

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo sancionador

Galo Francisco Guarderas Villafuerte

Tutora: María del Carmen Jácome Ordóñez

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Galo Francisco Guarderas Villafuerte, autor de la tesis titulada “El Control de Convencionalidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador” mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a los terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

27 de mayo de 2021

Firma: _____

Resumen

El presente trabajo busca dimensionar el alcance dado a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos dentro del marco de la gestión desarrollada por los organismos pertenecientes al sector público, así como identificar las principales tendencias doctrinarias como jurisprudenciales alrededor de las cuales se ha construido el concepto de Control de Convencionalidad.

Se analiza las diversas fuentes que asisten al proceso de interpretación y aplicación de estos compromisos internacionales, así como los principios que fundamentan la delimitación de su alcance dentro del desarrollo de las actividades de los Estados.

El marco teórico y normativo permite realizar un acercamiento razonado al contenido de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en función al ejercicio de las competencias que le han sido asignadas de conformidad a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dicho planteamiento permite establecer el margen de aplicación de los principios y reglas de interpretación presentados por la Corte IDH en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio, permitiendo incorporar elementos adicionales para definir el alcance de los principios que buscan garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos.

Como consecuencia de este análisis se establece el reconocimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de los fallos de la Corte IDH, como fuentes formales del derecho en general y en particular del derecho administrativo. Dicho reconocimiento impone el deber de todo servidor público de adecuar el contenido de su actuación al marco de protección propuesto en dicho instrumento internacional de acuerdo al alcance planteado por la Corte IDH en sus pronunciamientos, tanto en la resolución de controversias derivadas de la violación de derechos humanos por parte de los Estados partes, como en la emisión de opiniones consultivas en las que dicho organismo jurisdiccional realiza un ejercicio de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos según las reglas reconocidas en esa materia.

Palabras clave: compromisos internacionales, sentencias de la Corte Interamericana, reglas de interpretación, fuentes formales, marco de protección, opiniones consultivas

Para mi esposa e hija, quienes han sabido llenar de luz aquellos momentos de penumbra en los que la debilidad del tiempo ponían en riesgo el cumplimiento de los sueños, gracias por ser mi soporte y mi mayor inspiración, gracias por su paciencia y por el tiempo concedido, gracias por permitirme amarlas cada día y poder ocupar un espacio en su corazón. Este trabajo es el producto de un esfuerzo en familia y para la familia, las amo.

Tabla de contenidos

Introducción.....	11
Capítulo primero. El control de convencionalidad y su desarrollo dentro del sistema interamericano de derechos humanos.....	13
1. Aproximación a la temática propuesta	13
2. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos	15
3. Principio de consentimiento y alcance de las competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	19
3.1. El principio del consentimiento y aplicación de reservas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos	19
3.2. Alcance de los fallos de la Corte Interamericana en el entorno del sistema de protección de derechos humanos	24
3.3. El principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales	29
4. El control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad	31
5. Aplicación del principio <i>pro homine</i> como margen de interpretación normativa.....	39
6. Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente formal o material del derecho interno	41
6.1. Tibi vs Ecuador (2004)	41
6.2. Almonacid Arrellano vs. Chile (2006)	42
6.3. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006)	44
6.4. Radilla Pacheco vs. Estados Unidos de México (2009)	45
6.5. Caso Gelman vs. Uruguay	45
Capítulo segundo. El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo sancionador.....	51
1. El control de convencionalidad dentro del procedimiento administrativo en general.....	51
2. El <i>ius puniendi</i> como base del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración pública.....	54
3. Alcance de aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador	60

4. Principios que rigen el procedimiento administrativo sancionatorio, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos	65
4.1 Principio de legalidad	66
4.2 Principio de tipicidad	75
4.3 Principio de proporcionalidad.....	79
4.4 Principio de irretroactividad y la retroactividad como regla de excepción	85
4.5 Debido procedimiento administrativo	92
4.6 Presunción de inocencia.....	96
4.7 Plazo razonable	99
4.8 <i>Non bis in idem</i>	101
5. El control de convencionalidad dentro del procedimiento administrativo argentino	108
Conclusiones.....	113
Bibliografía.....	117

Introducción

Con fecha 12 de agosto de 1977 el estado Ecuatoriano ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, reconociendo la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones a los derechos humanos establecidos en la citada Convención.¹

A partir del año 2008, el poder constituyente plasmó una reforma sustancial al régimen constitucional de protección de los derechos humanos, configurando un nuevo alcance al tratamiento y reconocimiento de los tratados que lo componen y de su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, cuando en la Constitución de la República del Ecuador de forma textual se establece: “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 aplicación directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.²

En ese sentido el poder constituyente, reconoció a la Constitución como la norma suprema y determinó su prevalencia sobre cualquier otra disposición del ordenamiento jurídico, plasmando una regla de aplicación supraconstitucional para el caso de aquellos Tratados de derechos humanos a través de los cuales se reconozcan derechos más favorables a los contemplados en la Constitución a favor de las personas, planteando un mecanismo de aplicación directa y preferente sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico o acto del poder público, en función del reconocimiento del principio *pro homine*. Este tema se abordará en el capítulo primero del presente trabajo de investigación, que permite definir el alcance material del Control de Convencionalidad, mecanismo de verificación de la adecuación de los Estados a las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y demás normativa atinente en el ámbito regional.

La aplicación de la regla precedente plantea un problema sustancial cuando los órganos jurisdiccionales de aplicación e interpretación de dichos tratados o convenios

¹ OEA, Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969; art. 45.

² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 417.

internacionales, en países como Argentina, Colombia y Ecuador pudieren emitir criterios cuyos efectos no se encuentran claramente delimitados, cuando en varios fallos dictados por estos mismos órganos jurisdiccionales se ha establecido la obligación de los Estados Parte de realizar un procedimiento de verificación de la adecuación de sus actuaciones no sólo a los tratados o convenios ratificados sino a la Interpretación que de éstos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, criterio que ha dado lugar a la crítica de varios autores sustentados en la supuesta falta de aplicación del Principio de Consentimiento que rige las relaciones internacionales entre los estados de acuerdo a las reglas fijadas en la Convención de Viena.

En este trabajo se examinará el alcance de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como los diversos pronunciamientos doctrinales que han sido emitidos en el marco del control de convencionalidad con el objeto de definir su incidencia en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio, considerado a éste como una manifestación del poder punitivo del Estado, el cual en primera instancia se encuentra sujeto a las reglas aplicables al derecho penal sustantivo y adjetivo como son: legalidad, tipicidad, non bis in ídem, irretroactividad de la ley, proporcionalidad, plazo razonable, presunción de inocencia y debido proceso (debido procedimiento administrativo); con lo cual se materializa el marco de garantías aplicables a favor del administrado dentro de la sustanciación de este tipo de procedimientos, cuyo alcance además se podrá definir en función de los pronunciamientos dictados por dicho organismo supranacional.

El problema radica en que a la fecha, en nuestro país, no existe una adecuación a los parámetros establecidos en relación al alcance de los principios reconocidos en torno a los tratados de derechos humanos en la sustanciación y en la resolución de los procedimientos administrativos sancionatorios, esto debido al desconocimiento existente en la administración pública sobre la obligatoria aplicación de las reglas fijadas en dichos instrumentos internacionales a los cuales se ha adherido el Estado ecuatoriano, conforme al alcance que será analizado en el desarrollo del presente trabajo.

Esta es una obligación del Estado cuyo incumplimiento puede traer responsabilidades de distinta índole al mediano o largo plazo.

Capítulo primero

El control de convencionalidad y su desarrollo dentro del sistema interamericano de derechos humanos

1. Aproximación a la temática propuesta

Conforme señala Sergio García Ramírez, en la actualidad nos hallamos frente al proceso de evolución del Derecho de gentes, que no es sólo un conjunto de disposiciones sustantivas, con fuerza vinculante o sin ella, sino también de órganos y procedimientos para que aquéllas tengan la aplicación debida. Es aquí donde las garantías para hacer efectivos los derechos adquieren mayor sentido e importancia y nos enlazan con las premisas clásicas del artículo XVI de la Declaración Francesa de 1789: “no hay constitución donde no existe separación de poderes y no están garantizados los derechos naturales del ser humano”.³

El posicionamiento del Control de Convencionalidad y en general del derecho internacional de los derechos humanos en el fuero interno de los Estados, ha sido el producto de un proceso histórico, a través del cual se ha logrado obtener el reconocimiento universal de esos valores inherentes a la naturaleza misma del ser humano, así como la incorporación de diversos instrumentos internacionales como fuente formal u obligatoria del ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

Este reconocimiento ha pasado además por la búsqueda de una ubicación teórica de los derechos humanos que han transitado entre el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*:

Por una parte, el *iusnaturalismo* racionalista y deontológico o crítico, parte de la necesidad de reconocer la existencia de valores previos al derecho positivo que sirven de fundamento para establecer si la norma positiva es justa o injusta y cuya existencia en sí misma no está sujeta al reconocimiento que de éstos hagan los Estados o gobiernos. Una posición menos rígida del *Iusnaturalismo*, no se opone a la positivización de los derechos humanos y los ubican como reglas derivadas de la naturaleza racional del hombre e imputables a la naturaleza misma del ser humano por su calidad de tal, siendo estas reglas morales y sociales las que condicionan la justicia o injusticia de las normas jurídicas

³ Sergio García Ramírez, *La jurisdicción internacional: derechos humanos y la justicia penal* (México: Editorial Porrúa 2003), 484.

positivas, mismas que deben estar enfocadas al establecimiento de mecanismos que posibiliten el efectivo goce y defensa de estos derechos.

Por otra lado, los *iuspositivistas*, parten de una concepción monista del derecho y determinan que los derechos humanos, adquieren la calidad de tales solo el momento en que son reconocidos en una norma jurídica o positiva, esta posición doctrinal no desconoce la existencia de reglas morales o sociales, pero ubica a estas en un sistema distinto al jurídico, cuya existencia o adecuación a la regla moral no condiciona la validez de la norma positiva.

En una posición intermedia, se encuentra el *iusnaturalismo* moderno el cual se caracteriza por: (i) la identificación de una conexión estrecha entre derecho y moral; (ii) el empleo del método experimental para evitar el racionalismo abstracto; y, (iii) la afirmación de que el derecho positivo viene a determinar y a precisar al derecho natural. Por tanto, según esta corriente doctrinal, existe una síntesis forzada entre el derecho natural y el derecho positivo.⁴

Más allá de las diferentes posiciones doctrinales existentes, es innegable el reconocer la evolución que han sufrido los derechos humanos de acuerdo a las construcciones sociales y políticas que se han presentado a lo largo de la historia de la humanidad, en función de las cuales se ha reconocido de forma casi unánime el origen de estos derechos en la dignidad del ser humano y en la necesidad de incorporar a éstos en la norma jurídica positiva con el objeto de establecer mecanismos que garanticen su efectivo goce y protección; en ese sentido, Carlos Villán Durán, ha señalado que

el fundamento del DIDH se encuentra en la *dignidad* del ser humano, porque es la única idea-fuerza que aglutina las diferentes concepciones culturales, filosóficas, políticas, ideológicas, religiosas, morales y sociales presentes en el mundo contemporáneo. Precisamente el éxito de la DUDH de 1948, cuya vigencia continúa hoy más fresca que nunca, se debe a que sus redactores tuvieron el acierto de fundamentar los derechos humanos, por primera vez reconocidos en un texto universal, en el elemento básico de la dignidad de la persona, en el que se reflejan todas las culturas de la humanidad.⁵

En igual sentido, Sergio García Ramírez ha señalado que la vigencia real de los derechos humanos está en el conjunto de valores que se arraigan en la dignidad del hombre y asegura el desenvolvimiento de éste, de donde además deriva la efectividad de

⁴ Alberto Vergara Molano, *Derecho internacional público*, 2.^a ed. (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 1995), 74.

⁵ Carlos Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos* (Madrid: Editorial Trotta, 2002), 92.

todos los derechos; en ese sentido, dicho autor señala que el sacrificio de unos en aras de otros deja a la persona al descubierto y conspira contra esa vigencia real que constituye el *desiderátum* del mundo civilizado y, aún más, la prenda o muestra fehaciente de esa civilización.⁶

Por tanto, el reconocimiento del valor de la dignidad del ser humano como fundamento último del régimen jurídico de los derechos humanos y su incorporación a lo largo de los numerosos textos convencionales y no convencionales que siguieron a la aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, constituye la raíz y elemento fundamental dentro de la definición de la naturaleza jurídica de los derechos humanos, y la consecuente conciliación entre las corrientes *iusnaturalistas* y *iuspositivistas*;⁷ este es el punto de partida que nos permitirá identificar el ámbito de aplicación material de las reglas contenidas en diversos textos normativos referentes a la protección de los derechos humanos y en particular el alcance que ha de darse al control de convencionalidad en el marco del derecho interno de los estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos

Producto del desarrollo histórico y teórico, se ha llegado a identificar, en un consenso mayoritario, las fuentes que sirven de guía para la construcción e interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las cuales se encuentran recogidas, entre otros instrumentos internacionales, en el Estatuto de la Corte internacional de Justicia, cuyo artículo 38.1 identifica las siguientes:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados Litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y,
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.⁸

⁶ García Ramírez, *La jurisdicción internacional*, 13.

⁷ *Ibíd.*, 7.

⁸ ONU Asamblea General, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, 26 de junio de 1945, art. 38.1.

En cuanto a las convenciones internacionales, es preciso clarificar que en el marco de dicho término se incorporan todos los documentos que proclaman y en los que se pacta la observancia de los derechos humanos, así como en aquellos en los cuales se establecen parámetros de conducta a ser observados por los sujetos del derecho internacional público, determinando deberes de éstos frente a los individuos, sin ningún tipo de distinción. Estas obligaciones de los Estados derivan entonces del respeto y tutela de libertades y derechos que determinan el marco de responsabilidad internacional, para lo cual se debe determinar el margen de vinculación del afectado con el Estado y que la violación producida provenga de una persona, grupo u órgano que actúe a nombre, por encargo o con la complacencia del propio Estado.⁹

La aplicación de estas reglas puede tener injerencia en el ejercicio de la soberanía de la cual gozan los diversos Estados que conforman la comunidad internacional; por dicha razón, resulta indispensable establecer el alcance de dicho concepto en el entorno del derecho internacional público y su vinculación con la aplicación de principio de autodeterminación (regla de consentimiento) como limitante o eximente de responsabilidad de un Estado en función de la aplicación de reservas, punto este último que será objeto de un desarrollo más detallado en el próximo acápite.

Bajo ninguna circunstancia, la soberanía puede constituir una carta en blanco a favor de los Estados, ni representar el reconocimiento omnímodo de la independencia de éstos frente a sus relaciones con la comunidad jurídica internacional; es decir, los Estados se encuentran sujetos a las observancia de las reglas establecidas en la ordenación jurídico-positiva correspondiente y a su reconocimiento como personas jurídicas limitadas en el marco del derecho internacional público. En ese sentido George Jellinek ha señalado que

la soberanía del Estado es ilimitada y absoluta mientras no exista otro poder exterior que pueda en forma jurídica obligar al Estado a cambiar su derecho. Esto quiere decir que el Estado puede cambiar y modificar su derecho, pero mientras exista derecho, el Estado se encuentra obligado, puesto que el Estado no puede pasar por encima de sus propias normas. Es decir que la voluntad todopoderosa del Estado se autoimpone el deber de respetar el orden jurídico que ha instituido.¹⁰

⁹ García Ramírez, *La jurisdicción internacional*, 145.

¹⁰ Georg Jellinek, *Teoría general del estado* (México: FGE, 2004), 110-1.

Por tanto, en el marco de las relaciones internacionales, el margen de actuación de los Estados se encuentran supeditado tanto a las normas convencionales suscritas en el ejercicio de su propia soberanía con otros Estados o sujetos de derecho internacional, como por las normas derecho internacional de carácter general.¹¹ En ese sentido, Heller ha señalado que

cada instancia decisoria creada convencionalmente, un tribunal o una instancia arbitral o una mediación política, tienen como límites fijos la soberanía de los estados delegantes. El estado que no se ha sometido convencionalmente a una instancia decisoria es el único que decide, por sí y ante sí, dentro del marco de las normas jurídicas fundamentales, cuáles son los límites de su actividad.¹²

Por otra parte, Hans Kelsen, contrario a los presupuestos previamente referidos, planteó la “erradicación” del concepto de soberanía, al que califica únicamente como el presupuesto de un orden normativo como orden supremo que no necesita derivarse de ningún orden superior para ser válido,¹³ este autor considera que la soberanía estuvo atada históricamente el fortalecimiento de la monarquía absoluta siendo actualizada en los nuevos modelos de gobierno con fines políticos, creando confusión y presentando deseos políticos como verdades absolutas,¹⁴ el problema entonces se ha centrado en el debate existente entre el dualismo y el monismo, siendo Kelsen propulsor de monismo dentro del orden jurídico internacional, postulando que el derecho internacional y el estatal forman parte de una unidad, siendo una decisión política o filosófica el establecer la primacía de una frente a la otra.¹⁵

El dualismo, por otra parte, reconoce la existencia de dos sistemas jurídicos independientes, el uno conformado por el derecho interno que parte a la voluntad de un solo Estado y regido por el principio de subordinación en cuanto a los sujetos obligados a su cumplimiento y observancia; y el otro conformado por el Derecho Internacional, el

¹¹ “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como un norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional”. ONU, Asamblea General, *Convención de Viena*, 23 de mayo de 1969, art. 53.

¹² Hermann Heller, *La soberanía*, 2.^a ed. (Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 1995), 91.

¹³ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2.^a ed., trad. Roberto Vernengo (México: UNAM, 1986), 336-7.

¹⁴ Hans Kelsen, *Teoría general del estado* (Barcelona: Editorial Labor, 1934), 148.

¹⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho de los tratados*, 2.^a ed. (Bogotá: Editorial Leyer, 1995), 89.

cual parte de la voluntad de un conjunto de Estados regidos por los principios de igual y coordinación,¹⁶ en ese sentido el derecho internacional no puede alcanzar a los individuos directamente y requiere ser transformado en derecho interno, siendo obligación del Estado el dictar la normativa que fueren pertinente para viabilizar el alcance de la normativa internacional al individuo.

Más allá de las discusiones teóricas planteadas, ya en los diversos ordenamientos jurídicos se ha dado una amplia recepción al concepto de soberanía, reflejado en los diversos instrumentos internacionales en los que se ha incorporado reglas tales como el margen de apreciación nacional, libre consentimiento, igualdad de derecho, entre otros. Sin embargo, los compromisos asumidos por los Estados partes al ratificar o adherirse a un Convenio o Tratado internacional, obligan a éstos al cumplimiento obligatorio de sus disposiciones en función del principio de buena fe (*pacta sunt servanda*) y a limitarse a establecer reservas que pueden modificar el objeto o finalidad que la comunidad internacional o los Estados partes buscaron con su aprobación, principalmente en lo que refiere a la reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Por otra parte, al referirnos a los principios generales como fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, podemos identificar: (i) el de autonomía de la voluntad (Principio de Convencionalidad); y, (ii) buena fe, principios a los que daré especial atención en el siguiente acápite, dada su importancia en cuanto a la identificación del entorno en el cual se desarrollan las relaciones del Derecho Internacional Público en general y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular.

Finalmente, en lo que refiere a las decisiones judiciales de los organismos supranacionales, es necesario establecer cuál es el alcance de vinculación que tienen estos fallos frente a los Estados que han ratificado o se han adherido a un instrumento internacional, en particular en lo que refiere a la protección de los derechos humanos en el marco de aplicación de la Convención Americana, así como identificar las competencias que le son asignadas a estos órganos auxiliares del sistema interamericano, a fin de establecer, en base a la aplicación de los principios previamente referidos, si las decisiones adoptadas por parte de los órganos jurisdiccionales son de observancia obligatoria únicamente para los Estados que son parte de un litigio o si sus efectos alcanzan de forma genérica (*erga omnes*) a todos los Estados que han ratificado o se han

¹⁶ *Ibíd.*, 88.

adherido a dichos Tratados o Convenciones más allá de su intervención o no como partes procesales.

Por tanto, identificadas las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, es preciso entrar en el estudio del alcance de los principios que lo rigen, considerando que los mismos constituyen el punto de partida para delimitar el ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales así como de los fallos emitidos por los órganos jurisdiccionales instituidos en el marco de dichos compromisos supranacionales.

3. Principio de consentimiento y alcance de las competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

3.1. El principio del consentimiento y aplicación de reservas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos

De acuerdo con la doctrina, la formalización de un tratado internacional es un acto complejo, cuyo procedimiento comprende la negociación, la firma, la ratificación y el canje de ratificaciones. El tratado no adquiere fuerza jurídica sino por la ratificación que, según Rousseau, es la aprobación dada al tratado por los órganos internos competentes para obligar internacionalmente al Estado, en ese sentido podemos decir que “la conclusión o celebración del tratado determina el consentimiento definitivo del Estado”.¹⁷

Por tanto, la bilateralidad o multilateralidad de los tratados no impone obligaciones a los Estados que no son parte de ellos, ni modifican en modo alguno su contenido sin su consentimiento.

