en el contenido de la norma. El fin de la reforma es que las sanciones que se apliquen por conductas que estén tipificadas mediante una infracción administrativa, sean proporcionales y a su vez racionalizadas.

Así también, con esta reforma estamos protegiendo la aplicación de los principios pro homine y de proporcionalidad, consagrados en la Constitución, que han sido vulnerados en el contenido del artículo en cuestión. Tal como consta actualmente, permite que la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria usando su potestad sancionadora administrativa pueda aplicar sanciones

desproporcionadas. Con esta reforma podemos evitar que en el futuro se violenten derechos fundamentales de las personas naturales bajo el control de la Superintendencia.

4.1.8 Efectos jurídicos de la reforma

Estamos conscientes de la responsabilidad que conlleva llevar a cabo una reforma a una norma de nuestro ordenamiento jurídico, así como las dificultades que tendríamos para lograr nuestro objetivo, pero así también, frente a las adversidades, estamos seguros de que la propuesta planteada tiene un fin social, que beneficiará a muchas personas, debido a que lo que debe primar es buscar la justicia ante todo, por lo que los cambios propuestos llevan a ese fin general, que busca no permitir que se violenten derechos fundamentales.

El sector de la economía social y solidaria también se vería muy beneficiado con estos cambios en la norma, puesto que generaría mucho más confianza por parte de los controlados y supervisados, quienes dependen del ente de control para que el sector se mantenga firme y en constante desarrollo. De esta manera, si las sanciones administrativas son proporcionales, genera mucha más confianza en las personas naturales controladas por la Superintendencia, en virtud de que sus derechos no serán afectados, en el efecto de que incurran en alguna infracción y que la sanción que corresponda se ajusta a la realidad y a los hechos suscitados en el momento.

Así también, creemos que esta reforma genera un aporte sustancial al Derecho Administrativo Sancionador, enriqueciendo con este tipo de debates, que permitan de una vez por todas, tener normas que respeten la Constitución, sus lineamientos e ideologías. Por otra parte, que con esta reforma se acentúe la autonomía del Derecho Administrativo como rama independiente y autónoma, que posea normativa específica, adecuada a su propia realidad.

5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

- En lo que se refiere a la sanción administrativa, hemos profundizado el marco constitucional y su definición. Así también, el nexo que deben tener tanto las sanciones administrativas con los principios constitucionales para su aplicación, como los principios de legalidad, proporcionalidad y de seguridad jurídica. Finalmente, las sanciones administrativas poseen ciertos elementos como las infracciones, sanciones y el procedimiento administrativo sancionador, y deben estar previamente tipificadas dentro del ordenamiento jurídico.
- Cuando nos referimos a la potestad sancionadora administrativa, la definimos como la facultad punitiva del Estado para sancionar a individuos que hayan incurrido en infracciones o sanciones administrativas. Por otra parte pudimos ver cómo se divide la Administración pública estatal, así como los principios que integran el proceso administrativo, y la importancia jerárquica de la Constitución frente a las demás leyes de menor jerarquía. Por último, concluimos que la Administración pública tiene como objetivo cumplir los fines estatales, enmarcados en la norma.
- Hablando sobre el carácter represivo de la sanción, entendemos que el Estado tiene entre sus facultades la de sancionar administrativamente a los individuos que incurran en alguna infracción tipificada en la ley. Además, tomando en referencia lo dicho por el autor Sánchez Morón, nos explica que cuando el Estado impone una sanción administrativa, esta conlleva a una consecuencia negativa para el ciudadano, no obstante, no todas las actuaciones del Estado que conlleven a dicha condición, no necesariamente deben considerarse sanciones administrativas.
- También analizamos los principios involucrados dentro de la actividad sancionadora. Para esto, concluimos en que el Estado, dentro de su ius

puniendi, ejerce la potestad sancionadora administrativa, y que son las instituciones estatales las que deben respetar y garantizar los principios constitucionales y demás normativa, en especial cuando se trate de materia sancionadora. Además, resaltamos que la Administración, en su facultad sancionadora administrativa, no podrá considerar a la persona investigada como un objeto del poder otorgado a dicha institución, sino como un sujeto de Derecho.