El consentimiento se manifiesta o exterioriza mediante la firma del instrumento, el canje del instrumento que constituya el tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido, conforme lo dispuesto en el artículo 11 de la Convención de Viena.¹⁸

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados es, principalmente, una codificación del derecho consuetudinario. Ciertas normas de este cuerpo preceptivo se erigen como derecho nuevo, por ejemplo el artículo 46 sobre disposiciones de la

¹⁷ *Ibíd.*, 51.

¹⁸ “El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”. ONU, Asamblea General, *Convención de Viena*, 23 de mayo de 1969, art. 11.

legislación interna concerniente a la competencia para celebrar tratado, entre otras son simplemente modificación del derecho internacional general existente, como el caso del sistema de reservas. En ese sentido, dicha convención ha establecido el conjunto de preceptos aplicables sólo a los tratados celebrados por escrito y regidos por el derecho internacional. Ello sin perjuicio de señalar que constituyen pautas hermenéuticas que sirven como criterios de interpretación para los tratados celebrados por los Estados que no han ratificado dicha normativa, pues como dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 3 (OC-3/83, Restricciones a la Pena de Muerte), los criterios que determina este instrumento pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema de los derechos humanos.¹⁹

El régimen de reservas se encuentra regulado en la Convención de Viena, y constituye uno de los mecanismos de exteriorización del consentimiento, cuyo alcance se encuentra definido en el mismo instrumento internacional en donde se determinan las reservas permitidas y las prohibidas. En el caso de que un tratado no contemple un procedimiento específico para la aceptación de las reservas, los Estados parte pueden formularlas siempre y cuando estas no se contrapongan o sean contrarias al objeto y fin del mismo.

Por tanto, según esta fórmula, el Estado parte que establece una reserva asume el riesgo de si, en algún momento, sus reservas son declaradas invalidas por el órgano supervisor, la consecuencia será que la norma materia de la reserva entrará en vigor ignorándose la reserva en cuestión.

María Angélica Benavides, en varias publicaciones sobre el control de convencionalidad ha señalado que el consentimiento es la base para la generación de obligaciones en el derecho internacional; por tanto, según indica dicha autora, no hay fuente jurídica que no radique su fuerza vinculante y obligatoriedad en este elemento central del ordenamiento jurídico.²⁰

Además, la misma autora, ha señalado que la obligatoriedad de someterse a la jurisdicción de un tribunal supranacional, se encuentra sujeta al consentimiento entregado por el Estado, es así como la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

¹⁹ Juan Carlos Hitters y Oscar L. Fappiano, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. I, vol. I (Buenos Aires: Ediar, 2007), 420.

²⁰ María Angélica Benavides-Casals, M. “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *International law: Revista colombiana de derecho internacional*, n.º 27 (2015): 141-66, doi:10.11144/Javeriana.il15-27.eeos.

deriva de la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹ cuando en su artículo 32.1 de forma textual indica que “La competencia del tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y sus Protocolos que le sean sometidos”.²²

Por tanto, en base al criterio previamente referido, dicha autora señaló que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no escapa a la aplicación de dicha regla de consentimiento para el sometimiento de un Estado a la jurisdicción de un tribunal supranacional. En ese sentido el artículo 62, numeral 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que

todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención;²³

Así mismo en dicho artículo se establece que

la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso haya reconocido o reconozcan dicha competencia, otra por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.²⁴

En función de los presupuestos previamente referidos la profesora Benavides señaló que

las instancias jurisdiccionales internacionales interpretan la norma (la convención) para obtener una norma jurídica vinculante (la sentencia) obligatoria para las partes en juicio. Sostener que esa sentencia es vinculante para otros sujetos requeriría algunas de las situaciones siguientes: o que esté expresamente señalado así en el texto (no lo está) o que se derive de una interpretación que las partes hacen de la competencia entregada a la Corte (lo que aún no se ha cristalizado)

[...] La Corte puede llenar de contenido los pasajes de la Convención para encontrar la mejor y más protectora interpretación de los derechos contenidos en ella, utilizando el elemento sistemático recogido en el artículo 31 de la Convención de Viena, que se refiere a la interpretación de los tratados. Esta regla contiene el elemento gramatical, sistemático y teleológico. Esta regla se enriquece mediante la utilización de

²¹ *Ibíd.*, 150.

²² ONU, Asamblea General, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, art. 32.1.

²³ OEA, Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 62.

²⁴ *Ibíd.*

criterios hermenéuticos propios del sistema de derechos humanos, como el principio *pro homine*.²⁵

Por tanto, según criterio de dicha autora, la sujeción de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y a los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentra sujeta a la aplicación irrestricta del consentimiento plasmado en la definición de las competencias asignadas a dicho organismo jurisdiccional supranacional, por lo que el alcance de sus criterios interpretativos (*inter parte o erga omnes*) se encuentran sujetos al margen de actuación que le es reconocido a éste por los Estados parte.

Frente a esta posición, quizás bastante estricta en cuanto a la definición de la importancia de la regla del consentimiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado la existencia de una diferencia entre los tratados de derechos humanos y los tratados en general, la cual radica en el peso que se le asigna a cada una de éstas dentro de la interpretación teleológica; así, en la Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana se ha subrayado que “los tratados modernos de derechos humanos, en general, y en particular la Convención interamericana, no son tratados multilaterales de tipo transaccional. Su objetivo y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.²⁶

Igualmente en la Opinión Consultiva OC-2, relativa al efecto de las reservas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló

que los tratados modernos sobre derecho humanos, en general, y en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derecho para el beneficio mutuo de los Estados Contratantes. Su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.²⁷

En ese sentido Pedro Nikken, ha señalado:

²⁵ Benavides-Casals, *El efecto erga omnes de las sentencias*, 153.

²⁶ Corte IDH, “Opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982”, *El efecto de las reservas sobre la entrega en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 24 de septiembre de 1982, párr. 29, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1261.pdf>.

²⁷ Miguel Carbonell, *Derecho internacional de los derechos humanos* (México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002), 559.

En esa perspectiva, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecúe a los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Si recordamos además que el interés jurídico tutelado por esos instrumentos no es, al menos directamente, el de los Estados Parte sino del ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido en que mejor garanticen la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las dos disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente.²⁸

En el fallo del 24 de septiembre de 1999, relacionado con el retiro de declaraciones de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de derechos Humanos por parte de Perú, este organismo jurisdiccional señaló que

al someter a esa cláusula (de aceptación de competencia) queda el Estado vinculado a la integridad de la Convención [...] El Estado Parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del tratado como un todo [...] El instrumento de aceptación de la competencia de la Corte debe, pues, ser apreciado siempre a la luz del objeto y propósito de la Convención Americana como tratado de derechos humanos.²⁹

La especificidad de los tratados de derechos humanos, viene dada entonces por el hecho de que éstos constituyen instrumentos a través de los cuales se crean órganos encargados de supervisar su aplicación por voluntad de las partes, con la facultad de determinar la extensión de los compromisos adquiridos, interpretar el alcance de sus cláusulas, evaluar la licitud de las reservas y definir el alcance de su propia competencia, con lo cual la función de dichos órganos es la de garantes del ordenamiento normativo y de los derechos fundamentales de la persona.

Por tanto, conforme señala García Ramírez, la interpretación que haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos de las disposiciones de la Convención deberá ajustarse, como lo prevé la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la buena fe y al objeto y fin de ese instrumento. Los datos para la interpretación de los convenios internacionales han sido extensamente examinados por la jurisprudencia y la doctrina. “Objeto y fin – se ha escrito – componen un criterio de interpretación en el que

²⁸ Pedro Nikken, *Base de la progresividad en el régimen internacional de protección a los derechos humanos* (Washington: OAS, 1985), 32.

²⁹ Corte IDH, “Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (reparaciones, costas)”, *Caso del Tribunal Constitucional vs Perú*, 24 de septiembre de 1999, párr. 45, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf.

el primer elemento – el objeto – desempeña el papel del realismo y de la moderación, y el segundo – el fin – el papel del idealismo y del progreso”.³⁰

De allí entonces que en la interpretación de las normas convencionales se atienda preferentemente en función al principio *pro homine*, que resulta ser una manera de interpretación conforme a los derechos humanos,³¹ aspecto al que nos referiremos en otro acápite de la presente investigación.

3.2. Alcance de los fallos de la Corte Interamericana en el entorno del sistema de protección de derechos humanos

Identificado el alcance de la regla del consentimiento dentro de las relaciones internacionales y su tratamiento especial en cuanto al alcance de esta en relación a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, es necesario centrar nuestra atención en identificar el alcance de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La defensa de los derechos en el orden internacional como interno, no sería factible o al menos resultaría insuficiente si no hubiere instancias ante las cuales el titular de esas facultades y libertades pudiera reclamar su observancia.

Por tanto, los órganos que tienen asignadas atribuciones jurisdiccionales, deben constituirse como verdaderos tribunales, ello significa que éstos deben estar dotados independencia, y sus dictámenes deben tener efecto vinculante para los Estados, característica esta última que marca la diferencia entre una recomendación y una sentencia.³²

La existencia de una violación a derechos humanos trae consigo una responsabilidad a cargo de entidades o personas, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, la responsabilidad del Estado por hechos realizados por personas físicas formalmente vinculadas a él, a título de agentes, servidores públicos, funcionarios, empleados o de otros sujetos que guardan cierta relación con él o cuya conducta trae consecuencias que el ordenamiento jurídico considera equitativas para el Estado que ha sido omiso o distante.³³

³⁰ Sergio García Ramírez, *La jurisdicción internacional. derechos humanos y la justicia penal* (México: Editorial Porrúa 2003), 68.

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*, 154.

³³ *Ibíd.*, 86.

El Derecho Internacional entiende que “la responsabilidad internacional de los Estados puede surgir como consecuencia de los actos u omisiones de cualquier de sus órganos, cualesquiera que sean las funciones que desempeñan”,³⁴ por tanto el deber de adecuar la conducta de los agentes públicos al estándar de protección de derechos establecidos en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, representa un mandato imperativo para precautelar la responsabilidad del Estado derivada de sus acciones u omisiones.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra conformado: (i) por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, (ii) la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH cuando establece que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.³⁵

Esta disposición estaría relacionada con el ejercicio de la actividad contenciosa, en la cual existen partes en controversia en la que se identifica por un lado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de forma directa y a una víctima de forma indirecta y por otro lado a un Estado presuntamente infractor cuyas acciones u omisiones son objeto de revisión por parte del órgano jurisdiccional supranacional.

Cuando un Estado reconoce de forma incondicional la competencia de la Corte Interamericana en materia contenciosa, no puede retirar su declaración de aceptación de dicha competencia, sin que se presente la denuncia respectiva a la Convención Americana,³⁶ lo cual significa que el Estado manifieste su intención de desvincularse para el futuro de la obligaciones asumidas al ratificar un acuerdo, el Ecuador al momento de ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos realizó el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos:

[...] De acuerdo con lo prescrito en el párrafo 1 del artículo 62 de la Convención antes mencionada el Gobierno del Ecuador declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos

³⁴ Max Sorensen, *Manual de derecho internacional público* (México: Fondo de Cultura Económica, 1973), 516.

³⁵ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 68.1.

³⁶ Véase por ejemplo el artículo 78 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación a la Convención.³⁷

Dicho reconocimiento se realizó por un plazo indeterminado y bajo condición de reciprocidad, reservándose la facultad de retirar el reconocimiento de estas competencias cuando lo estime conveniente.

Caso diferente es el de la opiniones consultivas emitidas por la propia Corte Interamericana, mismas que según el artículo 64 de la Convención Americana, versan sobre la interpretación de la misma o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos o sobre la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de los estados parte con los mencionados instrumentos internacionales.³⁸

La Opinión Consultiva es una interpretación en abstracto y no debe confundirse con una sentencia de la Corte emitida en el marco de un caso contencioso. Sin embargo ello no significa que dichas opiniones no tengan efecto jurídico, en ese sentido la Corte Interamericana ha señalado que

aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tienen el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado y órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.³⁹

Por tanto, según Loretta Ortiz Ahlf, la obligatoriedad de las opiniones consultivas está dada por el instrumento internacional que interpretan, es decir, al interpretar un tratado, dicha interpretación tiene el mismo valor y fuerza jurídica que el texto interpretado.⁴⁰

³⁷ OEA, Asamblea General, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, declaraciones/reservas/denuncias/retiros/referencias del Tratado, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Ecuador.

³⁸ “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”. OEA, Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 64.

³⁹ Corte IDH, “Opinión Consultiva 15/97 de 14 de noviembre 1997”, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 14 de noviembre de 1997, párr. 26, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf.

⁴⁰ Loretta Ortiz Ahlf, “Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos”, en *Derecho internacional de los derechos humanos*, comp. Claudia Martín (México: Distribuciones Fontamara, 2004), 47.

Las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos deben ser calificadas como obligaciones objetivas, porque tienden a proteger los derechos fundamentales de los particulares, criterio que surge a partir de la Opinión Consultiva 2/82 sobre el efecto de las reservas en relación a la entrada en vigencia de la Convención Americana, donde queda claramente evidenciada la limitación de los estados en cuanto a la aplicación del principio de reserva, criterio que es compartido por la Corte Europea de Derechos Humanos cuando ésta señala dentro del caso Irlanda c. Reino Unido del 18 de enero de 1978, que “a diferencia de los tratados internacionales de carácter clásico, la Convención desborda el marco de la simple reciprocidad ente los Estados Parte. Más que una red de compromisos sinalagmáticos bilaterales, crea obligaciones objetivas que, según su preámbulo, se benefician de una garantía colectiva”.⁴¹

Frente a este criterio, Gabriela Rodríguez ha señalado que en los tratados de derechos humanos, la dimensión contractualista de los tratados se atenúa pero no desaparece en la medida en que la regulación convencional desborda la reciprocidad de derechos y deberes entre los Estados Parte, ya que éstos buscan la consecución de un interés común más que la satisfacción de intereses particulares. Sin embargo, el principio de consentimiento de los Estados no desaparece pero aparece atenuado y corregido. La soberanía de los Estados no queda desplazada por la existencia de dichos tratados, tanto universales como regionales, ya que los mismos sólo vinculan a los Estados Parte, y la vinculación a los mismos no es más que prueba de un acto soberano del Estado.⁴²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que en los términos del citado artículo 1, la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención implica reconocer que el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de los derechos humanos como atribuciones inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Por ello, es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una

⁴¹ Corte Europea de Derechos Humanos, “Eur. Ct. H.R., judgment merits and just satisfaction de 18 de enero de 1978”, *Case of Ireland v. The United Kingdom*, App 5310/71, 18 de enero de 1978, párr. 239, www.echr.coe.int.

⁴² Gabriela Rodríguez Huerta, “Normas de responsabilidad internacional de los estados”, en *Derecho internacional de los derechos humanos*, comp. Claudia Martín (México: Distribuciones Fontamara, 2004), 65.

institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se estará ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.⁴³

Agustín Gordillo, en cuanto al alcance del control de convencionalidad, ha señalado que una interpretación realista y sensata; valiosa y justa; teleológica o finalista; que tome en cuenta las circunstancias fácticas que determinó la adhesión a los tratados o convenios de derechos humanos “no puede sino buscar aquellos métodos de interpretación que en cada caso aseguren mejor la efectividad y vigencia de tales normas y principios. O sea, debemos buscar y aceptar de corazón las innovaciones del sistema que nos permita gozar de una mayor efectividad de nuestros derechos”.⁴⁴

En igual sentido indica que

No se trata entonces de hacer una suerte de ‘neutra’ orfebrería o albañilería jurídica, un trabajo de dogmática o de lenguaje formal de textos positivos en el cual busquemos de qué modo interpretar cada art. para llevarlo a su inexigibilidad, no vigencia o inaplicabilidad. La única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos y comunitarios en general, será aquella que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales y la integración regional.⁴⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la justicia internacional, que conoce de responsabilidades internacionales del Estado aspecto fundamental que la distingue de los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales se pronuncian sobre las responsabilidades individuales de los servidores públicos que actúan en el ejercicio y con motivo de sus funciones, y ocasionalmente sobre las responsabilidades del Estado mismo, con sustento en normas interiores.⁴⁶

La regla clásica que regula el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye el previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción doméstica, concepto que, según señala García Ramírez, abarca en general “los procedimientos domésticos, cualquier que sea la denominación que se les asigne, a condiciones de que se trate de medios o remedios jurídicos accesibles, expeditos y pertinentes para combatir un

⁴³ Corte IDH, “Sentencia de 29 de julio de 1998 (Fondo)”, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* 29 de julio de 2010, párr. 165, 169 y 170, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

⁴⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. I (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), VI 19-20, https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ García Ramírez, *La jurisdicción internacional*, 154.

acto o esclarecer una situación de lo que resultará la calificación jurídica del acto cuestionado con la consecuencias pertinentes”.⁴⁷

Por tanto según señala García Ramírez

La justicia internacional sólo estará llamada a intervenir cuando se han agotado los recursos internos de solución, lo cual constituye, por otra parte, una regla del Derecho internacional consuetudinario, observada a partir de conflictos entre Estados a propósito de la protección diplomática del nacional de uno de estos frente a actos del otro. De aquí se desprende, por otra parte, la enorme importancia que reviste la actuación de autoridades y jurisdicciones nacionales, cuya eficacia minimiza y excluye la operación de tribunales internacionales.⁴⁸

Por tanto, según señala García Ramírez “la jurisdicción internacional no excluye o subordina a la nacional; es subsidiaria de esta; opera solamente cuando no ha sido posible satisfacer la pretensión a través de los medios nacionales dispuestos para este efecto. La propia Convención dispone la existencia de estos medios jurisdiccionales”.⁴⁹

3.3. El principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales

El artículo 2 de la Carta de la Organización de la Naciones Unidas, estableció que el deber de cumplir las obligaciones de buena fe, se subordina al hecho de que estas hayan sido contraídas de conformidad con la Carta, pues de lo contrario, se obtendría un resultado no aceptable, ni por el derecho ni por la moral. El artículo 13 de la declaración sobre derechos y deberes de los Estados de 1949, contiene la siguiente declaración: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que derivan de los tratados y otras fuentes del derecho internacional y no puede invocar las disposiciones de su Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir ese deber”.⁵⁰

Estas reglas de convivencia que obligan a los Estados a dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por estos, hasta antes del año 1969 (fecha de adopción de la Convención de Viena), se encontraban reconocidas en la costumbre internacional, la doctrina, la jurisprudencia y la política del poder.⁵¹ Sin embargo, estas

⁴⁷ *Ibíd.*, 182.

⁴⁸ *Ibíd.*, 66.

⁴⁹ *Ibíd.*, 67.

⁵⁰ *Ibíd.*, 92.

⁵¹ Monroy Cabra, *Derecho de los tratados*, 39.

normas consuetudinarias, que por definición de Carrillo Salcedo, constituyen “una generalización de la práctica de los Estados, es decir, la prueba de un consenso general de expectativas generalmente aceptadas como derecho, o, si se prefiere, la cristalización de un consenso de los Estados respecto a una determina pauta de comportamiento que se impone como derecho objetivo” fueron positivizadas el 21 de marzo de 1969 con la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en la cual se reconocen de forma explícita, entre otros principios el de Buena Fe.

En ese sentido el artículo 26 de la Convención de Viena, determina que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.⁵² Por tanto los tratados son asumidos como normas vigentes en el mismo ámbito de validez territorial y personal que cubre el derecho nacional, y de esta suerte crean obligaciones a cargo del Estado y facultades en favor de los gobernados.⁵³

Para García Ramírez el principio de buena fe es un principio ético y de derecho,⁵⁴ el cual implica una obligación jurídica, que hay que respetar no solo en el contenido literal de sus palabras, sino además considerando el espíritu del tratado, absteniéndose de ejecutar actos que desvirtúen su genuino sentido, es decir, que lo contraríen.⁵⁵

Por tanto, los Estados parte de una convención internacional están obligados a adoptar todas las acciones que fueren necesarias y pertinentes para el cumplimiento de los compromisos asumidos. Todo Estado se halla sujeto a la cláusula *pacta sunt servanda*, como elemento fundamental en las relaciones internacionales, sin que se pueda argüir la aplicación de normativa de carácter interno para distraerse del cumplimiento de las obligaciones legítimamente contraídas.

Los convenios sobre derechos humanos contienen estipulaciones precisas, a título de obligaciones generales, en torno a los derechos de los Estados conducentes a la puntual observancia de los derechos individuales: medidas de tutela y remoción de obstáculos.⁵⁶

En la sentencia No. 11-18-CN/19 del 12 de junio de 2019, al referirse al principio de buena fe, la Corte Constitucional del Ecuador, señaló:

38. De lo dicho, se desprende que las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tienen la obligación

⁵² ONU, *Convención de Viena*, art. 26.

⁵³ García Ramírez, *La jurisdicción internacional*, 142.

⁵⁴ *Ibíd.*, 92.

⁵⁵ *Ibíd.*, 93.