- En lo que tiene que ver con la relación que existe entre el Derecho Administrativo con el Derecho Penal, comprendimos cuáles son los principios que se relacionan entre sí, como son el de subsidiariedad y el de fragmentariedad. Diferenciamos al uno del otro, en que el primero nos indica que el Derecho Penal actuará como una última instancia, para los casos en que las demás ramas del Derecho sean ineficaces de sancionar la conducta tipificada; mientras que la segunda dice que el Derecho Penal debe actuar cuando se ataquen bienes jurídicos protegidos en la ley, partiendo de que toda conducta deberá estar previamente tipificada en la norma, para luego ser traducida por medio de una sanción penal.
- Cuando nos referíamos a las sanciones administrativas como una realidad histórica, nos deja como conclusión que la tesis formalista es insuficiente, en función de que debemos comprender esta idea dentro del marco jurídico-constitucional, por el cual se explica la existencia de dos manifestaciones para ejercer la potestad punitiva del Estado, que son los límites y funciones del legislador para determinar los ilícitos, así también las garantías que son derechos de los ciudadanos.
- Al hablar de la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador, se desprende que a través del tiempo se ha intentado marcar las diferencias entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, partiendo en particularidades que distinguen ambos tratamientos jurídicos cuando hablamos de infracciones administrativas, lo que resulta evidente en que debe plantearse un tratamiento distinto al que se ha establecido en el

Derecho Penal, debido a la diferencia de acuerdo a la naturaleza del Derecho Administrativo.

- Como parte sustancial de esta tesis, nos centramos en analizar el fundamento constitucional de los principios pro homine, legalidad y proporcionalidad. En primera instancia profundizamos sobre el contenido del principio de legalidad, si bien este principio y la ponderación poseen contenidos propios, guardan relación entre sí, debido a que este principio será aplicable cuando se analicen los derechos o intereses en los que se haya determinado la colisión. No obstante, la ponderación en el ejercicio que se encarga de encontrar la validez sobre una limitación determinada, sea de una norma o de un acto de aplicación.
- En cuanto al principio de legalidad, es innegable su importancia en el ejercicio del poder público. Al ser la Constitución la norma que preside el ordenamiento jurídico, es inadmisibles pensar que el principio de aplicación directa vaya en contra del principio de legalidad, entendiendo que la Constitución proyecta ambos principios.
- Luego, nos enfocamos en analizar el impacto legal que conlleva el ejercicio del principio pro homine dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero, pudimos comprender el marco normativo aplicable para la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, así también sobre las sanciones administrativas que se aplicaron en los períodos 2013, 2014 y 2015.
- En referencia al análisis comparativo que hemos realizado con el Derecho chileno, pudimos comprender de manera doctrinaria y legal, la potestad sancionadora administrativa en el mencionado país. Primeramente, de acuerdo con los criterios de autores como Prado, Cordero, Maldonado, Soto y Huneeus, concluimos en que nos encontramos en una sociedad encaminada hacia la globalización, en una época posmoderna, en la que identificamos distintos autores (que representan a la Administración) que

por su acción u omisión crean riesgos en sus respectivos ámbitos de especialización, que pueden resultar en perjuicios o daños para las personas o cosas con su actuación.