⁵⁶ *Ibíd.*, 805.

de cumplir de buena fe, sin que se pueda 'invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'. Los derechos y las garantías que se derivan de la interpretación auténtica de la Corte IDH a la CADH, que consta en las opiniones consultivas, son parte del sistema jurídico ecuatoriano, y tienen que ser observados en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia.⁵⁷

En igual sentido la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que el Estado debe cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que emanan de un tratado internacional de derechos humanos soberanamente ratificado y no debe justificar su incumplimiento invocando normas del derecho interno, aún si son constitucionales. Caso contrario, el Estado incurriría en responsabilidades internacionales.⁵⁸

4. El control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad

Luís Castillo Córdova ha señalado que el fundamento último de la obligatoriedad de los derechos humanos es el valor de fin que en sí misma tiene la persona humana, es decir, la dignidad humana⁵⁹ que debe constituir el valor superior que oriente el contenido de la Constitución y la actividad estatal en todas sus manifestaciones, sobre la base del reconocimiento de la persona como la finalidad del comportamiento estatal y nunca como un medio.⁶⁰

Para Roberto Gargarella “el estado no reprime a las personas por sus convicciones más íntimas; cuida que nadie interfiera con el modo de vida de cualquier otro; y, asumiendo el valor igual de todos sus miembros, hace razonable esfuerzos para que todos estén en condiciones de desarrollar sus proyectos vitales.”⁶¹

El modelo implícito en la actual constitución se entiende como una reacción humanista a los abusos del modelo constitucional autoritario y empresarial que se desarrolló en nuestro país en los últimos años y se da como una respuesta obvia a la crisis del paradigma que imperó en el país desde 1984 hasta 2006.⁶²

⁵⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *consulta n.º:11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, 12.

⁵⁸ *Ibíd.*, 17.

⁵⁹ *Ibíd.*, 50-1.

⁶⁰ Albert Bleckman, *Staatsrecht II – Die grundrechte* (Berlín: *öffentliche verwaltung*, 1997), 539.

⁶¹ Roberto Gargarella, *Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003), 3.

⁶² Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coords. Jorge Benavidez Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2003), 38.

Este nuevo modelo constitucional, consiste en la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, lo que ha llevado a profundos cambios tanto en la parte dogmática como orgánica de la constitución, empezando por el reconocimiento de la primacía de derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas, así como la ampliación del catálogo de derechos, más allá de su reconocimiento formal.⁶³

Por tanto, bajo esta concepción el Constitucionalismo es calificado como una modalidad del Estado de Derecho que impone límites formales y sustantivos al legislador democrático; como filosofía política crítica que requiere partir de una idea del Estado como instrumento artificial diseñado al servicio de una moral pública basada en los derechos; y como teoría del Derecho, capaz de poner de relieve las antinomias y lagunas interna al sistema, las contradicciones ente los distintos niveles normativos.⁶⁴

Posición que se contrapone a una visión escueta del Constitucionalismo, que tuvo entre sus propulsores a Hans Kelsen, quién limito el papel de la constitución al establecimiento de normas de competencia y procedimiento, esto es, a una idea de Constitución como *norma normarum*, como norma reguladora de las fuentes del Derecho, y con ello, de la distribución y del ejercicio del poder entre órganos estatales.⁶⁵

Más allá de esta posición doctrinaria, en la actualidad, no cabe duda que el Estado Constitucional representa una fórmula de Estado de Derecho, pues si la esencia del Estado de Derecho está en el sometimiento del poder al Derecho, sólo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo.⁶⁶ Por tanto los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y en la medida en que aquella disciplina incorpora números aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.⁶⁷

La Constitución entonces ya no es sólo la norma suprema dirigida a condicionar de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del

⁶³ *Ibíd.*, 40-1.

⁶⁴ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2003), 107.

⁶⁵ *Ibíd.*, 110.

⁶⁶ Luigi Ferrajoli, “Estado de derecho: entre pasado y futuro”, en *Cambio de paradigmas en la filosofía política* (Madrid: Fundación J. March, 2001), 131.

⁶⁷ Prieto Sanchís, *Justicia constitucional*, 114.

tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social.⁶⁸

Stephen Holmes, en un artículo referido a la justificación del constitucionalismo, señaló que la autoridad moral de la Constitución se mantiene en la medida en que “asegure los requisitos para el consentimiento y la disidencia racionales, el debate público, la resolución de conflictos sin violencia y la revisión minuciosa y acumulativa del propio marco constitucional”.⁶⁹

Jorge Benavides al referirse a los derechos fundamentales, señala estos pueden considerarse como aquellos derechos subjetivos que le son propios a la persona en cuanto tal, que por la importancia de los bienes jurídicos que representan, tienen reconocimiento constitucional, de ahí que de dicho reconocimiento se derivan consecuencias de tipo jurídico, tales como la tutela judicial efectiva y el contenido esencial.⁷⁰

Schneider ha señalado que el Estado de derecho, no sólo se fundamenta en exigencias de tipo subjetivo, sino que además se normativiza en su contenido central, el orden jurídico completo de la comunidad, por tanto estos derechos no aparecen solamente como derechos de defensa del ciudadano frente a la posible arbitrariedad del Estado, sino que simultáneamente son elementos del ordenamiento objetivo que forman parte de un sistema axiológico que desea tener un ámbito de validez, como decisión jurídico – constitucional fundamental para el derecho en todos sus sectores.⁷¹

Los contenidos valorativos expresados a través de los derechos fundamentales son aplicables en todas las esferas del derecho influenciando de esta forma al ordenamiento jurídico en general. La naturaleza de todo el conjunto de derechos fundamentales como sistema de valores, penetra por tanto en el sistema normativo y rige su interpretación, además de incidir en el carácter valorativo de cada derecho fundamental.⁷²

Los derechos humanos pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el Derecho a fin de permitir a la persona

⁶⁸ *Ibíd.*, 121.

⁶⁹ Stephen Holmes, “El pre compromiso y la paradoja de la democracia”, en *Constitucionalismo y democracia*, coords. Jon Elster, Rune Slagstad, trad. Mónica Utrilla de Neira (México, Fondo de Cultura Económica, 1999), 122.

⁷⁰ Jorge Benavides Ordoñez, “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coords. Jorge Benavidez Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2003), 75.

⁷¹ *Ibíd.*, 80.

⁷² Jurgen Schwabe, “Compilación de extractos de las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional Federal alemán”, citado en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coord. Jorge Benavidez Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2003), 85.

alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humana.⁷³

El Derecho si realmente quiere formularse a favor de la persona humana, debe convertirse en una herramienta eficaz que posibilite efectivamente a la persona alcanzar grados cada vez mayores de perfeccionamiento humano, es decir, que permita al hombre la consecución de bienes humanos que satisfagan necesidades propiamente humanas.⁷⁴

Según señala Roberto Gargarella, los derechos fundamentales vendrían a proteger, también, la autonomía de cada persona, haciendo posible que cada una de ellas pueda llevar adelante su propia concepción del bien, por lo que los derechos son considerados como incondicionales, en el sentido de que la autoridad pública debe hacerlos respetar con independencia de las preferencias de alguna persona o mayoría circunstancial.⁷⁵

Lo cierto es que al momento en que se decide reconocer y dar protección jurídica a una serie de atributos de la persona por tener la condición de humana, se está produciendo una respuesta desde el Derecho a la consideración de la persona como una realidad compleja que tiende a la perfección.⁷⁶

En función de los argumentos previamente referidos podemos concluir que el reconocimiento de las diversas fuentes supraconstitucionales en el entorno del bloque de constitucionalidad ha derivado en la positivización de los derechos humanos y les ha dotado la naturaleza de derechos fundamentales, con el establecimiento y reconocimiento de un marco de garantías que posibiliten su goce y ejercicio.

El artículo 11, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia,⁷⁷ disposición que guarda relación con el artículo 426 de la norma *ibídem* en la cual se determina que “los jueces, autoridades administrativa y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que

⁷³ Luis Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales, elementos para una teoría general* (Lima: Palestra Editores 2007), 37.

⁷⁴ *Ibíd.*, 8.

⁷⁵ Roberto Gargarella, *Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003), 54.

⁷⁶ Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales*, 37.

⁷⁷ “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia”. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, núm. 5.

sean más favorables a los establecidos en la Constitución”,⁷⁸ disposición en función de cual se evidencia la recepción íntegra en el texto constitucional del marco normativo necesario para reconocer a la dignidad humana con el fundamento mismo del sistema constitucional ecuatoriano.

Por tanto, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad, considerado éste como el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, forman parte de ésta porque es la misma constitución la que les reconoce ese rango y papel,⁷⁹ por lo que los derechos incorporados en la norma suprema no son taxativos y su reconocimiento es enunciativo.⁸⁰ Este cambio sustancial, determina que los derechos humanos reconocidos en el Instrumento Internacionales, conforme ha sido referido previamente, pasaron a ser reconocidos como derechos fundamentales luego de su incorporación íntegra al texto constitucional.

Es así como los derechos que no constan en la Constitución se incorporan al texto de la misma por dos vías: remisión a los instrumentos internacionales o por reconocimiento expreso de los derechos innominados.⁸¹

Esta derivación de la Constitución a los instrumentos internacionales de derechos humanos, determina la obligación de los Estados partes de adecuar sus actividades a los preceptos contenidos en los mismos, a través de la aplicación de un control de convencionalidad, cuyo alcance ha sido definido en varios fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a los cuales me referiré a detalle en otro acápite del presente trabajo.

En relación a este punto, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 003-13-SIN-CC del año 2013, señaló:

En virtud de la irradiación constitucional que experimenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro del cual no sólo existe un reconocimiento expreso de la supremacía constitucional, sino también de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derecho humanos, el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo básico para la garantía de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de sus disposiciones internas, sino que además recurran a los instrumentos

⁷⁸ “Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.” Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.426.

⁷⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *juicio n.º:001-10-SIN-CC*, 18 de marzo de 2010, 15.

⁸⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *juicio n.º:11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, 29.

⁸¹ *Ibíd.*

internacionales y la interpretación efectuada de estos, a fin de dotar de contenido integral a los derechos, por ende a la dignidad humana, de los que se deriva un control integral sobre el respeto a los derechos constitucionales/humanos.⁸²

En igual sentido en la Sentencia No. 11-18-CN/19 del año 2019, el mismo organismo jurisdiccional, señaló:

Queda claro que las autoridades administrativas [...], al resolver los procesos sometidos a su conocimiento, se encontraba y se encuentran obligados a aplicar directa e inmediatamente la Constitución en sentido material [...] este concepto incluye el texto constitucional, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos... lo dicho implica que autoridades administrativas [...] Como en este caso el intendente de policía están en el deber inexcusable de interpretar toda la normativa que les corresponda aplicar... a la luz de las normas que componen la Constitución material [...]⁸³

Así la Corte Constitucional ha reconocido de forma frontal y sin reservas, la necesidad de adoptar el Control de Convencionalidad de manera íntegra, conforme a las directrices fijadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mismas que se circunscriben a las siguientes reglas: “a) el control de constitucionalidad se complementa con el de convencionalidad y hay que hacerlas de oficio; b) el control de convencionalidad lo hacen las autoridades públicas en el marco de sus competencias, c) el control de convencionalidad es de tratados y de las interpretaciones de sus órganos; y, d) el control de convencionalidad también se aplica en las opiniones consultivas”.⁸⁴

En cuanto a la fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo, 11-18-CN/19, la Corte Constitucional señaló que estas (al referirse a las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) gozan de particular legitimación democrática porque, antes de emitir su opinión, de acuerdo al Reglamento de la Corte, se notifica a todos los Estados parte de la CADH, a cualquier persona para que participe por escrito y en audiencia, y se hace un análisis exhaustivo del *corpus iuris* de derechos humanos sobre el tema de la consulta.⁸⁵

Así mismo en sentido similar en un fallo 184-18-SEP-CC del 29 de mayo de 2018, la Corte Constitucional al referirse a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, señaló:

⁸² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *juicio n.º: 003-13-SIN-CC*, 4 de abril de 2013.

⁸³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *juicio n.º: 098-17-SEP-CC*, 12 de abril de 2017.

⁸⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *juicio n.º: 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.

⁸⁵ *Ibíd.*, 11.

[...] la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC 24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos.⁸⁶

Así, la Corte Constitucional concluye que los derechos y las garantías reconocidos a través del criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro sus opiniones consultivas, pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad, motivo por el cual adquieren “la misma jerarquía normativa constitucional y son de directa e inmediatamente aplicación dentro del sistema jurídico ecuatoriano”.⁸⁷

Contrario al argumento previamente planteado, dentro del voto salvado del Vocal Hernán Salgado, dentro de la sentencia 11-18-CN/19, dicho magistrado señaló que:

[...] debo recordar que la consulta de norma permite verificar la compatibilidad de las normas infra constitucionales con la Constitución o con instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, la Opinión Consultiva OC 24-17 no constituye un instrumento internacional, inclusive, ésta no conlleva una obligación que genere efectos directos y mediatos en un Estado, pues su propio texto ‘...insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judicial necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internas[...]’⁸⁸

En ese sentido el doctor Salgado ha señalado que es indispensable hacer una clara distinción entre lo que en el marco del Derecho Internacional Público se considera como “instrumento”, de aquello que vendrían a ser las opiniones consultivas. De allí que las OC, al ser un pronunciamiento de la Corte IDH dentro de procedimientos no contenciosos, no pueden ser consideradas como instrumentos según los artículos 424 y 425 de la Constitución del Ecuador. Esto por cuanto las OC carecen del elemento consensual, en razón de que no nacen de la voluntad de los Estados, sino de la declaración unilateral (y por añadidura no vinculante) de un Tribunal internacional.⁸⁹

Igualmente Nestor Sagués en relación a este tema ha señalado que

⁸⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º:184-18-SEP-CC*, 29 de mayo de 2018, 58.

⁸⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º:11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, 39.

⁸⁸ *Ibíd.*, 67.

⁸⁹ *Ibíd.*, 78.

el talón de Aquiles del control de convencionalidad es que un Estado (esto es, en particular sus jueces) o, en términos generales, todos los Estados adscritos al sistema interamericano de derechos humanos, pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en no fueron parte, y por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir, que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso.⁹⁰

Más allá de los valiosos argumentos esgrimidos, el criterio interpretativo mayoritario de la Corte Constitucional ha determinado el alcance de aplicación de las diversas fuentes supraconstitucionales incorporadas con ese rango en la Constitución del año 2008, lo que incluye el nivel de sujeción a los fallos emitidos por la Corte Interamericana dentro de ejercicio de sus atribuciones contenciosa y consultiva, mismas que son ejercidas en función de los presupuestos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que le brinda a dicho organismos jurisdiccional la calificación de intérprete autorizado de dichos instrumentos internacionales.

Finalmente es necesario señalar que la Corte Constitucional además ha establecido, que el alcance de este Control de Convencionalidad abarca el ámbito administrativo recogiendo el criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Fallo *Gelman vs. Uruguay*, en el cual se establece que

las autoridades administrativas como el Registro Civil, y judiciales, como el Tribunal que hizo la consulta, deben aplicar las normas convencionales siempre que tengan, en los casos que conocen, competencias explícitas y procedimientos adecuados. En otras palabras, una autoridad civil no puede ejercer labores jurisdiccionales ni tampoco legislativas en razón del control de convencionalidad, pero tiene la obligación de cumplir y aplicar las normas vigentes, en particular los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁹¹

Por tanto este control de convencionalidad ya no sólo se debe dar en función de los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también por el reconocimiento expreso que de éste ha dado la Corte Constitucional del Ecuador, calificándolo como un parámetro de observancia obligatoria no sólo dentro del ejercicio

⁹⁰ Nestor Pedro Sagués: “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, en *El Estado de derecho hoy en América Latina*, comp. Helen Ahrens (Montevideo: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2012), 21–31.

⁹¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, 56.

de la actividad jurisdiccional sino también dentro de la gestión de la administrativa ejercida por los distintos niveles de gobierno.

5. Aplicación del principio *pro homine* como margen de interpretación normativa

El poner a la persona humana como el fin mismo de los derechos humanos en torno a la dignidad humana y principalmente como el fundamento de la obligatoriedad de su observancia, trae especiales consecuencias dentro de la hermenéutica jurídica.

En ese sentido Luis Castillo Córdova ha señalado:

La consideración de la persona humana como fin y no como medio tiene una consecuencia directa y además necesaria en el ámbito jurídico; la promoción de la plena vigencia de sus derechos humanos o fundamentales. Colocar a la persona humana como un fin de toda realidad estatal y social, jurídicamente significa colocar a sus derechos humanos o fundamentales como fin, lo cual significa que todo lo demás es medio, es decir, que todo lo demás deberá estar dirigido a conseguir la plena vigencia de los mencionados derechos. Esa es la razón por la que en ámbito internacional y en el nacional se ha comprometido al poder estatal con el favorecimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales.⁹²

En igual sentido Carlos Villa Durán ha señalado que a más de las reglas clásicas de interpretación de los tratados internacionales que consagran los dos Convenios de Viena sobre el derecho de los tratados se deben completar con el principio *interpretativo pro homine* cuando se trata de los tratados de derechos humanos, pues estos deben interpretarse siempre de una manera más favorable al individuo.⁹³

La capacidad de interpretar las normas de carácter internacional parte del ejercicio de la competencia discrecional que poseen los Estados en la materia, producto del modelo descentralizado en el que se maneja la comunidad internacional y en función del cual, los Estados soberanos proyectan sus competencias cuasi exclusivas tanto para la creación como para la interpretación de las normas.⁹⁴

Por tanto, a partir del principio *pro homine*, el operador jurídico está obligado a interpretar el dispositivo normativo, cuando de éste se pueda llegar a más de una

⁹² *Ibíd.*, 53.

⁹² Carlos Fernández de Casadevante Romani, *La interpretación de las normas internacionales* (Pamplona: Aranzadi, 1996), 351.

interpretación posible, en el sentido que favorezca o promueva de mejor forma la plena vigencia de los derechos humanos o fundamentales.

En cuanto a este tema la Corte Constitucional en el voto de mayoría dentro del fallo 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019, señaló:

26. En relación con la interpretación del texto del tratado por parte de un órgano establecido por el mismo tratado, como es el caso de la Corte IDH, hay que ir al mismo texto convencional, que establece que es el órgano que tienen competencia 'sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención'. De forma explícita, el CADH reconoce dos competencias a la Corte: la contenciosa (artículo 62.3) y la consultiva (artículo 64.1).⁹⁵

Por tanto, la Corte concluye señalando que el control de convencionalidad del Estado para cumplir con los tratados debe entenderse en el texto, contexto y propósito de los mismos, así como en las interpretaciones que de éstos hagan sus órganos jurisdiccionales, reconociendo el carácter de fuentes del derecho tanto a los convenios internacionales de derechos humanos, las declaraciones de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las observaciones generales de los comités de derechos humanos, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes de los relatores temáticos y grupos de trabajo de las Naciones Unidas, las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, entre otros.⁹⁶

Este criterio entonces amplía sustancialmente el entorno planteado en el artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador, en cuanto al alcance que se ha de dar al término "instrumentos internacionales", el cual hoy por hoy no se refiere de forma privativa al documento aprobado y discutido entre los Estados parte, sino también a la interpretación que de los mismos han realizado sus órganos auxiliares.

La Corte Constitucional, ha señalado además que cuando se trata de reconocer derechos, la interpretación de la Constitución debe ser extensiva. Por el contrario, cuando se trata de limitar, restringir o anular el reconocimiento o ejercicio de derechos, la interpretación restringida no es aceptable porque pueda acarrear, en su aplicación, violaciones a los derechos.⁹⁷

⁹⁵ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Juicio n°: 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, 54.

⁹⁶ *Ibíd.*, 30.

⁹⁷ *Ibíd.*, 40.

El valor jurídico de los instrumentos internacionales de derechos humanos, se encuentra determinado en el artículo 417 de la Constitución de la República del Ecuador, donde se establece que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, se aplicará el principio *pro ser humano o pro homine*, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”,⁹⁸ disposición que se complementa con el artículo 426 en el cual se determina que “los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”.⁹⁹

6. Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente formal o material del derecho interno

6.1. Tibi vs Ecuador (2004)

El 07 de septiembre de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas dentro del caso Tibi vs. Ecuador.¹⁰⁰

En el voto salvado de Sergio García Ramírez, entonces Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se topó por primera vez el Control de Convencionalidad al cual se encasillo como una atribución exclusiva de dicho tribunal de justicia y la asemejó al Control de Constitucionalidad que realizan los tribunales nacionales con el objeto de establecer la adecuación de las actividades del poder público a la Constitución.

Es decir, calificó al control de convencionalidad como un deber exclusivo y excluyente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo cual se reservaba a este organismo jurisdiccional la facultad de verificar si la actividad desarrollada por un

⁹⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 417.

⁹⁹ *Ibíd.*, art. 426.

¹⁰⁰ “El señor Tibi era un comerciante de piedras preciosas, que fue arrestado el 27 de septiembre de 1995, mientras conducía su automóvil. Este ciudadano fue detenido por oficiales de la policía sin tener orden judicial, luego de lo cual fue llevado por vía aérea hasta la ciudad de Guayaquil, donde fue ingresado a un centro de privación de la libertad y detenido ilegalmente por veinte y ocho meses. En el proceso además se indica que Daniel Tibi era inocente de los cargos que se le imputaban y fue torturado en varias ocasiones, golpeado, quemado y asfixiado para obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico, además ha dicho ciudadano se le incautaron bienes de su propiedad, los cuales nunca le fueron devueltos cuando fue liberado, el 21 de enero de 1998.” Corte IDH, “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 07 de septiembre de 2004, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf -.

Estado Parte se ajustaba o no a los presupuestos de protección de derechos establecidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y demás instrumentos conexos.¹⁰¹

Si bien es cierto este voto salvado no generó un criterio vinculante, si estableció la líneas de partida y aproximación al concepto de control de convencionalidad, criterio que luego sería objeto de una evolución vertiginosa y de reconocimiento mayoritario en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de otros procesos sustanciados por dicho tribunal de justicia internacional, como se verá a continuación.

6.2. Almonacid Arrellano vs. Chile (2006)

Con la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso *Almonacid Arrellano vs. Chile*,¹⁰² se abordó por primera vez el Control de Convencionalidad con el voto de mayoría de sus miembros, presupuesto que marco un punto de referencia para la evolución formal de dicha figura jurídica en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este fallo la Corte de forma textual señaló:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁰³

¹⁰¹ Corte IDH, "Sentencia 07 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)", *Caso Tibi vs Ecuador*, voto salvado Dr. Sergio García Ramírez, 07 de septiembre de 2004, párr. 3, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

¹⁰² "los hechos se relacionan con la presunta falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arrellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley n.º 2.191, Ley de Amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como por la supuesta falta de reparación adecuada a favor de sus familiares". Corte IDH, "Sentencia del 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)", *Caso Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf -.

¹⁰³ Corte IDH, "Sentencia del 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)", *Caso Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, párr. 124, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

El razonamiento de la Corte en este caso se sustentó en la idea de que la Convención Americana y las interpretaciones que de ella haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una naturaleza autoejecutable; es decir, que tienen efecto directo sobre las autoridades nacionales,¹⁰⁴ es específicamente sobre la función judicial, quienes están obligadas a validar la efectiva adecuación de su normativa interna y actuaciones a las disposiciones contantes en los instrumentos internacionales de derechos humanos de índole regional y a la interpretación que de los mismos ha dado dicho tribunal de justicia internacional; por tanto, en función de dicho precedente jurisprudencial, las interpretaciones que deben servir de base para el control de convencionalidad son aquellas que hayan sido emitidas por la Corte Interamericana en ejercicio de su jurisdicción consultiva, contenciosa, preventiva o ejecutiva.¹⁰⁵

Por tanto el control de convencionalidad encuentra dos vertientes, que conforme señala García Ramírez, pueden distinguirse entre: (i) el control propio, original o externo de convencionalidad que ejerce la Corte IDH; y, (ii) el control de interno de Convencionalidad que es ejercido por los tribunales nacionales. En igual sentido, el mismo autor, aunque con otras denominaciones, llamó al control realizado por la Corte IDH como control concentrado de convencionalidad; mientras que el control realizado por los tribunales nacionales, lo denominó control difuso de convencionalidad.¹⁰⁶

Fue entonces a partir de esta sentencia, que el término control de convencionalidad se acuñó en la jurisprudencia de la Corte Interamericana para identificar el control que ejercen los jueces cuando se encuentran frente a normas nacionales que deban aplicar a casos concretos de los cuales conozcan, dando un orden prelación a las previsiones de la Convención Americana cuando aquellas normas nacionales le sean contrarias a estas últimas. Este control ocurre, igualmente, cuando los jueces nacionales aplican en el ámbito interno las sentencias vinculantes de la Corte Interamericana.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Pablo González Domínguez, “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, *Estudios constitucionales* 15, n.º 1 (2017): 55-98, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf>, 60.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 75.

¹⁰⁶ Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Allan Randolph Brewer-Carías y Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 1.ª ed. (Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2013), 45.

¹⁰⁷ Allan Randolph Brewer-Carías y Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, 1.ª ed. (Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2013), 47.

Yendo más allá, según señala Allan Brewer, en los países en los cuales la Convención tiene rango constitucional o forma parte del bloque de constitucionalidad, como el caso del Ecuador, al ejercer dicho control de convencionalidad los jueces nacionales pueden, según sus respectivas competencias, no solo desaplicar sino incluso anular las normas internas contrarias a la Convención Americana.¹⁰⁸

Para Nestor Sagués “la doctrina de la interpretación conforme del derecho nacional con relación al Pacto de San José de Costa Rica, y la interpretación dada a este por la Corte Interamericana, significa una seria disminución de las competencias de los operadores locales para interpretar el derecho doméstico, comenzando por el constitucional”.¹⁰⁹

6.3. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006)

En este fallo se mantuvieron la líneas generales del criterio sentado por la Corte IDH dentro del caso Almonacid Arrellano vs. Chile, agregando que en estos casos “los órganos del poder judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”.¹¹⁰

Este control de convencionalidad de Oficio establecido en función de la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores cesados del Congreso del Perú vs. Perú según Ernesto Jinesta magistrado de la Corte Suprema de Costa Rica produjo “una modificación o reforma tácita de todas las legislaciones nacionales en materia de acciones de inconstitucionalidad, por cuanto ahora el respectivo Tribunal o Sala, de oficio y aunque no haya sido solicitado por la parte que plantea la acción, debe efectuar el test de convencionalidad de la norma, disposición o acto interno o local”.¹¹¹

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ Nestor Pedro Sagués: “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, en *El Estado de derecho hoy en América Latina*, comp. Helen Ahrens (Montevideo: KAS, 2012), 21-31, http://www.kas.de/wf/doc/kas_31788-1522-4-30.pdf?120822231359.

¹¹⁰ Corte IDH, “Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso trabajadores cesados del Congreso de Perú vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006, párr. 128, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

¹¹¹ Ernesto Jinesta I., “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en *El control difuso de convencionalidad: dialogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, coord. Ferrer Mac-Gregor (Querétaro: Fundap, 2012), 7.

6.4. Radilla Pacheco vs. Estados Unidos de México (2009)

La sentencia del caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, fue dictado el 23 de noviembre de 2009. En este fallo la Corte Interamericana al referirse al control de convencionalidad de forma textual indicó:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención, no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Es esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹¹²

En ese fallo se mantiene la línea jurisprudencial marcada en el precedente Trabajadores Cesados del Congreso del Perú en cuanto a la obligación de los Estados parte de realizar un control de convencionalidad de oficio; es decir, sin necesidad de que exista un requerimiento expreso por parte de los sujetos legitimados, esta posición jurisprudencial marca con claridad el carácter inquisitivo de este procedimiento dentro de la gestión de los procesos sustanciados por los órganos jurisdiccionales de los Estados.

6.5. Caso Gelman vs. Uruguay

Finalmente el 24 de febrero de 2011, la Corte Interamericana de Derechos emitió el fallo dentro del caso Gelman vs. Uruguay. En esta sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, está sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos

¹¹² Refiere al proceso iniciado por la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que tuvo lugar el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México. Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones)”, *Caso Gelman vs. Uruguay*, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana.¹¹³

Es entonces a raíz del caso *Gelman vs. Uruguay* que la Corte Interamericana instauró esta obligación de ejercer un control de convencionalidad a todas las autoridades del Estado, superando el criterio que había limitado dicho control únicamente a los operadores de justicia. Dicho control entonces no se limita solo a la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también a la interpretación que de esta ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de su actividad jurisdiccional.¹¹⁴

Por tanto, es a raíz de este fallo que se dio un giro importante en la línea jurisprudencial planteada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos misma que hasta entonces concentraba el control de convencionalidad en los jueces nacionales como sujetos obligados y pasando a ser un deber imperativo de todas los órganos y por tanto autoridades, servidores y funcionarios del Estado, el realizar este control de convencionalidad dentro del alcance planteado por la Corte IDH, como un mecanismo efectivo para el respeto y protección de los derechos humanos.

En relación a este fallo, García Ramírez ha señalado que

esas garantías no se restringen a los procedimientos que se siguen ante autoridades jurisdiccionales en el doble sentido formal y material de la expresión, sino abarca también los procedimientos desarrollados ante otras instancias resolutorias de controversias, encuadradas en el ámbito administrativo del Estado, o por lo menos ajenas a la estructura formal del Poder Judicial. También en éstas, ha dicho la Corte, se deben observar las reglas del debido proceso.¹¹⁵

Nestor Sagúes, al referirse al caso *Gelmán*, ha señalado que

¹¹³ “Guarda relación con la desaparición forzada de María Claudia Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que luego fue trasladada a al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quién fuere entregada a una familia uruguaya, actos todos estos sucedidos en el marco de la “Operación Cóndor”, sin que hasta la fecha se conozca el paradero de María Claudia García.” Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones)” *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

¹¹⁴ Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones)”, *Caso Gelman vs. Uruguay*, párr.239, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

¹¹⁵ García Ramírez, *La jurisdicción internacional*, 225.

conviene alertar que en diversos casos, y especialmente en “Gelman”, la Corte Interamericana ha insistido en que el control de convencionalidad debe ser realizado no solamente por los jueces, sino por ‘cualquier autoridad pública’ (considerando 20), en particular por ‘los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles’, aunque en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (considerando 193), directriz que provoca algunos interrogantes: ¿un ministro, un defensor del pueblo, un comisario, podría negarse a cumplir leyes locales con el argumentos de ser opuestas al pacto de San José de Costa Rica, o la jurisprudencia de la Corte Interamericana? El punto, nos parece, requiere una mayor y rigurosa explicación por parte de este último tribunal.¹¹⁶

Dentro de la variante, surgida a partir del fallo Gelman, todas las autoridades de los Estados, especialmente jurisdiccionales, toman un papel preponderante en su aplicación y desarrollo con la obligación de verificar la adecuación de su derecho interno, en aras de evitar choques con las disposiciones de la Convención Interamericana y otros tratados sobre derechos humanos aplicables en la región americana y la interpretación jurisprudencial que hace el tribunal interamericano de la misma. Así, pues, este tipo de control consiste en una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus juris* en materia de Derechos Humanos, respecto del cual la Corte IDH ejerce competencia material.

[...] una de las principales preocupaciones consiste en la necesidad de armonizar las interpretaciones que de un mismo derecho humano haga la jurisdicción nacional – en sus diferentes niveles – y la internacional. Lo anterior debido a la importancia del respeto al principio de seguridad jurídica y de igualdad, pues las personas tienen derecho a que interpretaciones anteriores se apliquen en casos nuevos – con la salvedad de las interpretaciones es erga omnes o pro futuro.¹¹⁷

En este sentido Ernesto Jinesta ha señalado que a través del control de convencionalidad se produce en el Derecho Procesal Constitucional un salto parcial de un sistema dispositivo a uno parcialmente inquisitivo donde la autoridad estatal es la que realiza dicho examen a iniciativa propia en materia de control de convencionalidad. De esta manera, los tribunales, salas y autoridades públicas en general, podrán hacer incurrir

116 Nestor Pedro Sagúes, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales* 8, n.º 1 (2010): 117-36, doi: 10.4067/S0718-52002010000100005.

117 Eréndira Nohemí Ramos Vázquez, “La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, en *Revista internacional de derecho humanos* 6, n.º 6 (2016): 92.

en responsabilidad al Estado si omiten realizar oficiosamente, el control de convencionalidad.¹¹⁸

Por otra parte, Carlos Balbín, al referirse al valor jurídico de las sentencias de la Corte Interamericana e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que si bien el texto de los “tratados no se refieren al derecho administrativo de modo directo; sin embargo, las reglas secundarias (dictámenes, opiniones, sentencias) abarcan capítulos propios y específicos de nuestra especialidad (por ejemplo, el acto administrativo; la discrecionalidad estatal; el procedimiento administrativo, la expropiación; la responsabilidad del Estado y los derechos sociales, entre otros)”.¹¹⁹

A modo de conclusión se puede decir que a partir del caso *Almonacid Arrellano vs Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido perfilando el contenido y alcance del control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos:

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y,
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.¹²⁰

La evolución del concepto del control de convencionalidad, ha reafirmado el carácter de fuente formal de los instrumentos internacionales, criterio que además se ha extendido a la interpretación que de los mismos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo contenido sirve de guía de comportamiento dentro la gestión de las actividades realizadas por los diversos organismos del Estado cuya actuación no

¹¹⁸ Ernesto Jinesta Lobo, “El control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas Constitucionales”, en *El control difuso de convencionalidad. dialogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*”, coord. Ferrer Macgregor (Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C, 2012), 14.

¹¹⁹ Carlos Francisco Balbín, *Manual de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: La Ley, 2015), 98.

¹²⁰ Corte IDH, “Control de convencionalidad”, en *cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* n.º 7: 6, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.

solo debe sujetarse a lo dispuesto en la Constitución y demás normativa interna de cada Estado, sino que además deberá estar conforme a las disposiciones emanadas de instrumentos internacionales. Por tanto, una vez definido el alcance del control de convencionalidad queda por establecer cuál es su incidencia frente a la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, estableciendo la procedencia de hacer extensibles las garantías, principios y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos a la actividad realizada por los organismos de la administración pública.

Capítulo segundo

El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo sancionador

1. El control de convencionalidad dentro del procedimiento administrativo en general

Conforme señala Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la actualidad el derecho administrativo centra su atención en el administrado y no en la actividad del Estado, esta posición se sustenta en la primacía de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y la protección de los derechos humanos dentro del ejercicio de las relaciones de poder. Dicha conclusión, según señala dicho autor, encuentra su fundamento en la interpretación sistemática de la carta magna y el derecho convencional, que como consecuencia del bloque ampliado de constitucionalidad, imponen al juez administrativo la obligación de observar y verificar que la actividad, los procedimientos y las decisiones administrativas se ajusten a los instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de gentes.¹²¹

En ese sentido, el mismo autor reconoce la necesidad de incorporar el control de convencionalidad como un elemento de consolidación de la seguridad jurídica, buscando alcanzar el cabal cumplimiento de los preceptos, principios y valores del ordenamiento jurídico dentro del ejercicio de la actividad administrativa en todos sus niveles.¹²² Para lo cual es imprescindible observar los criterios o estándares establecidos en los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes, así como las exigencias de protección y eficacia de los derechos de los administrados, haciendo primar el principio *pro homine* conforme a lo dispuesto en nuestra Constitución.

Es decir, el posicionamiento del sistema de protección de derechos humanos, como fuente formal del derecho administrativo, encuentra su fundamentado en los principios de juridicidad y *pro homine* reconocidos en nuestra Constitución, a partir de

¹²¹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “Convencionalidad y derecho administrativo”, en *La constitucionalización del derecho administrativo*, eds. Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Opina Garzón (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 616.

¹²² *Ibíd.*, 623.

los cuales la administración pública debe incorporar el control de convencionalidad como un estado más dentro del procedimiento de formación de su voluntad.

En ese sentido Víctor Bazán, ha señalado que:

Los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyo objeto y fin confluyen en un punto común: La protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.¹²³

Por tanto, la configuración del procedimiento administrativo desde la convencionalidad implica modular positivamente la diligencia debida, de manera tal que la actuación de la administración pública no se someta únicamente a los estándares constitucionales, sino que además acoja y aplique aquellos que se encuentran reconocidos en las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos y el derecho de gentes, considerando al individuo – ciudadano, como el eje central de éstos.

En cuanto al alcance del control de convencionalidad previamente definido, es importante referirse al fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”,¹²⁴ en el cual dicho organismo jurisdiccional analizó y valoró si el procedimiento administrativo reivindicatorio de tierras relacionado con dicha comunidad indígena cumplió o no con los estándares convencionales exigidos en función a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En la parte resolutive de dicho fallo, la Corte IDH llegó a la conclusión de que el procedimiento previamente referido “no se llevó a cabo con la diligencia debida y que la actuación de las autoridades estatales no fue compatible con estándares consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos”.¹²⁵

¹²³ Víctor Bazán, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18 (2011): 78.

¹²⁴ Corte IDH, “Sentencia del 24 de Agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas), caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 131, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

¹²⁵ En dicha sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó la inobservancia de las garantías procedimentales en los siguientes presupuestos: “(i) no hubo actividad positiva dentro del procedimiento por parte de la autoridades estatales, al no haberse realizado el despliegue de las diligencias debidas, habiendo transcurrido más de 17 años, sin obtener respuesta a la reclamación planteada; (ii) No fue el Estado quién impulsó el procedimiento; siendo la comunidad, o los propietarios privados, quienes

En este fallo la Corte Interamericana realizó un análisis integral de la actuación de la administración pública en el marco de la diligencia debida, determinando la inexistencia de una actuación expedita y adecuada en cuanto al reclamo interpuesto por la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, lo cual derivó en la condena al Estado de Paraguay en función a la inobservancia de las garantías procedimentales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta relación entre el procedimiento administrativo y las garantías reconocidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ha sido reconocida adicionalmente en el Fallo *Gelman vs. Uruguay*, donde la Corte Interamericana estableció una obligación de todas las autoridades del Estado de ejercer el control de convencionalidad, superando el criterio que se había desarrollado hasta entonces de que dicho control correspondía únicamente a los operadores de justicia, extendiendo su alcance además a la interpretación que de la Convención haya dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del ejercicio de su actividad jurisdiccional.¹²⁶

Dicho criterio es reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso *Baena Ricardo vs. Panamá* donde ya refiriéndose de forma específica al procedimiento administrativo, la Corte señaló:

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.¹²⁷

Los presupuestos teóricos, normativos y jurisprudenciales previamente referidos consolidan al control de convencionalidad como una fuente formal del derecho

intervinieron activamente; (iii) Cuando se presentó una alternativa no se tuvo en cuenta los requerimientos de la Comunidad, ni se realizaron acciones encaminadas a elaborar estudios técnicos que permitieran dilucidar si había o no lugar a los reclamos; (v) Se presentaron períodos de plena inactividad de la administración pública, lo que propició, que el expediente se extraviara por lo que hubo lugar a su reconstrucción, retrasando aún más el trámite del procedimiento; y, (vi) Se dio continuidad a la vía gubernativa pese a haberse agotado la misma”. Corte IDH, “Sentencia del 24 de Agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas), *caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

¹²⁶ Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones)”, *Caso Gelman vs. Uruguay*, párr.239, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

¹²⁷ Corte IDH, “Sentencia de 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*, párr. 126, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

administrativo, convirtiéndose además en un mecanismo de limitación del poder y de protección del individuo para el ejercicio de sus derechos fundamentales.¹²⁸

En cuanto al procedimiento administrativo sancionador es preciso delimitar el margen de aplicación de los principios y garantías contenidos en los artículos 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos; cuyo alcance, en primera instancia, parecería circunscribirse exclusivamente al derecho penal sustantivo y/o adjetivo, dejando de lado a la actividad sancionatoria desplegada por la Administración Pública; aspecto que será objeto de análisis en los acápites subsiguientes del presente trabajo.

2. El *ius puniendi* como base del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración pública

Con el objeto de dar respuesta a la interrogante planteada al final del acápite precedente, es preciso empezar por establecer si la competencia de la Administración Pública dentro de la sustanciación de procedimientos administrativos sancionadores, consiste en una exteriorización del ejercicio del *ius puniendi*, presupuesto que nos permitirá además identificar si el alcance de aplicación de las reglas derecho penal se hace extensible al procedimiento administrativo sancionatorio.

Según señala Jaime Ossa Abeláez, la potestad sancionatoria del Estado se encuentra inmersa dentro del supraconcepto de *ius puniendi* el cual se presenta como la expresión del poder que el Estado tiene para sancionar a quien quebrante la normatividad. Por tanto, si se infringe una ley administrativa, es aplicable el procedimiento sancionatorio administrativo, mientras si la infracción tiene carácter penal, será aplicable el derecho punitivo penal.¹²⁹

No puede concebirse un Estado intervencionista sin un sistema intimidatorio que haga valer su esquema proteccionista, y más aún hoy cuando es notoria la tendencia de la administración a propiciar la descriminalización de conductas que antes se consideraban ilícitos penales y hoy engrosan el catálogo contravencional.¹³⁰ Es así como bajo la apreciación de que la pena privativa de la libertad no ha cumplido en la práctica con las funciones propias de prevención, disuasión, protección y resocialización, los juristas han

¹²⁸ “La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código”. Ecuador, *Código Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 07 de julio de 2017, art. 14.

¹²⁹ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 2^a ed. (Bogotá: Legis, 2009), 120.

¹³⁰ *Ibid.*, 125.

venido propugnando la desprisonalización de una serie de conductas sometidas antes a tratamientos punitivos de privación de la libertad.

Según señala Mariano Herranz, el derecho administrativo Sancionador puede ser definido como “el conjunto de normas jurídicas que disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Administraciones Públicas”.¹³¹ Por tanto, puede afirmarse que no hay ley de carácter administrativo que no contenga un régimen punible que incluya la tipificación de infracciones y el reproche correspondiente.