- En lo que tiene que ver con la legislación chilena, analizamos las infracciones y sanciones administrativas, y pudimos comprender la forma en cómo se aplican las sanciones de acuerdo al tipo de infracción que esté previamente tipificada en el ordenamiento jurídico, así también de la gravedad de las mismas y el monto fijado para cada una.
- De la misma forma, nos hemos detenido a analizar el Derecho argentino, en cuanto a su doctrina y la legislación vigente. Como es de conocimiento general, el Derecho comprende normas jurídicas, las mismas que en su conjunto conforman un sistema jurídico. De acuerdo al criterio del autor Santa María Pastor, las normas jurídicas deben aplicarse conjuntamente y de forma coherente con las demás que integran el texto normativo y con las que tengan mayor jerarquía.
- En cuanto a la legislación comparada en Argentina, hemos realizado un análisis jurídico relacionado con su potestad sancionadora administrativa. Revisamos la ley que regula y controla al sector cooperativista, en la que se determinan las faltas o infracciones administrativas punibles. Luego pasamos a un análisis macro desde la visión constitucionalista, pudimos percibir que se respeta el principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones administrativas. No obstante, vemos que existe cierta restricción en la aplicación del principio pro homine al no interpretar la ley más favorable para ciertos casos que no lo contemple la ley.
- Profundizando aún más, esta ocasión sobre las diferencias y semejanzas entre los ordenamientos jurídicos chileno, argentino y ecuatoriano. Sobre las semejanzas identificadas dentro de los ordenamientos jurídicos estudiados, resaltamos las similitudes de criterios en cada uno de ellos, debido a que desde el momento mismo de las independencias de los

países latinoamericanos, han tenido que lidiar bajo las mismas circunstancias políticas y necesidades; además, para elaborar las normativas internas han tomado como fuente al Derecho Romano, pero soberanamente los países han construido sus leyes con ciertos criterios similares, que implica esa unión de los países de la región.

- Entre las diferencias con el Derecho chileno y argentino, como lo es la desproporcionalidad de sanciones e irrespeto al principio pro homine. Pese a que ambos países en sus Constituciones plasman en su contenido los principios pro homine y de proporcionalidad, se evidencia la inobservancia de la norma, lo que debe ser corregido oportunamente, a fin de evitar futuras transgresiones de derechos fundamentales.
- Sobre las ventajas y desventajas entre los distintos ordenamientos jurídicos objetos de estudio, partiendo primeramente en el caso chileno, en el que es evidente que al momento no existe un marco normativo claro y adecuado para las cooperativas, esto dificulta el correcto funcionamiento de las mismas, debido a la falta de regulación y de políticas públicas adecuadas que reflejen las carentes habilidades gerenciales. Por otra parte, en el caso de Argentina, pudimos analizar la evolución histórica del cooperativismo en ese país, así como los avances normativos e institucionales, que representan ventajas para el desarrollo de este sector; así también, se refleja la carencia del apoyo gubernamental y del exterior, lo que provocó que se tomen medidas propias para poder mantenerse pese a las circunstancias adversas
- También analizamos el impacto legal de la sanción pecuniaria del artículo en cuestión de la norma que proponemos reformar, y decíamos que si la norma permanece tal como está, la tarea del Administrador se ve tergiversada al amenazar de cierta manera con el cooperativismo al sancionar desproporcionadamente que alterna el normal funcionamiento de las organizaciones y entidades de la economía popular y solidaria.

5.2 RECOMENDACIONES

A lo largo de esta tesis hemos intentado probar que es posible plantear una reforma al Código Orgánico Monetario y Financiero, en virtud de que existe una inobservancia de la norma constitucional, cuando hablamos de respeto y garantía de derechos fundamentales. Por lo tanto nuestras recomendaciones se fundamentarán a partir de este problema jurídico, las enunciaremos a continuación:

- Revisar los contenidos de leyes de menor jerarquía, a fin de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales.
- Creemos que es necesario con este tipo de trabajos investigativos se debe buscar prioritariamente el bien común sobre el particular. Por lo que tenemos la oportunidad de beneficiar a la colectividad con nuestro accionar.
- Desde nuestro punto de vista, estimamos que el Código Orgánico Monetario y Financiero no ha sido analizado y debatido profundamente, antes de su promulgación, por lo que es imperante que se realice un exhaustivo estudio de su contenido, a fin de determinar la constitucionalidad del mismo.
- Para el desarrollo del Derecho Administrativo Sancionador como rama autónoma del Derecho Penal, es necesario que sigan surgiendo trabajos doctrinarios, así como debates que enriquezcan a esta rama del Derecho y que permitan de una vez por todas conseguir su independencia, en torno a su realidad y criterios propios.
- El Ecuador es un país ejemplar en lo que tiene que ver con la práctica del cooperativismo en América Latina y en el mundo entero, lo que nos lleva a creer que es relevante socializar mucho más la normativa aplicable dentro de los centros de estudio a nivel nacional, a fin de que se conozca más de este sector económico.