Esta incursión del derecho administrativo dentro del ejercicio de una actividad que a primera vista sería privativa de los organismos jurisdiccionales, según una apreciación restringida del principio de división de poderes, ha sido objeto de varios pronunciamientos doctrinales, entre los cuales se encuentra el expuesto por Manuel Gómez Tomillo y Iñigo Sanz Rubiales, quienes al referirse al tema planteado han señalado que el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la administración pública no deja de constituir un cuerpo extraño en un sistema caracterizado por la división de poderes; en ese sentido, dichos autores indican que, el ejercicio de esta potestad debe ser excepcional y de uso restrictivo.¹³²

Por otra parte Juan Carlos Cassagne ha señalado que el fenómeno de despenalización produce la quiebra del sistema que atribuía exclusivamente al Poder Judicial la aplicación de penas y requiere, para no afectar el principio de división de poderes, que se cumpla dos requisitos fundamentales:

1. Un control judicial suficiente a través de la revisión de la sanción penal administrativa ante los tribunales judiciales, con amplitud de debate y prueba; y,
2. La observancia de las garantías del debido proceso, lo que comporta la no ejecutoriedad o, al menos, suspensión de la pena contravencional hasta tanto se pronuncie la justicia, pues, hasta ese instante, rige la presunción de inocencia.¹³³

Por tanto el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración pública, no representa una vulneración al principio de división de poderes, y por el

¹³¹ Mariano Herranz Vega, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, 3.^a ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013) 87.

¹³² Manuel Gómez Tomillo y Iñigo Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador, parte general, teoría general y práctica del derecho penal administrativo* (Navarra: Editorial Aranzadi, 2010), 70.

¹³³ Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, t. II (Lima: Palestra Editores, 2010), 563–4.

contrario responde a un proceso de despenalización de infracciones, en función de la valoración de la afectación al bien jurídico protegido; es por ello, que el carácter fragmentario del derecho penal, conlleva que éste no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosos para ellos.¹³⁴

La potestad sancionatoria de la Administración Pública, no limita en forma alguna el ejercicio de las acciones jurisdiccionales correspondientes, en función de las cuales los órganos de justicia competentes, podrán realizar un control de legalidad a la actividad desplegada por la administración en el ejercicio de esta potestad e incluso dejar sin efecto las decisiones allí adoptadas en función del respeto de los derechos y garantías reconocidos a los presuntos infractores dentro del ordenamiento jurídico, conforme al alcance definido en líneas precedentes.

Por otra parte es importante considerar que las sanciones administrativas son aplicadas por funcionarios públicos, quienes no se encuentran sujetos a un proceso de selección y formación similar a la de los jueces y magistrados que integran el poder judicial, lo que hace altamente deseable el sometimiento del poder punitivo que ejercen a las máximas cautelares posibles, las cuales, deber ser equiparadas, en la medida de lo permitido, con las que resultan aplicables en el derecho penal.¹³⁵

El reconocimiento de la existencia de infracciones de índole administrativa, no representa un cambio en la concepción de la existencia de una conducta reprochable, sino en la determinación por parte del legislador de una distinta graduación de la pena y el procedimiento a ser llevado a cabo para su imposición de una sanción en función al bien jurídico protegido, sin que pueda entenderse como una vía legítima para inobservar los derechos y principios básicos que rigen la actividad punitiva del estado.

En este sentido, Jaime Bernal Cuéllar ha señalado que

el legislador no puede seguir utilizando para restablecer el orden económico social, los sistemas tradicionales de engrosar el catálogo de los tipos penales, aumentar penas imposibles de aplicar por la falta de técnica investigativa, o cambiar competencia para el juzgamiento de delitos. Debe pensar en fórmulas diferentes, cuya eficacia depende de quién hace la investigación y de la naturaleza de la sanción que deba imponerse. Si hay un personal especializado en la Superintendencia Bancaria, dedicado exclusivamente al

¹³⁴ Santiago Mir Puig, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derechos* (España: La Ley, 1994), 47.

¹³⁵ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 69.

control de ciertas instituciones, por qué razón no se deja en sus manos el trámite e imposición de sanciones que sean necesarias.¹³⁶

La mayor presencia administrativa del Estado en el juzgamiento de una determinada conducta, en contraste con el severo poder punitivo jurisdiccional del mismo Estado, hace resaltar el principio de mínima intervención penal. En ese orden de ideas, Mariano Herranz, ha señalado que el derecho administrativo sancionador comprende: “(i) los principios de la potestad sancionadora de la Administración; (ii) las normas para su ejercicio y las especialidades que presenta el régimen de las infracciones; y, (iii) las sanciones administrativas en cada uno de los sectores en que se desarrolla la actividad administrativa”.¹³⁷

Al referirse a la naturaleza jurídica de la sanción administrativa la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Baena Ricardo vs. Uruguay,¹³⁸ reconoció a la sanción administrativa como una expresión del poder punitivo del Estado cuyos efectos jurídicos representan un menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, que derivan de una conducta ilícita, con lo cual se ratifica la naturaleza jurídica de la sanción administrativa desarrollada en líneas precedentes. Sin embargo, en el mismo fallo la Corte señaló que dichas sanciones “en ciertos casos” tienen una naturaleza similar a las penales, por lo que resulta necesario establecer el alcance de aplicación de sus principios y reglas al derecho administrativo sancionador en función a la identificación del marco teórico existente y a la jurisprudencia emitida años después por la misma Corte.

Más allá de la innegable sujeción del Estado en su conjunto a los estándares de protección de los derechos humanos contemplados, entre otros instrumentos internacionales, en la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que de ésta ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los órganos que integran la Administración Pública requieren de un cambio de cultura que permita adaptar su funcionamiento a éstos criterios de interpretación, adecuando su funcionamiento a los presupuestos establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos y al principio de juridicidad como regla axiológica de obligatoria observancia para la

¹³⁶ Jaime Bernal Cuellar y Carlos Fernández Osorio, *delitos financieros* (Bogotá: Ed. Temis, 1985) 5.

¹³⁷ Mariano Herranz Vega, *Manual de Derecho administrativo sancionador*, 3.^a ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013), 87.

aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico en general y del procedimiento administrativo sancionatorio en particular.

Lamentablemente la práctica nos demuestra la falta de adaptación de los servidores públicos, a éstas nuevas exigencias constitucionales que se han insertado de forma progresiva en los diversos sistemas jurídicos del mundo moderno y en particular en nuestra Constitución en la que se ha reconocido al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, dicha omisión podría terminar en la determinación de la responsabilidad internacional y extracontractual del Estado y como consecuencia de ésta en el derecho del Estado de activar las acciones de repetición a que hubiere lugar en contra de aquellos servidores administrativos o jurisdiccionales por cuya acción u omisión se haya producido la afectación de un derecho humano.

Todos estos parámetros constituyen criterios de análisis y valoración de la constitucionalidad de los procedimientos administrativos sancionatorios que pueden derivar en la limitación, restricción o menoscabo del ejercicio de un derecho fundamental, este presupuesto demanda del replanteamiento de las estructuras clásicas del derecho administrativo y el consecuente cambio de mentalidad de los servidores públicos encargados de aplicar la norma, considerando la incorporación de nuevas fuentes formales del derecho administrativo.

Por tanto, es indispensable que los servidores públicos encargados de sustanciar los procedimientos administrativos o procesos jurisdiccionales, deban contar con niveles adecuados de conocimiento en materia de convencionalidad.

En este punto y a modo de ejemplo, me referiré a la disposición contenida en el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, en el cual se establece como objeto de la jurisdicción contencioso tributaria y contencioso administrativa, el de tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo, el marco de acción de estos tribunales parecen circunscribirse de forma restringida al control de legalidad de la actuación de la administración pública; sin embargo, en función a los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho control se extiende a la determinación de la adecuación de la actividad de la administración pública a los presupuestos establecidos además en el marco de los derechos y garantías contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos, a través del denominado control de convencionalidad.

El presupuesto antes referido determina además la carga de este control de convencionalidad a las entidades que integran la administración pública, cuyos actos deben adecuarse al ordenamiento jurídico en general y en particular a las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyos actos se encuentran sujetos al control jurisdiccional contemplado tanto en la Constitución como en la Ley, criterio que ha sido ratificado por la Corte Constitucional del Ecuador dentro del fallo 11-18-CN/19, en el cual de forma textual señaló:

Las autoridades administrativas, como el Registro Civil, y judiciales, como el Tribunal que hizo la consulta, debe aplicar las normas convencionales siempre que tengan, en los casos que conocen, competencias explícitas y procedimientos adecuados. En otras palabras, una autoridad civil no puede ejercer labores jurisdiccionales ni tampoco legislativas en razón del control de convencionalidad, pero tienen la obligación de cumplir y aplicar las normas vigentes, en particular los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El control de convencionalidad debe hacerse tomando en cuenta lo expresado en el texto como lo resuelto en casos o interpretaciones de los tratados realizado por los órganos de supervisión del tratado.

El control de convencionalidad se complementa al control de constitucionalidad. Toda autoridad pública, en el ámbito de sus competencias, debe observar tanto la Constitución como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la CADH, y la jurisprudencia de la IDH, y cuando corresponda, según la convención, la doctrina desarrollada por los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. Lo que no dicen las normas o interpretaciones nacionales, se complementa con las normas y las interpretaciones de órganos internacionales de derechos humanos.¹³⁹

En conclusión, es claro el reconocimiento de la incorporación de éstas nuevas fuentes formales del derecho administrativo y la obligación de las autoridades investidas del ejercicio de una potestad estatal, el ajustar su conducta a las garantías primarias que tienen por objeto viabilizar el ejercicio de los derechos reconocidos tanto en la Constitución de la República como en la Convención Americana de Derechos Humanos, considerando que su omisión puede derivar en la responsabilidad internacional del Estado, situación que se agrava aún más en el caso del procedimiento administrativo sancionatorio en el cual se puede llegar a limitar, restringir o menoscabar el ejercicio de un derecho humano.

¹³⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º:11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019

3. Alcance de aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador

Conforme ha sido referido en el acápite precedente, tanto el derecho penal como el penal administrativo, forman parte de la unidad punitiva del Estado; sin embargo, existen diversas vertientes doctrinarias que buscan identificar las semejanzas o diferencias existentes entre ambas figuras jurídicas. La importancia de este ejercicio, es poder llegar a establecer cuál ha sido el modelo acogido por nuestro sistema jurídico y el sistema interamericano de derechos humanos, y así definir el alcance de aplicabilidad de los principios del derecho penal en el procedimiento administrativo sancionatorio.

Teoría Cualitativa.- Esta teoría plantea la existencia de diferencias sustanciales entre el derecho penal y el derecho penal administrativo, en torno a la cual además se han diseñado diversas posturas que han variado entre encontrar esta diferencia en la naturaleza jurídica de ambas infracciones o sanciones; otras que se han enfocado en el objeto de las mismas; y, finalmente aquellas que encuentran su explicación en la autoridad que las sustancia.

El primer supuesto planteado como fundamento de la teoría cualitativa, reconoce una diferencia entre el derecho penal y el derecho penal administrativo, fundamentada en su naturaleza jurídica; es así como, para quienes defienden esta posición, el ilícito penal se encuentra sujeto a un especial juicio de desvalor ético, mientras que el ilícito administrativo se agota con la mera desobediencia de las normas administrativas.¹⁴⁰

Sin embargo, no resulta sencillo deducir el origen de las normas del derecho penal a partir de un orden de valores éticos y sociales, ni determinar fácilmente si estamos ante la infracción de una norma que posee alguna clase de trascendencia ética. Incluso en determinados casos podría existir un conflicto entre lo preceptuado por el ordenamiento jurídico penal y lo exigido por la ética.¹⁴¹

Como replanteamiento de la tesis antes referida, existieron autores que buscaron sustentar la diferencia existente entre la infracción penal y la administrativa en el objeto de cada una de estas; en ese sentido, García Cavero sostuvo que

las normas administrativas aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tienen como finalidad únicamente que estos sectores no se colapsen [...] las normas penales por el contrario, protegen expectativas normativas

¹⁴⁰ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 73.

¹⁴¹ *Ibíd.*, 74.

derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad o, lo que es lo mismo, los aspectos que permite en el sistema social concreto una realización personal.¹⁴²

Sin embargo, y admitiendo a la existencia de una diferencia relacionada con el objeto entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, no puede entenderse que ello deba traducirse necesariamente en un diferencia cualitativa, al menos en la medida en que se entienda que también la potestad sancionadora administrativa tiene, en última instancia, como fin la protección de bienes jurídicos.

En ese sentido Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, consideran que la construcción de esta potestad al margen de la teoría del bien jurídico podría conducir irremisiblemente a la arbitrariedad en la tipificación de las infracciones.¹⁴³

En cuanto a la tercera y última posición planteada, Silva Sánchez, señaló que es evidente el sometimiento del derecho penal a un juez constituye una diferencia cualitativa con el derecho administrativo sancionador.¹⁴⁴ Sin embargo, según señalan Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, dicha diferencia es meramente procedimental, por lo que no afecta al fondo del asunto, por el contrario dicho presupuesto, refuerza la necesidad de someter el derecho administrativo a los estrictos principios del derecho penal, en tanto en cuanto, se deja en manos de funcionarios públicos, en principio con una cualificación inferior a la de los jueces y magistrados, unas facultades punitivas en ocasiones superiores a las del propio poder judicial.¹⁴⁵

Por tanto, resulta necesario someter la potestad punitiva del Estado a la mayor cantidad posible de controles y límites, en la medida que los mismos sean compatibles con el cumplimiento de la función a la que está destinada, considerando lo incisivo que pueden ser los instrumentos sancionatorios en manos de la Administración. La reducción de garantías pueden generar un efecto criminógeno si no se articula correctamente, en la medida en que al ciudadano le puede resultar más interesante, sobre todo en aquellos casos en los que existe un límite cuantitativo entre uno y otro campo, superar ese límite e incidir en el delito a fin de que sus derechos se vean mejor garantizados.¹⁴⁶

Teorías eclécticas o mixtas.- Establecen como punto de partida la teoría cuantitativa, negadora de diferencias sustanciales entre el derechos penal y el derecho

¹⁴² Percy García Cavero, *Derecho penal económico* (Piura: Marcial Pons 2003), 71.

¹⁴³ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 76.

¹⁴⁴ Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed. (Madrid: Civitas, 2001), 102.

¹⁴⁵ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 79.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, 80.

administrativo sancionatorio, matiza que entre las infracciones administrativas y los delitos más graves no cabe duda de que existe una diferencia cualitativa, como pone de manifiesto el contraste entre los delitos centrales del sistema y determinadas infracciones administrativas, es así como según esta teoría, hay un punto en el que la diferencia cuantitativa se transforma en cualitativa.¹⁴⁷

Como indican Tomillo y Rubianes, la evidente diferencia de gravedad entre algunos de los comportamientos de los que se ocupan el derecho penal y el derecho administrativo sancionador no se tienen que traducir en la diferencia de la naturaleza jurídica de unos y otros ilícitos.

Los delitos y las infracciones administrativas mantienen una estructura idéntica y se orientan a la protección de bienes jurídicos. Lo contrario, en ambos casos, conduciría a la arbitrariedad, por tanto estamos ante un problema de proporcionalidad, no de identidad.¹⁴⁸

Ruffo sostiene que la “infracción administrativa tiende a proteger los contingentes intereses de la Administración Pública y no los valores esenciales de la convivencia”; sin embargo, la diferencia no puede encontrarse en la cualidad de los bienes jurídicos protegidos por una y otra rama del Derecho, como si existiesen bienes jurídicos de segunda división que sólo merecen la tutela del derecho administrativo y no la del derecho penal.¹⁴⁹

Algunas tesis formales, ponen de relieve un aspecto puramente subjetivo y, asimismo, evidente: que “las infracciones administrativas son apreciadas y sancionadas por la Administración, mientras que las penales requieren la inevitable intervención jurisdiccional”.¹⁵⁰

Teoría Unitaria o Cuantitativa. Como tesis actualmente mayoritaria, plantea que las infracciones penal y administrativa serían esencial, material y sustancialmente idénticas. Tanto el delito como la infracción administrativa son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, la cual ha sido otorgada por medio del contrato social a este para la tutela de bienes jurídicos.¹⁵¹

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 81.

¹⁴⁸ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 83.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 84.

¹⁵⁰ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Hermidio Losada González, *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, 12.^a ed. (Madrid: Tecnos, 2012), 196.

¹⁵¹ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 90.

Tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionatorio persiguen la tutela de bienes jurídicos, la posibilidad de que la potestad sancionatoria del Estado se pueda construir sin referencia a los bienes jurídicos, puede conducir a la arbitrariedad sancionatoria.

La teoría unitaria presenta dos ventajas centrales: (i) abre la puerta a la aplicación de los elaborados principios del derecho penal a un sector caracterizado por una regulación positiva muy deficiente; y, (ii) se cierra el paso a intelecciones escasamente garantistas, en la medida en que, siendo sustancialmente iguales, lo que, no equivale a intercambiables, en ese sentido sólo la tesis cuantitativa se encuentra en condiciones de explicar satisfactoriamente por qué se deben aplicar iguales garantías en uno y otro sector.¹⁵²

En igual sentido Juan Carlos Cassagne ha señalado que

Es evidente que el derecho penal administrativo no configura una disciplina autónoma. Sus fundamentos se encuentran hoy día superados (no hay que olvidar que esta concepción es la sucesora de las teorías que sustentaron el llamado derecho penal de policía) toda vez que si las sanciones poseen naturaleza represiva, por menos graves que ellas fueran, las contravenciones contienen, en estos casos, idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo un derecho penal subjetivo de la Administración sino del Estado.¹⁵³

En definitiva, según señalan Tomillo y Rubiales, tanto la Infracción Penal como la Administrativa proceden de un mismo fenómeno, fruto de una construcción secular, orientada en alta medida a fortalecer las garantías del ciudadano frente al poder del Estado. Si el derecho penal constituía la Carta Magna del delincuente, se puede parafrasear a Von Liszt y decir que el derecho administrativo sancionador es, entre otras cosas, la Carta Magna del administrado frente a la Administración.¹⁵⁴

Estas garantías suponen para los ciudadanos mayores derechos que los que tienen cuando se relacionan con la Administración en el seno de otra potestad, e implican por tanto correlativas cargas para la Administración en tanto que para no quebrantar aquéllos debe ser más cuidadosa de lo habitual, estando sujeta a la aplicación de los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, non bis in ídem, presunción de inocencia, entre otros. Nada de lo anterior será preciso, o al menos no de un modo tan riguroso, cuando se

¹⁵² Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 103.

¹⁵³ Cassagne, *Derecho administrativo*, 562.

¹⁵⁴ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 115.

trate de realizar otras actuaciones que aun incidiendo en la esfera jurídica de los administrados no tenga la consideración de sanciones.¹⁵⁵

En ese sentido cabe referirse al criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, donde dicho organismo jurisdiccional reconoce la identidad sustancial existente entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, determinado que ambos “implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas como consecuencia de una conducta ilícita”,¹⁵⁶ criterio a partir del cual se amplió, por vía de interpretación, el margen de aplicación del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos como garantía de los administrados dentro de la sustanciación de procedimientos administrativos sancionatorios, regla que pasa a ser de imperativa observancia para las entidades de la administración pública en función del alcance planteado para el control de convencionalidad.

Aceptada la coincidencia sustancial entre ambos sectores del ordenamiento jurídico, la consecuencia práctica más visible sería que la mayor parte de los principios y garantías que se predicán del derecho penal, los cuales son el fruto de una secular elaboración y desarrollo, se deberían aplicar también, *mutatis mutandis*, a las infracciones y sanciones administrativas, en la medida en que los mismos sean compatibles con el cumplimiento de la función a la que estas últimas están destinadas.¹⁵⁷

Solo la tesis cuantitativa explica satisfactoriamente la relación matemática establecida por el legislador entre determinadas figuras delictivas y sus correlativas infracciones administrativas; por tanto, la línea que separa la infracción administrativa del delito es con frecuencia determinable matemáticamente, cuantitativamente, donde los comportamientos más graves se deberían dejar en manos del derecho penal y los de entidad más reducida en el derecho administrativo sancionador, conforme han señalado Tomillo y Rubiales.

La definición de la utilización de uno u otro sector del ordenamiento jurídico es una cuestión en la que subyacen criterios de política legislativa orientada entre otros criterios generales a dar observancia a al principio de proporcionalidad o al carácter de *última ratio* propio del derecho penal en función del cual el Estado debe agotar los medios

¹⁵⁵ Mariano Herranz Vega, *Manual de derecho administrativo sancionador*, 3.^a ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013), 80.

¹⁵⁶ Corte IDH, “Sentencia del 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, párr. 106, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

¹⁵⁷ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 110.

menos lesivos que el derecho penal antes de acudir a este, que sólo debería intervenir cuando aquéllos se hayan mostrado ineficaces.¹⁵⁸

En ese sentido Juan Carlos Cassagne ha señalado que

La imposibilidad de establecer a priori diferencias sustanciales y ontológicas entre delitos y contravenciones conduce a que el problema se resuelva, en definitiva, a través de la política legislativa según la gravedad e importancia que se le dé en momento y lugar determinado, las razones de necesidad y utilidad práctica y el sentimiento general predominante.¹⁵⁹

En conclusión puedo afirmar que nuestro sistema jurídica claramente ha acogido la teoría cuantitativa o unitaria como la más adecuada para sostener la identidad sustancial existente entre el derecho penal y el derecho penal administrativo, posición que además ha quedado plenamente establecida dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha ratificado en varias oportunidades la línea planteada dentro del holding del caso Baena Ricardo vs. Paraguay. Por tanto una vez definida la identidad sustancial del procedimiento administrativo sancionatorio, queda por establecer el alcance de los principios del derecho penal que le son aplicables, para lo cual habrá que observarse las características propias del derecho administrativo.