REFERENCIAS

- Achá, D. (2008). *Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la Unión Europea y su posible proyección en el ámbito de atribución de competencias de la Comunidad Andina*. Recuperado el 15 de Septiembre de 2015, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1097/1/T0616-MDE-Ach%C3%A1-Los%20principios%20de%20subsidiariedad%20y%20proporcionalidad.pdf>
- Amparo directo en revisión, 2357/2010 (7 de Diciembre de 2011).
- Aróstica, I. (1987). *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, 74.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2014). *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Quito: Registro Oficial.
- Baquer, L. (1976). Multas administrativas. *Revista de Administración Pública*.
- Baquer, L. (1991). La sanción administrativa en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas. *Revista de administración pública*.
- Bermejo, J. (1999). *Derecho administrativo, parte especial*. Madrid: Civitas.
- Bermúdez, J. (1998). Dialnet Unirioja. *Revista Chilena de Derecho*. Recuperado el 30 de Agosto de 2015, de <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650036.pdf>
- Bernal, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Borzaga, C., & Galera, G. (2012). *Promoting the understanding of cooperatives for a better world*. Euricse.
- Brewer-Carías, A. (2006). Tratados internacionales sobre los derechos humanos. *Revista Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*.
- Carbonello, M. (s.f.). *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Recuperado el 18 de Agosto de 2015, de http://www.alfonsozambrano.com/minjusticia/220810/mj-principio_proporcionalidad.pdf
- Carretero, A., & Carretero, A. (1992). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Edersa.
- Carretero, A., & Carretero, A. (1995). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: De Derechos Reunidas.
- Castillo. (1995). *Principio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias*. Madrid.
- Chávez, J. (2010). *El Principio de Proporcionalidad en la Justicia Constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar - Maestría en Derecho con Mención en Constitucional. Recuperado el 28 de Septiembre de 2015, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2270/1/T0956-MDE-Chavez-El%20principio.pdf>
- Coello, S. (2013). *Finciones Consulares y Principio Pro Homine - Análisis aplicado al caso del Dr. Manuel Antonio Muñoz, Consúl del Ecuador en Suecia entre 1931 y 1942*. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay. Recuperado el 28 de Septiembre de 2015, de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/474/1/09398.pdf>

Conesa, L. (2008). *The Tropicalization of Proportionality Balancing: The Colombian and Mexican Examples*. Cornell law school inter-university graduate student conference papers.

Constitución de la Nación Argentina. (2010). Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Constitución Política de la República de Chile. (1980). Santiago: Diario Oficial.

Constitución Política del Ecuador. (2008). *Asamblea Nacional Constituyente*. Montecristi: Registro Oficial.

Cooperativa de Pescadores Artesanales del Fin del Mundo. (2006). *IV Reunión del Consejo Federal Cooperativo y Mutual*. Recuperado el 21 de Agosto de 2015, de http://pescadoresartesanalesdelfindelmundo.blogspot.com/2011_06_01_archive.html

Cordero, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho*. Recuperado el 01 de Septiembre de 2015, de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>

Cortaza, C. (2013). *Revista jurídica online*. Recuperado el 09 de Septiembre de 2015, de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=100&Itemid=34

Cuadra, H. (2010). *La sanción administrativa*. San José: Isolma.

Darnacullea, M. (2004). *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*. Madrid, Barcelona: Civitas.

Decreto 500. (1991). *Regla generales de actuación administrativa*. Buenos Aires.

Desafíos constitucionales, Sentencia, 002-09-SAN-CC (Tribunal Constitucional del Ecuador 8 de Abril de 2009).

Dromi, J. (1983). *Instituciones del derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea.

Durton, J. (2003). *Capital social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma*. CEPAL.

Escola, H. (1984). *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Desalma.

Espinosa, K., & Ramírez, E. (2009). *Fundamentos históricos y filosóficos de la potestad sancionadora de la administración pública*. Recuperado el 12 de Agosto de 2015, de <http://www.eumed.net/rev/cccss/04/evrb.htm>

Espinosa, S. (2010). *El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar - Programa de Maestría en Derecho. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2273/1/T0944-MDE-Espinosa-El%20alcance.pdf>

Esteve, J. (2002). *Autorregulación. Génesis y efectos*. Madrid: Civitas.

Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, oc-7/86 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1986).

Fallos 247-646. (1960). *CSJN - Fernandez Arias v Poggio - Fallos 247-646*. Recuperado el 05 de Agosto de 2015, de <http://es.scribd.com/doc/132176617/CSJN-Fernandez-Arias-v-Poggio-Fallos-247-646#scribd>

Fernández, S., & Gamero, E. (2005). *Manual básico administrativo*. Madrid: Tecnos.

Feuerbach. (1822). *Ueber di Polizeistraf-Gesetzgebung überhaupt und den zweiten Theil eines*. Munich.

García, E. (2004). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

- García, E., & Ramón, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas.
- González, J., & González, F. (1999). *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Madrid: Civitas.
- González, Ó. (2001). *La justicia administrativa*. San José: Investigaciones jurídicas S.A.
- Grando, J. (2003). *Algunas consideraciones sobre la potestad sancionadora de la administración en Argentina*. Recuperado el 05 de Agosto de 2015, de <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2003/comunicaciones/01-Sociales/S-049.pdf>
- Grillo, M. (2013). *Competition rules and the cooperative firm*. Journal of Entrepreneurial and Organization Diversity.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México D.F.: Fontamara.
- Guerra, P., Jácome, H., Páez, J., Ruiz, M., Egüez, S., Mariño, M., Flores, G. (2014). *Serie de estudios sobre economía popular y solidaria, contextos de la "otra economía"*. Quito: Imprenta Calderón.
- Haberle, P. (2003). *El estado constitucional*. Lima: Héctor Fix Hierro.
- Huneeus, J. (1880). *La Constitución ante el Congreso*. Santiago: Los Tiempos.
- Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social - INAES. (2008). *Las Cooperativas y las Mutuales en la República Argentina*. Recuperado el 20 de Agosto de 2015, de http://www.aciamericas.coop/IMG/pdf/Cooperativas_y_Mutuales_2008.pdf

Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social - INAES. (s.f.). *Leyes Economía Social*. Recuperado el 15 de Agosto de 2015, de http://www.inaes.gob.ar/?page_id=396

Jaramillo, V. (2012). *Los principios generales del procedimiento administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar - Maestría en Derecho, Mención Derecho Administrativo. Recuperado el 29 de Agosto de 2015, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3192/1/T1173-MDE-Jaramillo-Los%20principios.pdf>

Kloss, S. (1996). *Derecho administrativo. Bases fundamentales*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.

Levaggi, A. (1997). *El Mercosur desde la perspectiva de la historia del derecho*. Argentina: AA.VV.

Ley de Cooperativas. (1973). Buenos Aires: Dirección Nacional del Registro Oficial.

Ley General de Cooperativas. (2003). Santiago: Diario Oficial.

Ley No. 3.460. (1978). *Código de Procedimiento Administrativo*. Corrientes: Registro del Gobierno.

Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria. (2012). *Junta de Regulación*. Quito: Registro Oficial.

López, H. (2009). *El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias*. Madrid: Thomson Reuters.

López, J. (1988). *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*. Sevilla: Ediciones del Instituto García Oviedo.