4. Principios que rigen el procedimiento administrativo sancionatorio, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos

Conforme ha sido referido en líneas precedentes, la utilización de los criterios informadores del derecho penal general en el derecho administrativo sancionador, se debe realizar bajo determinadas cautelas y siempre encaminada a erradicar la arbitrariedad, haciendo prevalecer los principios de legalidad y justicia social, así como los demás fines del Estado, asegurando los derechos constitucionales, de todas las personas.

Una vez definida la naturaleza jurídica y alcance del derecho administrativo Sancionador, así como las reglas del derecho penal aplicables por analogía a dicha materia en función a la doctrina y precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, queda por identificar el alcance de los garantías y derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos dentro del

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 120.

¹⁵⁹ Cassagne, *Derecho administrativo*, 564.

procedimiento administrativo sancionatorio, para lo cual centraremos nuestra atención en los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y debido procedimiento administrativo.

4.1 Principio de legalidad

El principio de legalidad es uno de los principios del ordenamiento jurídico que mayor complejidad presenta, puesto que bajo dicha expresión se acuñan varios conceptos jurídicos diferentes, que incluyen tanto el análisis de una de las técnicas de sometimiento de la actuación de las Administraciones Públicas al Derecho, como el problema de las reservas legales en general, y la reserva de ley en materia sancionadora en particular.¹⁶⁰

José Rodríguez Carbajo, al referirse al principio de legalidad ha señalado que

El dogma de la soberanía popular afirma que quién obedece la Ley no hace sino obedecerse así mismo. El parlamento encarna la soberanía y por ello los otros poderes del Estado, el ejecutivo y el judicial, no son soberanos, sino que están sometidos al imperio de la ley, al igual que los ciudadanos, y a estos poderes les corresponde una simple función de ejecución de los mandatos de la ley, esto es, concretar en actos particulares los mandatos generales de la ley.¹⁶¹

La exigencia de reserva de Ley, atribuida a Otto Mayer, no constituye un capricho arbitrario y por el contrario posee un sólido fundamento histórico, conexo a la necesidad de establecer límites a la capacidad del Estado para intervenir en la vida de los ciudadanos; es por ello, que en función del contrato social, exclusivamente el órgano que personifica a la soberanía popular puede establecer límites a las libertades de los ciudadanos.¹⁶²

Conforme fue referido ya en el acápite precedente, la identidad material de las infracciones penales y administrativas no abona un diferente tratamiento de ambas instituciones jurídicas, porque no es cierto que automáticamente la reacción punitiva del derecho administrativo sancionador sea siempre menos incisiva que la del derecho penal, sino que, muy por el contrario, con mucha frecuencia, las sanciones administrativas son

¹⁶⁰ Pedro González y José Rodríguez, “El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad”, en *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, coord. Mariano Herranz Vega, 3.ª ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013), 96.

¹⁶¹ José Ramón Rodríguez Carbajo, “El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad”, en *Manual de Derecho Administrativo* (España: Ed. Aranzadi, 2005), 124.

¹⁶² Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 130.

tan graves o más que la propias del derecho penal, por lo que las garantías no deben ser menores.¹⁶³

El principio de legalidad viene siendo enunciado mediante la expresión acuñada en el siglo XIX por Feuerbach: *Nullum crimen, Nulla poena sine lege*,¹⁶⁴ del cual derivan los principios de reserva de ley, irretroactividad de las leyes penales, principio de tipicidad y la prohibición de la analogía.

Por tanto, el principio de legalidad comporta al menos tres exigencias: (i) la existencia de una Ley; (ii) que la ley sea anterior al hecho sancionado; y, (iii) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador. De esta forma cualquier manifestación de voluntad de la administración pública, en ejercicio del *ius puniendi*, administrativo, debe estar presidido por el axioma de legalidad.

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador determina que en todo proceso se asegurará que “nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley”,¹⁶⁵ como regla del debido proceso. Dicha disposición constitucional no ha hecho más que homogeneizar el principio de legalidad dentro del ejercicio de la potestad sancionadora en sus diversas manifestaciones, quedando claro entonces, que la norma constitucional ha positivizado el principio general de legalidad en todo el derecho punitivo del Estado y, por consiguiente, en el derecho administrativo sancionador.

En concordancia el artículo 132 de la Constitución de la República del Ecuador determina que la Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común, y determina que se requerirá de ley entre otros casos para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, con lo cual se materializa ya en el texto constitucional el principio de reserva legal.

Entonces tanto el artículo 76 como 132 de la Constitución consagran el principio de reserva legal penal y penal administrativa, incorporando dentro del mismo tanto la

¹⁶³ *Ibíd.*, 128.

¹⁶⁴ Paúl Johann Anselm Von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in deutschland geltigen peinlichen rechts* (Giessen: reimpr. Aalen 1973), 20.

¹⁶⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76.

definición de las acciones u omisiones que constituyen delito o falta; así como a las sanciones aplicables.

Por otra parte, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que “nadie puede ser condenado por acciones y omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho aplicable”,¹⁶⁶ en cuanto a este último término (derecho aplicable) es necesario referirse al artículo 30¹⁶⁷ de la misma Convención, a partir del cual debemos cuestionarnos el alcance del principio de legalidad en general y en particular del principio de reserva de ley, conforme a los lineamientos establecidos tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en la Convención Americana de Derechos Humanos, considerando que el ejercicio del *ius puniendi* siempre lleva implícito el menoscabo del ejercicio de un derecho.

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al alcance del principio de reserva de ley establecido en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro de la Opinión Consultiva OC-6/86, propuesta por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, señaló:

26. [...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece del derecho interno de los Estados americanos.”¹⁶⁸

Por tanto, en función del criterio previamente referido, la Corte consideró que una interpretación distinta a la antes transcrita, “equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados, siendo el vocablo “Ley”

¹⁶⁶ OEA, Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 9.

¹⁶⁷ “Alcance de las restricciones.- Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. OEA, Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 30.

¹⁶⁸ Corte IDH, “Opinión consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986”, *la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párr.26, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf.

en sentido formal una exigencia necesaria para limitar la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana”.¹⁶⁹

Desde el punto de vista doctrinario, Eduardo García de Enterría al referirse al tema ha señalado:

El principio de legalidad tiene rango constitucional por el artículo 21.1 dado que en el mismo se estableció la garantía básica de la legalidad respecto de los delitos y de las infracciones administrativas. Dicho principio tiene una doble vertiente: por una parte, no hay infracción ni sanción administrativas posibles sin Ley que las determine, de una manera previa; en segundo término, esa previsión legal, que tienen aquí además el carácter propio de la legalidad administrativa que nos es conocida, la atribución a la administración potestad para sancionar, tiene que realizarse precisamente a través de la Ley Formal.¹⁷⁰

Siguiendo esta posición doctrinal, el postulado de legalidad presupone la existencia de una Ley, de manera tal que no es posible, en concepción estricta, dejar a la administración la facultad de regular el régimen sancionatorio bajo el pretexto de la titularidad de la potestad sancionadora que ostenta, y en función a ella considerarse habilitada para crear la prohibición y estructurar la sanción,¹⁷¹ ni la transgresión ni la pena pueden emerger de la sola voluntad de la administración. La Administración por medio de la potestad sancionadora adquiere un contundente instrumento punitivo capaz de afectar muy agresivamente a la vida de los ciudadanos, por lo que parece más que justificado que la regulación de su ejercicio se encomiende con exclusividad al parlamento.¹⁷²

En cuanto a la pena la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Baena Ricardo vs. Panamá, señaló que “la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor”,¹⁷³ en igual sentido en el mismo fallo la Corte determinó que no puede existir infracción penal sin ley que la determine.

En el ámbito del derecho administrativo sancionador entonces no basta con que la ley habilite a la Administración para actuar, sino que es necesario que le marque el cómo

¹⁶⁹ *Ibíd.*, 27.

¹⁷⁰ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador, una aproximación dogmática*, 2.^a ed. (Bogotá: Ed. Legis, 2009), 197-8.

¹⁷¹ *Ibíd.*, 195.

¹⁷² Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 130.

¹⁷³ Corte IDH, “Sentencia del 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, párr. 106, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

ejercer dicha actuación dictándole instrucciones y estableciendo directrices, para el caso específico definiendo los tipos de infracciones y sanciones.

Otra línea doctrinaria plantea una posición más flexible frente al principio de reserva legal; entre otros, Jaime Ossa Arbeláez, ha señalado que el carácter formal del principio de legalidad no elimina, de ninguna manera, la potestad reglamentaria que tiene la administración. Si bien la Carta habla de leyes preexistentes, ello no debe interpretarse con un juicio de extrema dureza para exigir que solamente y de manera exclusiva las leyes formales son las que están investidas de la prerrogativa de determinar las infracciones y las sanciones administrativas sin dar cabida a los reglamentos.¹⁷⁴

En el mismo sentido, el autor antes citado señala que esa fuerza creadora del Reglamento, que, por lo demás, le imprime solución a la administración y obligatoriedad a sus normas, no tienen poder de expansión para superar el marco normativo de la legalidad formal pues, de todas maneras, está inhabilitado para modificar o abrogar la ley. Los reglamentos deben observar una serie de límites insertos en la Constitución y en las mismas leyes.¹⁷⁵

De esta manera se positivizó la prohibición a la norma reglamentaria de ampliar el campo de la ley sancionadora. Al reglamento no le está permitido, de ninguna manera, crear infracciones administrativas, ni sanciones de igual naturaleza. Sólo la ley puede introducir los elementos que definan unas y otras. En ese sentido, Ossa Arbeláez ha señalado que

Únicamente la ley en sentido formal está en capacidad de otorgar la necesaria cobertura a la potestad sancionadora de la administración. Sólo la ley formal es la que puede definir previamente la infracción y tipificar la sanción. Tan solo ella puede suministrarle al Reglamento los elementos básicos y sustanciales a la contravención y la pena.

Al reglamento, por sí solo, le está vedado autonomizar las conductas infractoras y las penas correlativas, como también le está prohibido ampliar la cobertura de unas y otras, definiéndolas o estructurándolas.¹⁷⁶

En igual sentido Ramón Parada ha señalado que la diferencia entre el principio de reserva de ley absoluta de la ley que opera en materia penal y de la cobertura legal, aplicable a las sanciones administrativas es que, en el primer caso, la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad) sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de

¹⁷⁴ Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 200.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, 201.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 212.

aplicación o desarrollo; mientras que el principio de cobertura legal de las sanciones administrativas sólo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad.¹⁷⁷

Es importante mencionar, que las posiciones doctrinarias previamente referidas se desenvuelven entorno al alcance del principio de reserva de ley planteado en el artículo 25.1 de la Constitución Española,¹⁷⁸ en el cual la utilización del término “legislación” en vez de “ley”, plantea la posibilidad de una aplicación no rigurosa al principio de legalidad con el objeto de evitar el desarme sancionador de la Administración, el cual conforme a la mandato constitucional encuentra en los reglamentos una legitimación primaria o complementaria de indudable importancia para las sanciones de índole menor; sin embargo el texto planteado por la Constitución Española difiere sustancialmente del alcance propuesto por los artículos 76 y 132 de la Constitución ecuatoriana en la cual se reconoce un alcance más riguroso al principio de legalidad y producto de ello al de reserva de ley, conforme ha sido referido en líneas precedentes.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es preciso reconocer la coexistencia con figuras jurídicas denominadas leyes sancionadoras incompletas y de otras denominadas leyes penales en blanco que llevan a la necesidad de establecer el margen de aplicación del principio de reserva de ley en función del ejercicio de la potestad sancionadora que se reconoce a la administración pública. En ambos casos puede ocurrir que normas sin rango de ley sean las que fijen las infracciones y las sanciones, sin que con ello se esté vulnerando el principio de reserva de ley formal, ni que esto suponga una excepción a tal principio, sino, que como afirma Alejandro Nieto, supone una modalidad de su ejercicio.¹⁷⁹

En el caso de las primeras (normas sancionatorias incompletas) el legislador al establecer los tipos de infracciones y sanciones, puede regularla sólo de modo parcial, remitiendo parte de esa regulación a lo que se disponga en otra norma, en ese sentido

¹⁷⁷ Ramón Parada, *Derecho administrativo*, t. I (Madrid: Marcial Pons, 2010), 457-8.

¹⁷⁸ “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. España, *Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado del 29 de diciembre de 1978, art. 25.

¹⁷⁹ Pedro González y José Rodríguez, “El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad”, en *Manual de derecho administrativo sancionador*, 3.ª ed., coord. Mariano Herranz Vega (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013), 115.

puede suceder que esa norma tenga carácter reglamentario, particular que según señalan autores como Pedro González y Ramón Rodríguez, no presenta mayor dificultad en cuanto a la reserva de ley formal, puesto que la ley de remisión está dando cobertura a la norma remitida y, por tanto, el problema que pueden plantear esta clase de leyes incompletas que remiten a reglamentos para la determinación de la infracción o de la sanción serían en su caso los propios de la reserva de ley material.¹⁸⁰

En cuanto las leyes sancionadoras en blanco, el legislador no definió por completo el contenido de la acción constitutiva de la infracción, sino que se limita a dar una orden o establecer una prohibición cuyo contenido concreto no resulta de la misma norma sancionadora, sino de otra norma no sancionatoria. Es decir, se trata de una norma que por un lado establece la sanción, y por otro también establece un mandato positivo o negativo, y es el contenido de este mandato el que está regulado en otra norma que no es sancionadora, de modo que la concreta descripción del tipo resulta de la orden o prohibición y de lo que disponga la norma no sancionadora, que de ordinario será la que regule la actividad sobre la que recae aquel mandato positivo o negativo.¹⁸¹

Entonces en función al principio de reserva de ley, debe existir una manifestación de contenido material amplia y a su vez comprimida, que subsuma toda la normativización de la ilicitud y de la pena a la ley en sentido formal, pues la potestad reglamentaria no puede recibir, en manera alguna, la facultad de definir las sanciones que la ley no haya delimitado. El problema que se plantea en este supuesto no está en la aplicación del principio de reserva de ley en sentido formal, sino por la reserva de ley material. Así pues, según González y Rodríguez, no se viola el principio de reserva de ley formal por la circunstancia de que la ley no regule por completo las infracciones y las sanciones, permitiéndose que otras normas no legales complementen y especifiquen el tipo de infracción o de sanción, e incluso que el deber concreto se fije mediante una prohibición o imposición legal complementado por un acto administrativo concreto que especifique el deber de conducta.¹⁸²

Por otro lado la vertiente material del principio de reserva de ley, supone la exigencia de que con independencia de cuál sea el rango de la norma sancionadora, la misma sea anterior a la comisión de los hechos que dan lugar a la imposición de la sanción, y describa con suficiente precisión tanto el supuesto de hecho de la infracción,

¹⁸⁰ *Ibíd.*, 116.

¹⁸¹ *Ibíd.*, 117.

¹⁸² González y Rodríguez, *El principio de legalidad*, 122.

como la de su consecuencia jurídica.¹⁸³ En función a dicho presupuestos es que se concretan los principios de irretroactividad y tipicidad como elementos determinantes dentro de la definición del ámbito material del principio de reserva de Ley.

Según indican González y Rodríguez, es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de “especial sujeción”, “de poder especial”, o simplemente “especiales”. Lo importante ahora es afirmar que la categoría “relación especial de sujeción” no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos.¹⁸⁴

En cuanto al alcance de aplicación del artículo 9¹⁸⁵ de la Convención Americana de Derechos Humanos al derecho penal administrativo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del fallo dictado en el Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá señaló que tanto las sanciones administrativas como las penales, constituyen un expresión del poder punitivo el Estado y que ambas implican un menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita, supuesto en función del cual se hacen extensibles las garantías establecidas en el artículo 9 de la Convención en relación al ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración Pública.¹⁸⁶

En este mismo fallo, la Corte concluyó que “los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos (la represión)”,¹⁸⁷ criterio que además se reafirma

¹⁸³ *Ibíd.*, 137.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, 33.

¹⁸⁵ “Nadie puede ser condenado por acciones y omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” OEA; Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 9.

¹⁸⁶ Corte IDH, “Sentencia del 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, párr. 106, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 107.

dentro del caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*,¹⁸⁸ por tanto en función de los precedentes jurisprudenciales previamente referidos, quedo plenamente determinado el alcance de dichos principios en función de la aplicación de la Convención Interamericana, criterio que además debe ser acogido por los órganos administrativos y jurisdiccionales, conforme al alcance que del control de convencionalidad ha sido planteado dentro de la presente investigación.

En ese sentido, puedo concluir que el principio de legalidad constituye una garantía al ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, cuyo alcance de acuerdo al criterio planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 6/86,¹⁸⁹ ha determinado una serie de límites infranqueables al ejercicio del poder punitivo del Estado y se ha constituido en una garantía primaria para el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en favor de los sujetos investigados, sea dentro de un procedimiento sancionatorio administrativo o de un proceso penal propiamente dicho, este principio demanda de la positivización de los diversos elementos que integran la calificación de la conductas típica y antijurídica así como de la sanción aplicable en una ley en sentido formal y material.

Esta regla impuesta por el ordenamiento jurídico constitucional y desarrollada además en diversas fuentes que integran el entorno supranacional, determinan que el único medio lícito para la limitación del ejercicio de derechos fundamentales debe adecuarse a las demandas impuestas por el sistema democrático, cuyo principio fundamental se encuentra en el reconocimiento de la división de poderes como fuente de legitimidad, correspondiendo así de forma privativa a la Función Legislativa, calificar las conductas que han de ser consideradas como contrarias al orden jurídico constituido que como tales con calificadas como infracciones sean éstas administrativas o penales.

El criterio antes descrito, establece la imposibilidad de que autoridades o entidades del Estado distintas a aquella que integran la Función Legislativa, puedan determinar a través de cuerpos normativos de distinta jerarquía, calificar conductas como típicas y antijurídicas así como establecer las sanciones que les son aplicables a los infractores, es

¹⁸⁸ Corte IDH, “Sentencia 3 de mayo 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, párr. 89, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf.

¹⁸⁹ Corte IDH, “Opinión consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986”, *la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párr.26, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf.

así como la normativa emitida contrariando el principio de reserva de ley se encontraría viciada por inconstitucionalidad y carecería de efectos jurídicos de acuerdo al criterio vertido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros fallos, en Almonacid Arellano Vs. Chile, Tribunal Constitucional Vs. Perú y Gelman Vs. Uruguay.

4.2 Principio de tipicidad

La exigencia de que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, como las sanciones a imponer, sean descritos clara e inequívocamente, de forma que no se genere inseguridad jurídica, tienen como finalidad que los ciudadanos puedan en todo momento prever las consecuencias sancionatorias que se pueden derivar de su conducta.¹⁹⁰

Para autores como Jaime Ossa, tanto la tipicidad como la legalidad, identifican, conceptos únicos aunque no iguales. La legalidad se observa cuando la infracción y la sanción están previstas, en tanto que la tipicidad se complementa a través de la definición de la conducta que la ley considerar constitutiva de la infracción y la sanción. La tipicidad colabora, en cierta medida, a hacer realidad la *lex certa* definida en la *lex previa*.¹⁹¹

En igual sentido autores como Alejandro Nieto García han marcado una diferencia con el principio de legalidad al señalar que

Los principios de legalidad y tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la Ley considere puede imponerse, siendo en definitiva el medio de garantizar el principio constitucional de la seguridad y de hacer realidad, junto a la exigencia de una *lex previa*, la de una *lex certa*.¹⁹²

La infracción que da lugar a una sanción y, por tanto, conlleva la necesaria observancia de las garantías constitucionales, es aquella conducta que, además de ser

¹⁹⁰ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 130.

¹⁹¹ Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 218-9.

¹⁹² Alejandro, Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, 2.^a ed. (Madrid: Ed Tecnos, 1994), 215.

ilícita, puede calificarse de punible, lo que presupone, necesariamente, la previa tipificación legal de la conducta y de las consecuencias de la misma.¹⁹³

La norma punitiva debe permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que pueden hacerse merecedor quien la cometa, “lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete”.¹⁹⁴

En ese sentido Alejandro Nieto ha señalado que:

No basta simplemente que la ley aluda a la infracción. Lo que se requiere es que la ley contenga una descripción de los elementos necesarios y esenciales de la transgresión y si realmente eso no ocurriese, se produce un incumplimiento al mandato de la tipificación.¹⁹⁵

La tipificación de las infracciones administrativas trata en definitiva, de proteger el cumplimiento del ordenamiento jurídico, y de sancionar, por tanto, su incumplimiento, a diferencia de lo que ocurre con las infracciones penales, que sancionan la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, sin que haya, por lo general, una norma sustantiva subyacente que imponga una obligación que haya sido vulnerada.¹⁹⁶

La reserva de ley sólo puede desarrollar toda su eficacia cuando la voluntad del órgano representante del pueblo se expresa tan claramente que excluye una decisión subjetiva y arbitraria del juez, en el ámbito penal o de la administración, en el contexto del derecho administrativo Sancionador.¹⁹⁷

En el caso Chaparro Álvarez, la Corte IDH, al referirse a la principio de tipicidad, señaló:

57. La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estado a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier

¹⁹³ Mariano Herranz Vega, *Manual de derecho administrativo sancionador*, 3.^a ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013) 83.

¹⁹⁴ Cassagne, *Derecho administrativo*, 213-4.

¹⁹⁵ Nieto García, *Derecho administrativo sancionador*, 192.

¹⁹⁶ Noelia Ayala Muñoz y Carolina Peral Díez, “El principio de Responsabilidad”, en *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, coord. Mariano Herranz Vega, 3.^a ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013), 166.

¹⁹⁷ Hans. Heinrich. Jescheck y Tomás. Weigend, *Tratado de derecho penal*, 5.^a ed. (Granada: Marcial Pons, 2002), 15.

requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la convención Americana.¹⁹⁸

Juan Carlos Cassagne ha señalado que el principio de tipicidad es incompatible con las formulas genéricas y abiertas que se emplean en algunas oportunidades para calificar la infracción penal, llamadas también leyes penales en blanco. En cambio, tratándose de sanciones de naturaleza disciplinaria se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados lo que ha sido justificado frente a la imposibilidad de precisar de antemano y en forma detallada los deberes profesionales del agente público, sin que ello excluya la exigencia de concretar, en cada caso, la conducta computable y su conexión con la violación antijurídica de los deberes administrativos.¹⁹⁹

Contrario a los presupuestos tanto teóricos como jurisprudenciales previamente referidos podemos concluir que el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo presenta un alcance limitado al principio de tipicidad al señalar que son infracciones administrativas las acciones u omisiones prevista en la Ley. La definición así planteada presenta un limitación sustancial al alcance de dicho principio, puesto que a través de este lo que se busca es garantizar la seguridad jurídica del administrado en función a la descripción clara e inequívoca de las infracciones y sanciones administrativas que le son aplicables; es decir, a la preexistencia de una definición de la conducta que la ley considerar constitutiva de la infracción y la sanción aplicable a esta, en ese sentido incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esa descripción debe ser tan concreta como sea posible.

De acuerdo al alcance planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio de tipicidad demanda del Estado el deber de establecer tan concretamente como sea posible y de antemano, las causas y condiciones que determinar la calificación de una conducta como antijurídica.

Sin embargo, dicho alcance ha sido limitado sustancialmente en el Código Orgánico Administrativo, en el cual al parecer se incorporó el concepto de principio de Legalidad que ha sido acogido por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin que éste logre recoger el alcance que demanda la definición del principio de tipicidad conforme ha sido propuesto en el presente acápite,

¹⁹⁸ Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez vs. Ecuador*, párr. 57, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

¹⁹⁹ Cassagne, *Derecho Administrativo*, 570.

con lo cual queda evidenciada la existencia de una distinción a nivel teórico entre ambos principios, que debe ser asumida por el ordenamiento normativo.

La sujeción imperativa al Control de Convencionalidad obliga a los organismos del sector público y a los órganos que lo integran, sujetarse a los parámetros de interpretación que han sido planteados dentro de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permite realizar el test de adecuación de las exigencias propias que han sido reconocidas para el ejercicio de la una garantía fundamental que se encuentra enlazada con el principio de tipicidad.

La determinación clara e inequívoca de la conducta antijurídica que además debe encontrarse contenida en una ley en sentido formal y material conforme al alcance planteado en base al principio de reserva de ley, determina la factibilidad que el sujeto obligado pueda adecuar su conducta a las exigencias propias del ordenamiento jurídico.

Este presupuesto además permite establecer la clara limitación en el ejercicio de la facultad punitiva restringiendo el uso de fórmulas genéricas o abiertas que puedan ampliar de forma desmedida el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, presupuestos que pone en grave riesgo al ejercicio de los derechos fundamentales y en particular a la seguridad jurídicas.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, en el Fallo *López Mendoza Vs. Venezuela*,²⁰⁰ la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha desconocido la posibilidad de hacer uso de conceptos jurídicos indeterminados dentro del proceso de tipificación de la conducta antijurídica, siempre que esta se sujete a un test de previsibilidad el cual fue recogido de la jurisprudencia producida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se sustenta en tres presupuestos fundamentales: (i) el contexto de la norma bajo análisis; (ii) el ámbito de aplicación para el que fue creada la norma; y, (iii) el estatus de las personas a quién está dirigida la norma.

En función de los antecedentes antes expuestos, la administración pública dentro del ejercicio de la facultad sancionatoria, debe considerar los presupuestos que han sido recogidos para definir el principio de tipicidad, esto no sólo en función al alcance planteado en el Código Orgánico Administrativo sino que además debiendo tomar en cuenta aquellos que han sido considerados en el marco de la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de la interpretación que de ésta ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁰⁰ Corte IDH, “Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, párr.200, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

En mi opinión es imperativo que nuestro sistema jurídico dé plena cobertura al principio de tipicidad, esto con el objeto de que los sujetos obligados puedan adecuar su conducta a los presupuestos determinados en el ordenamiento jurídico, con lo cual se cumple uno de los objetivos primordiales del procedimiento sancionatorio, el prevenir del cometimiento de acciones u omisiones contrarias al orden jurídico y limitar el ejercicio de la discrecionalidad.

4.3 Principio de proporcionalidad

También conocido como principio de prohibición del exceso, constituye una garantía de los ciudadanos frente a toda actuación de las Administraciones Públicas que conlleve una restricción del ejercicio de derechos ciudadanos. Este principio entonces supone, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar. En el campo específico del derecho administrativo sancionador, este principio exige que exista un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, así como una correspondencia entre la gravedad de una conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye.²⁰¹

El principio de proporcionalidad racionaliza la actividad sancionadora de la administración evitando que la autoridad expanda su actuación represiva y dirigiendo ésta dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa última de entre las que menos gravosas resulten para el administrado, adecuando el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada al terreno de la razonabilidad.²⁰²

Siguiendo a Diego Pérez, el principio de proporcionalidad tiene injerencia en el ámbito legislativo y administrativo o ejecutivo, en el primer caso cuando el parlamento debe delimitar las acciones y omisiones que atenten contra el orden público y demás bienes jurídicos generales susceptibles de protección.²⁰³

En el ámbito administrativo o ejecutivo, una vez definidos los principios de legalidad y tipicidad, será la administración la que, en el ejercicio de su potestad, deba actuar con medida a la hora de sancionar, justificando de forma expresa los criterios

²⁰¹ Diego Pérez Martínez, “El principio de proporcionalidad”, en *Manual de derecho administrativo sancionador*, coord. Mariano Herranz Vega, 3.^a ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013), 260.

²⁰² Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 417.

²⁰³ Pérez Martínez, *Manual de derecho administrativo sancionador*, 260.

seguidos en cada caso en concreto. Es entonces a través del principio de proporcionalidad que se busca limitar el ejercicio del poder discrecional reconocido en ciertos casos a la administración pública con el objeto de alcanzar el necesario y debido equilibrio entre los hechos imputados y la responsabilidad.

Garberí Llobregat y Buitrón Ramírez, al referirse a los elementos que deben ser considerados para identificar si la actuación de la administración se sujeta al principio de proporcionalidad, sostienen:

En abstracto, los términos de la comparación que permiten averiguar si una concreta actuación de los poderes públicos infringe o no el principio de proporcionalidad son, por un lado, el contenido y finalidad de la medida o resolución que adopta la autoridad pública, y de otro, la entidad o magnitud del sacrificio que a los derechos individuales del sujeto pasivo de la medida comporta la misma.²⁰⁴

Los mismos autores, haciendo suyo el pensamiento de González Cuéllar Serrano, consideran que:

El principio de proporcionalidad no se encuentra estrictamente alojado en tal o cual precepto constitucional, sino que se halla en todos aquellos preceptos que consagran los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya restricción debe siempre quedar supeditada a las exigencias de la proporcionalidad; en último término, el principio de proporcionalidad encuentra su fundamento constitucional en el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales de la persona.

Por tanto el principio de proporcionalidad lo que hace es sentar la interdicción de la arbitrariedad en función a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que se hace evidente o se exterioriza en el ejercicio de potestades discrecionales dentro del ejercicio del *ius puniendi*.

La configuración normativa de este principio se puede encontrar en los Tratados Internacionales ratificados por el Estado que reconocen implícita o explícitamente este principio, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, entre otros.

²⁰⁴ José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, *El procedimiento administrativo sancionador*, 6.ª ed. (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2016), 46.

La definición del principio de proporcionalidad recogida en el artículo 16 del Código Orgánico Administrativo,²⁰⁵ parece abordar de forma restringida el alcance propuesto para dicho principio dentro del ejercicio de la potestad sancionadora de la cual se encuentra investida la administración pública, criterio que busco sustentar en los siguientes presupuestos:

- a) El principio de proporcionalidad, en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria, encuentra su sustento en la existencia de un adecuado equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida por la norma. En el marco del procedimiento administrativo sancionatorio, el principio de proporcionalidad no se limita al establecimiento del justo equilibrio entre los diferentes intereses, sino que se fundamenta además en la adecuada ponderación entre la limitación resultante de la aplicación de la sanción para el derecho del infractor y del interés público que se intenta preservar; es decir, la observancia de dicho principio encuentra su justificación en la verificación de una adecuada correspondencia entre la gravedad de una conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye a esta; y,
- b) El cumplimiento del objetivo planteado en el literal precedente, consolida al principio de proporcionalidad como un mecanismo de limitación de la discrecionalidad y de control de legalidad del acto administrativo, que se materializa en base al reconocimiento de elementos objetivos que permitan valorar la graduación de la sanción a ser impuesta, dentro del rango u opciones previstas en la ley, a través de la identificación del grado de afectación al bien jurídicamente protegido, así como la intencionalidad, reincidencia o reiteración imputable al infractor. Por ello, resulta insuficiente establecer si los gravámenes o cargas a ser impuestas son desmedidas en relación con el objeto previsto en la norma, puesto que dicha evaluación fue objeto de análisis dentro del ejercicio de ponderación que fuere efectuada por el legislador al momento de tipificar una determinada conducta como infracción administrativa, así como su consecuente jurídico (sanción aplicable o margen de sanción o sanciones aplicables).

²⁰⁵ “Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en el marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objeto previsto en el ordenamiento jurídico.” Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, suplemento, 07 de julio de 2017, art. 16.

Los criterios para la graduación de las sanciones en función al principio de proporcionalidad son los siguientes:

- a) Intencionalidad.- puede definirse como la determinación de la voluntad en orden a la consecución de un fin. La conducta del infractor, cuando sea consciente y voluntaria, es decir, dolosa – empleando términos propios del derecho penal -, será merecedora de mayor reproche que si concurre mera negligencia.²⁰⁶
- b) Reiteración.- existirá reiteración cuando al cometer la infracción el sujeto hubiese sido castigado por una infracción a la que la ley señale una sanción igual o mayor, o por dos o más infracciones a las que la ley señale una sanción menor.²⁰⁷
- c) Naturaleza del perjuicio ocasionado.- las consecuencias lesivas para el bien jurídico protegido. Este criterio teóricamente pueden aplicarse con un efecto agravante o atenuante, si bien en la práctica casi siempre determinará una agravación, empleándose con frecuencia para imponer sanciones en su grado máximo a aquellos funcionarios que cometan infracciones que contribuyan a desprestigiar el servicio público que prestan o la Administración a la que sirven.²⁰⁸
- d) Reincidencia.- en este caso será preciso que el infractor haya sido sancionado por resolución administrativa firme, que la firmeza exista al tiempo de cometerse la nueva infracción y que tal infracción sea de la misma naturaleza que la anterior, lo que supone que ambas protejan el mismo bien jurídico habiéndose producido una forma de ataque semejante (dolosa o culposa).²⁰⁹

Estos parámetros de evaluación fueron acogidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. F, en el cual dicho organismo jurisdiccional señaló que “la proporcionalidad se mide en función a la gravedad de la infracción que se persigue, y debiendo tomar en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren ocurrir en el caso en particular, para lo cual, previamente a dictar sentencia, ofrecerá a las partes la oportunidad de ejercer su derecho

²⁰⁶ Diego Pérez Martínez, “El principio de proporcionalidad”, en *Manual de derecho administrativo sancionador*, 3.ª ed., coord. Mariano Herranz Vega (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013), 276.

²⁰⁷ *Ibíd.*, 278.

²⁰⁸ *Ibíd.*, 281.

²⁰⁹ Pérez Martínez, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, 282.

de audiencia”,²¹⁰ dicho criterio complementa el contenido del artículo 16 del Código Orgánico Administrativo, estableciendo el deber de la administración pública de ajustar sus actuaciones a los estándares de proporcionalidad establecidos en el presente acápite.

En igual sentido dentro del Caso de la Masacre de La Rochela la Corte IDH señaló:

196. En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.²¹¹

Reafirmando el criterio previamente expuesto la Corte Interamericana dentro del Caso Zegarra Marín vs Perú, reiteró que

La demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado, y que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. En consecuencia, al presumir la culpabilidad del inculpado, requiriendo que sea este quien demuestre su inculpabilidad, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia.²¹²

Es en función de los antecedentes previamente referidos queda por demás establecido, que el principio de proporcionalidad exige de un mayor grado de motivación de la resolución a ser adoptada por la administración, cuando esta actúa en el ejercicio de una potestad discrecional, puesto que el operador jurídico tiene que justificar, con razones atendibles y con explicaciones razonadas, cuáles son los elementos que concurren a integrar su decisión final. Esto significa que el arbitrio de la administración debe ser despedido sensatamente, atendiendo a las circunstancias que la misma ley contempla en cada sector sancionatorio.

²¹⁰ Corte IDH, “Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, párr. 133, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf.

²¹¹ Corte IDH, “Sentencia de 11 de mayo de 2007 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, párr. 196, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf.

²¹² Corte IDH, “Sentencia de 15 de febrero de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Zegarra Marín vs. Perú*, párrs. 121–123, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf.

Criterio que es acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando en el Caso Chocrón, señaló que

en el caso de las sanciones disciplinarias, la exigencia de motivación sería mayor, ya que el control disciplinario tiene por objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño de un funcionario público y, por ende, corresponde analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. En ese sentido que en el ámbito disciplinario es imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de los argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad para justificar la decisión adoptada, así el incumplimiento de dichos presupuestos transforma al acto administrativo en un acto arbitrario.²¹³

Por tanto la adecuada motivación de las decisiones emitidas por los organismos de la administración en el ejercicio del *ius puniendi* deben exteriorizar de forma adecuada los presupuesto de orden factico y jurídico que sirvieron de base para la determinación de la sanción a ser aplicable frente al cometimiento de una infracción, para lo cual se deberán observar los parámetros establecidos en el presente acápite.

Los criterios de proporcionalidad propuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como Masacre de la Rochela vs Colombia, Zagarra Marín Vs. Perú²¹⁴ y Raxcaco Reyes Vs. Guatemala,²¹⁵ se encuentran destinados a establecer parámetros objetivos que permitan limitar la discrecionalidad de los actos de la administración pública, a través de la determinación de la idoneidad, utilidad y correspondencia de los medios utilizados para reprimir una conducta antijurídica.

Nuestro ordenamiento jurídico administrativo, al referirse al procedimiento administrativo sancionatorio no establece los parámetros que han de ser considerados para determinar si la actividad desplegada por los órganos públicos que ostentan el ejercicio del poder público son proporcionales, lo cual deja abierto un amplio espectro de apreciación o discrecionalidad que pone en riesgo el ejercicio de derechos fundamentales.

²¹³ Corte IDH, “Sentencia de 1 de julio de 2011 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Chocrón vs Venezuela*, párr.120, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf.

²¹⁴ Corte IDH, “Sentencia de 15 de febrero de 2017 (excepción preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Zagarra Marín vs Perú*, párr.125, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf.

²¹⁵ Corte IDH, “Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Raxcaco Reyes vs Guatemala*, párr. 46, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf.

A modo de ejemplo el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su segundo inciso, al referirse a la sanción administrativa, determina que las sanciones se impondrán graduándolas entre el mínimo y el máximo señalados en la norma, debiendo considerarse los siguientes criterios: (i) la acción y omisión del servidor; (ii) la jerarquía del sujeto pasivo de la sanción; (iii) la gravedad de la falta; (iv) la ineficiencia en la gestión según la importancia del interés protegido; (v) el volumen e importancia de los recursos comprometidos; (vi) el haber incurrido en el hecho por primera vez o en forma reiterada.

La incorporación de varios conceptos jurídicos indeterminados dentro del alcance planteado en el artículo previamente referido, demanda de la motivación reforzada de los actos administrativos que pueden concluir con la aplicación de una sanción de índole administrativa, esto con el objeto de exteriorizar adecuadamente los presupuestos que han sido considerados por el órgano encargado de sustanciar el procedimiento administrativo en la determinación de la existencia de una infracción administrativa así como de la sanción que le fuere aplicable a ésta.

Así mismo es preciso considerar que el artículo antes referido no ha considerado la intencionalidad como un parámetro fundamental a ser evaluado dentro del examen de proporcionalidad a ser realizado al momento de aplicar una sanción, tomando en cuenta el alcance que ha sido propuesto en los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, criterio que además sirve como mecanismo objetivo de limitación del margen de discrecionalidad del que podría estar investido el órgano juzgador al momento de establecer la existencia de una conducta típica y antijurídica que amerita de la aplicación de una sanción restrictiva de derechos.

Dicho presupuesto demanda que el examen de proporcionalidad debe sujetarse a los criterios de evaluación determinados en el ordenamiento jurídico interno, tomando en cuenta el alcance que de éstos ha sido considerado dentro de la jurisprudencia que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.4 Principio de irretroactividad y la retroactividad como regla de excepción

La validez temporal de la ley, determina que esta no pueda surtir efectos jurídicos hacia el pasado. Este mandato de irretroactividad impide la tipificación de las infracciones y de las penas para hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia, regla que aplica además al régimen sancionatorio administrativo.

En ese sentido Ossa Arbeláez ha señalado que tanto la ley penal como la sancionatoria de la administración rigen para el futuro, sin que pueda aplicarse a hechos que tuvieron preexistencia a su vigencia.²¹⁶

En cuanto al fundamento del principio de irretroactividad, Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales,²¹⁷ han señalado que este puede ser múltiple. En primer lugar, hay que buscarlo en el principio de legalidad, puesto que la irretroactividad constituye una garantía para el individuo y su quiebra supone una invasión arbitraria del Estado a la esfera individual del ciudadano, quién en ausencia de este principio desconocería los comportamientos que pueden o no realizarse, viviendo en un estado de continuo sobresalto, dicho alcance además consolida la relación de la irretroactividad con la seguridad jurídica.

Asimismo, dichos autores han señalado que el principio de irretroactividad puede encontrar su fundamento en el principio de culpabilidad, según el cual el administrado debe tener conciencia de la antijuridicidad de su actuación; es decir, debía saber que la acción estaba prohibida, de forma que pueda calcular las consecuencias jurídicas derivadas de su comportamiento. Para ello es preciso que la infracción administrativa se encuentre prevista en una norma en el momento de comisión de los hechos.

Entonces, si uno de los fines de la sanción es la disuasión o la prevención, tal fin pierde su sentido si la conducta no estaba previamente prohibida o tipificada en el ordenamiento jurídico como infracción administrativa; es decir, la preexistencia de una amenaza ante la posible inobservancia del mandato legal, que conlleve la limitación o privación del ejercicio de un derecho, como mecanismo idóneo para guiar el comportamiento del individuo hacia la protección del interés público.

En relación a los criterios doctrinarios previamente planteados, dentro del Caso De la Cruz Flores vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que:

es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otra lado, se esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche

²¹⁶ Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 120.

²¹⁶ Mariano Herranz Vega, *Manual de derecho administrativo sancionador*, 3.^a ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013), 299.

²¹⁷ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 177.

social y las consecuencias de este. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.²¹⁸

En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, señaló que

La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este. En igual sentido dicho Tribunal ha indicado que el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible.²¹⁹

Es preciso señalar además que el principio de irretroactividad se encuentra recogido en el artículo 76, numeral 3 de la Constitución de la República cuando de forma textual señala que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza”.²²⁰ Así mismo, dicho principio es incorporado al Código Orgánico Administrativo, donde se determina que los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con lo previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse.

Claramente el alcance planteado para dicho principio en el Código Orgánico Administrativo, limita de forma sustancial el alcance plantado, tanto en la doctrina como en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al circunscribir su alcance a las sanciones aplicables más no a la graduación de ésta y a la calificación misma de la actuación como infracción administrativa.

Por otra parte el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador parece limitar el mismo principio a la tipificación de la infracción administrativa, sin considerar la incidencia de dicho principio sobre la sanción aplicable.