- Mattes, H. (1979). *Problemas de derecho penal administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Medellín, X. (2013). *Principio pro persona*. Recuperado el 11 de Agosto de 2015, de http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Metodolog%C3%ADa%20Pro%20Persona.pdf
- Merkl, A. (2004). *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares.
- Miguel, J. P. (2000). *Diccionario para juristas*. Roma. Recuperado el 16 de Septiembre de 2015, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2274/1/T0943-MDE-Oliveros-La%20potestad.pdf>
- Ministerio de Hacienda. (2003). *Ley Num. 19.913*. Santiago: Diario Oficial.
- Ministerio de Justicia. (1874). Código Penal de Chile. *Revista Chilena de Historia del derecho*. Obtenido de http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/21679/6/El%20C%C3%B3digo%20Penal%20Chileno%20de%201874.%20Revista%20Chilena%20Historia%20del%20Derecho%20publicar%20_p.pdf
- Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad del Gobierno de España. (2015). *Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO)*. Recuperado el 12 de Septiembre de 2015, de <http://www.imserso.es/>
- Montes, V., & Ressel, A. (2003). *Presencia del Cooperativismo en Argentina*. Recuperado el 18 de Septiembre de 2015, de http://www.econo.unlp.edu.ar/uploads/docs/cooperativas_presencia.pdf
- Montesquieu. (1992). *Del espíritu de las leyes*. México D.F.: Porrúa.
- Muñoz, F. (2001). *Introducción al derecho penal*.

- Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. (2003). *Informa sobre la situación social en el mundo 2003. Vulnerabilidad Social: fuentes y desafíos*. Nueva York: Sección de Publicación de las Naciones Unidas.
- Náquira, J. (2008). Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recuperado el 09 de Septiembre de 2015, de <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>
- Nieto, A. (1994). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos S.A.
- Nieto, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos S.A.
- Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.
- Pozo, E. (2009). *Apuntes jurídicos*. Recuperado el 30 de Septiembre de 2015, de http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/1348_DOC_884_DOC_dr.Pozo.pdf
- Prado, S. (1859). *Revista derecho*. Recuperado el 21 de Septiembre de 2015, de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf>
- Ramírez, M. (2007). *Revistas científicas*. Recuperado el 26 de Agosto de 2015, de https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAAahUKEwjD84fbgPvHAhUDQpAKHaHQDh8&url=http%3A%2F%2Frcientificas.uninorte.edu.co%2Findex.php%2Fderecho%2Farticle%2Fdownload%2F2663%2F1775&usg=AFQjCNFH550_vcvopNTw7
- Rebollo, M. (1990). Derecho administrativo sancionador de las comunidades autónomas. *Revista andaluza de administración pública*.

Resolución, 407 (2003).

Revidatti, G. (1984). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación derecho administrativo.

Robalino, J. (2006). *Marco Constitucional*. Recuperado el 21 de Agosto de 2015, de [http://www.cesarzumarraga.com/Cesar_Zumarraga/Materiales_files/Marco%20Constitucional%20Der%20Adm%20\(JavierRobalino\).pdf](http://www.cesarzumarraga.com/Cesar_Zumarraga/Materiales_files/Marco%20Constitucional%20Der%20Adm%20(JavierRobalino).pdf)

Rodríguez, M. (1960). *Visión de conjunto del derecho de América Latina*. Revista de legislación y jurisprudencia.

Román, C. (2007). *Los principios de Derecho Administrativo Sancionador*. Santiago: Revista de Derecho Público.

Sala Constitucional, 1731-93 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

Salmón, E. (2015). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 02 de Agosto de 2015, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>

Sánchez, M. (2005). *Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.

Santamaría, P. (2009). *Principios de derecho administrativo*. Madrid: lustel.

Sarmiento, D. (2004). *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Schipani, S. (1987). *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*.

Schipani, S. (1991). *I codici latino-americani della*. Padova: Cedam.

Sentencia interpretativa, 001-08-SI-CC (2008).

Sthal. (1877). Ordenanza Procesal Penal del Reich. Alemania.

Suay, J. (1989). *Sanciones administrativas*. Bolonia: Publicaciones Real Colegio de España.

Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. (2013). *Resolución para aplicación de sanciones por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria*. Quito.

Tribunal Constitucional . (2008). *El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Grijley.

Vargas, K. (2008). *Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador*. Recuperado el 17 de Agosto de 2015, de <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica14/art4.pdf>

Villaverde, I. (2008). *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio*. Quito: Miguel Carbonell.

Welzel, H. (1956). *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*. Juristenzeitung.

Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta.

Zavala, J. (2008). *La agonía del derecho*. Guayaquil: Edino.