²¹⁸ Corte IDH, “Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (fondo, reparaciones y costas)”, *caso de la Cruz Flores vs. Perú*, párr.104, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf.

²¹⁹ Corte IDH, “Sentencia del 30 de enero de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, párr. 60, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

²²⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76.

La Convención Americana de Derechos Humanos por su parte, ha establecido que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho aplicable”.²²¹ Así mismo el artículo 9 de la Convención establece que “tampoco puede imponerse una pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito”.²²² Por tanto, en función a lo dispuesto en dicho artículo, el principio de irretroactividad alcanza tanto a la infracción administrativa como a la pena aplicable y se extiende tanto a las acciones u omisiones, criterio que se ve reflejado además en los pronunciamientos de la Corte IDH dentro de los casos *De la Cruz Flores vs. Perú* y *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* que fueron referidos en líneas precedentes.

En ese sentido dentro de la sentencia dictada dentro del Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, la Corte IDH señaló que

De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo en el sentido de aplicar de modo retroactivo leyes penales que aumente las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agradas de delito. Asimismo, tienen el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible.²²³

En cuanto a la aplicabilidad del principio de irretroactividad en el marco del derecho adjetivo, dentro del Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, al referirse al alcance del principio de irretroactividad aplicable a la norma adjetiva o procedimental, señaló:

67. Respecto de la aplicación de normas que regulan el procedimiento, la Corte nota que existe en la región una tendencia a su aplicación inmediata (principio *tempus regit actum*). Es decir que, la norma procesal se aplica al momento de entrada en vigencia de la misma, siendo la excepción, en algunos países, la aplicación del principio de favorabilidad de la norma procesal más beneficiosa.²²⁴

En el mismo fallo, la Corte señaló que:

²²¹ OEA, Asamblea General, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 9.

²²² *Ibíd.*

²²³ Corte IDH, “Sentencia del 31 de agosto de 2004 (fondo, reparaciones y costas)”, *caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, párr. 175, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.

²²⁴ Corte IDH, “Sentencia del 30 de enero de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, 30 de enero de 2014, párr. 67, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

69. Esta Corte considera que la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal y no aquél de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penas (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es justamente, el momento de la comisión del delito. Es decir, los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se, el principio de legalidad.

70. En razón de lo anterior, el principio de legalidad, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal. Frente a ello, la Corte verificará si dicho supuesto se actualiza para efectos del presente caso.²²⁵

Por tanto, en función de los precedentes jurisprudenciales previamente referidos, se puede concluir que el alcance del principio de irretroactividad es aplicable tanto al derecho adjetivo, formal o procedimental como al derecho sustantivo o material, conforme a los lineamientos establecidos por Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Administrativo, reconocen la aplicación de la retroactividad como una regla de excepción al principio general de Irretroactividad.

El artículo 76, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que “en el caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción”,²²⁶ criterio que además, conforme ha sido referido en el párrafo precedente, ha sido recogido en el Código Orgánico Administrativo cuando señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

²²⁵ Corte IDH, “Sentencia del 30 de enero de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, párr. 69-70, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

²²⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76, num. 5.

²²⁶ Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 159.

Las más sólida construcción en cuanto al fundamento material de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables hacen descansar tal principio en razones de justicia material, en lo innecesario de aplicar un régimen sancionador que ya no responde a la valoración que la sociedad hace del hecho cometido traducido en la nueva normativa vigente. No hay nada más injusto que una sanción innecesaria o innecesariamente aflictiva.

Al referirse al principio de retroactividad o principio de favorabilidad, Juan Carlos Carrasquilla, ha señalado:

En síntesis: el *favor rei*, como el *favor libertatis*, es un canon constitucional y legal que implica retroactividad, esto es, aplicación de una ley nueva a hechos perpetrados antes del comienzo de su vigencia formal, hayan sido o no juzgados definitivamente; y ultractividad, es decir, proyección de la ley derogada, que el juez aplicará, después de terminada su vigencia, a hechos realizados durante su vigencia (o en todo caso, antes de su derogatoria).²²⁷

En ese sentido Jaime Ossa Arbeláez, señaló que siendo los actos administrativos sancionatorios materialmente jurisdiccionales, pues deciden sobre el área punitiva de la administración, ellos deben respetar el debido proceso, que incluye, sin duda alguna, la favorabilidad como garantía del administrado.²²⁸

Sin perjuicio de lo antes expuesto es preciso determinar si la reforma se debe a razones fácticas, es decir, a la transformación de circunstancias de hecho, no se aplicaría la norma posterior, aun cuando pueda beneficiar al reo. Por el contrario, si el cambio legal es debido a un cambio de valoración del hecho, entonces sí cabe la retroactividad. La literatura científica, sin embargo, ha llamado la atención sobre lo cuestionable del criterio apuntado si no se matiza, entre otras, por la dificultad de determinar si una reforma legal se debe a razones fácticas o valorativas. De ahí que el criterio rector debiese ser el de si subsiste la necesidad político legislativa de mantener la sanción prevista en el momento de comisión de los hechos; en tal caso no cabría la aplicación retroactiva favorable para el infractor, en la medida en que no ha cambiado la valoración jurídica del hecho.²²⁹

En el Caso Ricardo Canese vs Paraguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que

²²⁸ *Ibíd.*, 120.

²²⁸ Mariano Herranz Vega, *Manual de derecho administrativo sancionador*, 3.^a ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013) 310.

²²⁹ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 195.

el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, indica que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará de ello, en este sentido, debe interpretarse como ley penal más favorable es tanto aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento de la operatividad de una penalidad, entre otras²³⁰

En conclusión, tanto el principio de irretroactividad como su regla de excepción sustentada en la aplicación de la norma más beneficiosa para el presunto infractor se encuentra reconocido tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en el Código Orgánico Administrativo; sin embargo, el alcance planteado en ambos instrumentos jurídicos no alcanza a los presupuestos establecidos tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que las reglas propuestas en éstos deben ser reconocidas por la Administración Pública dentro de la gestión de los procedimientos administrativos sancionatorio, considerando además que el alcance plantado en dichos fallos abarca tanto el derecho sustantivo como adjetivo.

En base a los antecedentes expuestos, se puede determinar que el principio de irretroactividad desarrollado dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado un alcance distinto en el derecho sustantivo y otro para el derecho adjetivo.

En el primero de éstos se busca alcanzar dos objetivos fundamentales: (i) el primero se relaciona con la configuración de una garantía a favor de la sujeto investigado o procesado, con el objeto de que no se pueda limitar el ejercicio de sus derechos reconocidos en la Constitución de la República e Instrumentos Internacionales de derechos humanos, sin que antes la conducta haya sido calificada como antijurídica en una ley formal; (ii) además este principio busca que la conducta del sujeto se adecue a la exigencia planteada por el ordenamiento jurídico, circunstancia que no se puede concretar sin que el sujeto obligado conozca de forma anticipada sobre la calificación de conducta como antijurídica un vez cumplidas las solemnidades exigidas por el sistema democrático. Sin perjuicio de lo antes expuesto, el principio de favorabilidad permite aplicar la norma de forma retroactiva siempre que el hecho haya sido expuesto a un proceso de reevaluación o revalorización.

²³⁰ Corte IDH, “Sentencia del 31 de agosto de 2004 (fondo, reparaciones y costas)”, *caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, párr. 178–179, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.

En cuanto al derecho adjetivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del fallo *Likiat Alí Alibux Vs. Suriname*, determinó que la norma procesal se aplica al momento de entrada en vigencia de la misma, tomando en referencia el momento en que tiene lugar el acto procesal correspondiente, caso en el cual, conforme señala dicho órgano supranacional, no existe vulneración al principio de irretroactividad establecido en el artículo 9 de la Convención.²³¹

En ese sentido, es necesario que se reevalúe el alcance del principio de irretroactividad planteado por el Código Orgánico Administrativo donde además de incorporar imprecisiones en cuanto al alcance de dicho principio, no sólo en la determinación de la infracción sino también de la sanción aplicable, no se ha considerado la clara distinción que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre la norma sustantiva y la adjetiva siendo que ésta última se aplica la norma vigente al momento de producirse el actos procesal correspondientes, sin que esto implique vulnerar el principio en ciernes.

4.5 Debido procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo es el cauce natural para la formación de la voluntad de la administración pública. No puede imponerse ninguna sanción administrativa sin que previamente se haya tramitado el correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

Este procedimiento de imposición de sanciones administrativas es una paradigmática manifestación de la doble función de garantía que tienen todos los procedimientos administrativos, que buscan por un lado el acierto en la aplicación de la ley al caso concreto y por el otro convertirse en un medio de tutela al ciudadano (legalidad subjetiva). Por tanto, éste se caracteriza por buscar el equilibrio entre la protección de los intereses públicos y la garantía de los derechos del inculpado.²³²

Se trata así del cauce formal dirigido a la emisión de una resolución definitiva; si en otros procedimientos administrativos la omisión de los actos de trámite o las fases preliminares no tiene excesiva relevancia, en los procedimientos sancionadores de

²³¹ Corte IDH, “Sentencia del 30 de enero de 2014 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *caso Likiat Alí Alibux vs. Suriname*, párr. 69, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

²³² Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 698.

manera específica tienen una importancia extraordinaria porque en el correcto ejercicio de la potestad sancionadora está en juicio el derecho fundamental de defensa.²³³

En este sentido García de Enterría señaló:

Si la constitución permite el doble sistema sancionador – administrativo y judicial penal, las garantías mínimas de defensa deben ser similares. Y no cabe limitarlas en vía administrativa alegando que frente a decisiones administrativas cabe el recurso contencioso-administrativo, porque en este solo se enjuicia un acto sancionado ya consumado. Por todo ello, donde haya que situar las garantías del derecho de defensa es en la fase de producción de la sanción.²³⁴

Conforme señala Jaime Ossa Arbeláez, en el derecho punitivo de la administración la sola consideración de que la sanción constituye un castigo que el Estado inflige al particular por la comisión de una conducta o de un hecho reprochable, habilita al ciudadano a reclamar las garantías que estructuran su exculpación mediante la promoción de la contradicción.²³⁵

En igual sentido Agustín Gordillo ha señalado:

Cualquier estudiante de derecho o de administración, - trayendo a Wade -, estará de acuerdo en el derecho de ser oído cuando se va a tomar una decisión judicial (administrativa). No podemos concebir una decisión judicial tomada de otra manera. Podemos concebir – porque a veces lo hacemos – que las decisiones administrativas sean tomadas de otra manera. Sin embargo, esto debería ser imposible.²³⁶

Siguiendo la línea jurisprudencial adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre otros fallos *Ivcher Bronstein Vs. Perú* y *Tribunal Constitucional Vs. Ecuador*, las autoridades que se encuentran investidas del ejercicio del poder público deben observar los siguientes presupuestos fundamentales: (i) tener acceso al tribunal y órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones; y, (ii) formular pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre los hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.²³⁷

²³³ *Ibíd.*, 699.

²³⁴ *Ibíd.*, 703.

²³⁵ Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 242.

²³⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. III (Buenos Aires: Ed. Macchi–Alsina, 1979), 65.

²³⁷ Corte IDH, “Sentencia del 28 de agosto de 2013 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, párr. 181, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf.

Por tanto, el alcance planteado dentro del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, debe ajustarse al margen de interpretación propuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual implica que la motivación de las resoluciones de los órganos investidos de la facultad sancionatoria (administrativa o penal) deben considerar no solamente la exteriorización de los presupuestos de hecho o de derecho que fueron tomados en cuenta para la toma la decisión, sino que además debe considerarse los argumentos propuestos por las partes así como la prueba aportada dentro del procedimiento administrativo.

Tanto los órganos jurisdiccionales como administrativos deben cumplir con el deber de motivación con el objeto de permitir a las personas afectadas con el acto correspondiente el presentar las impugnación a las que tenga derecho en conocimiento de los argumentos que sirvieron de base para la toma de la decisión.

En función de los presupuestos antes referidos, puedo afirmar que el Debido Procedimiento Administrativo constituye una garantía para el administrado, puesto que a través de éste se viabiliza su participación en todo procedimiento en el que se investigue el presunto cometimiento de una infracción de índole administrativa que le fuere imputable, dotándole además de la facultad de presentar los argumentos y acervo probatorio que considere pertinente para llegar a la verdad formal y material, correspondiendo al órgano que sustancia el procedimiento evaluarlos antes de emitir un dictamen definitivo, supuestos que han sido reconocidos tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en la Convención Americana de Derechos Humanos, con el objeto de garantizar el ejercicio de derechos fundamentales.

Es preciso ratificar que conforme ha sido señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallos como *Escher y otros Vs. Brasil*²³⁸, *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*,²³⁹ *García Ibarra y otros Vs. Ecuador*²⁴⁰ y *Flor Freire Vs. Ecuador*,²⁴¹ la motivación a más de determinar los fundamentos de hecho o derecho que han sido

²³⁸ Corte IDH, “Sentencia del 6 de julio de 2009 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *caso Esther y otros vs. Brasil*, párr. 139, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf.

²³⁹ Corte IDH, “Sentencia del 1 de julio de 2011 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, párr. 115 - 123, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf.

²⁴⁰ Corte IDH, “Sentencia del 17 de noviembre de 2015 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*, párr. 151, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf.

²⁴¹ Corte IDH, “Sentencia del 31 de agosto de 2016 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *caso Flor Freire vs. Ecuador*, párr. 182-194, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf.

considerados por el organismo encargado de sustanciar el proceso o procedimiento sancionatorio tiene por finalidad: (i) dar a conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión; (ii) mostrar que han sido debidamente tomadas en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas han sido analizadas.

Esta delimitación del alcance de la motivación como mecanismo de control de la discrecionalidad e interdicción de la arbitrariedad, podría confundirse con el ejercicio que realiza el organismo juzgador al momento de valorar la prueba, actividad que según señala el profesor Michelle Taruffo, tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. La valoración, según señala el mismo autor, pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo, en qué grado.²⁴²

Por otra parte al hablar del valor de convicción, el profesor Tomás Hutchinson, ha señalado que el concepto de convicción no puede identificarse con el de verdad, por tanto no cabe decir que el juez debe llegar a la verdad, pues puede que ésta llegue a ser inaccesible, pero sí tienen que convencerse de que ha alcanzado esa verdad. En ese sentido Hutchinson señala que la certeza es la que lleva al juzgador a creer, sin lugar a dudas, que su conocimiento coincide con la verdad.²⁴³

En cualquiera de los sentidos que se busque abarcar este proceso de análisis o valoración de los medios aportados por las partes dentro del proceso o procedimiento sancionatorio, sirven de base para fundamentar la decisión a ser adoptada, cuyos parámetros deben ser exteriorizados a través del actos o resolución correspondiente con lo cual se da oportunidad al sujeto obligado a interponer las acciones impugnatorias correspondientes en base al pleno conocimiento de los argumentos que han sido considerados para la toma de la decisión definitiva, sin lugar a dudas la motivación exige de la inclusión de los criterios de valoración de la prueba sin que con ello su alcance se agote allí, en ese sentido la Corte Constitucional dentro del fallo 146-17-SEP-CC, señaló que:

Del análisis de la decisión judicial impugnada, se puede apreciar que efectivamente los jueces provinciales no realizan un análisis prolijo de los derechos que han sido alegados como vulnerados. Los jueces provinciales se limitan única

²⁴²Michele Taruffo, *La Prueba*, (Madrid: Marcial Pons, 2008), 132.

²⁴³ Tomás Hutchinson, *Derecho Procesal Administrativo*, T. III (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009), 15 -16.

y exclusivamente, a citar la norma constitucional que reconoce estos derechos y a señalar que no existe una constatación de dichas vulneraciones, sin indicar el por qué y cómo llegaron a esa conclusión. Es decir, en el análisis de las presuntas vulneraciones de derechos constitucionales, no se evidencia un ejercicio argumentativo lógico a través de la valoración de los distintos elementos que han sido aportados en el proceso por la accionante y accionado que permitan a su vez desvirtuar o afirmar dichas vulneraciones.²⁴⁴

Finalmente es preciso señalar que aun cuando el Código Orgánico Administrativo reconoce el debido proceso como un derecho a favor del administrado, en dicho cuerpo normativo no se han incorporado las garantías que han de ser requeridas para el procedimiento administrativo sancionatorio en particular, por tanto corresponde a los órganos encargados de sustanciar dichos procedimientos adecuar su actuación a las reglas establecidas para dicha finalidad en la Constitución de la República del Ecuador, así como en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, considerando el alcance que de esta última ha sido propuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando entre otros aspectos el criterio que ha sido emitido por dicho órgano jurisdiccional en cuanto al alcance de la garantía de la motivación de la que debe encontrarse investida la resolución que pone fin al procedimiento administrativo sancionatorio.

4.6 Presunción de inocencia

La presunción de inocencia es uno de los principios del debido procedimiento administrativo, y se presenta como una garantía constitucional consistente en que aquel a quien se le acusa de haber cometido una infracción deberá ser tenido por inocente mientras no se demuestre lo contrario luego de concluido el correspondiente proceso judicial en el que se haya declarado la culpabilidad de sujeto procesado a través de una resolución debidamente motivada y habiendo contemplado todas las garantías establecidas para dicha finalidad en el ordenamiento jurídico.

El derecho a la presunción de inocencia implica, la necesidad de que toda sanción, sea penal o administrativa, tenga un sustento serio en la actividad probatoria desplegada en el respectivo expediente y en forma que se torna lesión a dicha presunción cuando la condena no se fundamenta en esas pruebas.²⁴⁵

El numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha reconocido a la presunción de inocencia como una de las garantías especiales del

²⁴⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *juicio N°:146-17-SEP-CC*, 17 de mayo de 2017, 12.

²⁴⁵ Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 252.

inculpado. En función de dicha garantía, el Estado no puede afectar ningún derecho humano sin que exista una justificación jurídicamente válida para ello, considerando que el ejercicio de la potestad punitiva del Estado lleva implícita una afectación al ejercicio de sus derechos fundamentales, por lo que la regla establece la imposibilidad de que estos derechos se vean afectados sin que antes se haya demostrado su culpabilidad.

Es en función de este principio, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido reglas fundamentales para la aplicación de la garantía de presunción de inocencia:

a) Nadie puede ser condenado a menos que el Estado pruebe a satisfacción del órgano de juzgamiento que la persona es culpable del hecho que se le imputa, así en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú* la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

120. El principio de presunción de inocencia, tal como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.²⁴⁶

Por tanto la carga de la prueba corresponde a quien acusa, según señala el mismo organismo de justicia supranacional, dentro del Caso *García Asto vs. Ramírez Rojas vs. Perú*.²⁴⁷

b) El principio de presunción de inocencia se entiende violado, en aquellos casos en los que el imputado ya es tratado como culpable antes de la sentencia, y el proceso sólo se encamina a demostrar la responsabilidad del acusado, es así como en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte señaló:

²⁴⁶ Corte IDH, “Sentencia del 18 de agosto de 2000 (fondo)”, *caso Cantoral Benavidez vs. Perú*, 18 de agosto de 2000, párr. 120, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf.

²⁴⁷ “Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judicial. En el presente caso, dicha garantía judicial no fue respetada por el Estado. La sentencia de primera instancia de 30 de septiembre de 1994 en contra del señor Urcesino Ramírez Rojas desestimó los argumentos y las pruebas presentados por este, al señalar que “las mismas (...) resulta[ban] insubsistentes por cuanto ello [refiriéndose a su inocencia], no ha[bía] sido aparejado [sic] con ninguna otra prueba que dem[ostrara] su inculpabilidad” (supra párr.. 97 83). Al presumir la culpabilidad del señor Urcesino Ramírez Rojas, requiriendo a su vez que sea el propio señor Urcesino Ramírez Rojas el que demuestre su inculpabilidad, el Estado violó el derecho de presunción de inocencia consagrado en el artículo 8.2 de la convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma”. Corte IDH, “Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”, *caso García Asto vs. Ramírez Rojas vs. Perú*, 25 de noviembre de 2005, párr.160, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf.

184. De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Europeo, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda deber ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable.²⁴⁸

Para el año 2016, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emite sentencia dentro del caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, en dicho fallo al referirse al principio de presunción de inocencia dicho organismo jurisdiccional señaló:

85. [...] la Corte reitera que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales, y que dichas garantías deben observarse en los procedimientos que se determinen o se afecten derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. La Corte ha establecido que el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención debe respetarse tanto en materia penal como en todas en donde se vean afectados los derechos de las personas. Lo anterior incluye el principio de presunción de inocencia, por lo que es posible analizar el respeto a dicho principio en procedimientos sancionatorios administrativos.²⁴⁹

Con ello se reafirma el criterio vertido por Corte Interamericana en el fallo *Gelman vs. Uruguay* en cuanto el alcance del aplicación de las reglas de los artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos al procedimiento administrativo sancionatorio.

En conclusión la presunción de inocencia es uno de los principios que se arrastra desde el derecho penal al derecho penal administrativo, en función del cual la carga de la prueba recae sobre la administración pública, a quién le corresponde determinar de forma fehaciente la existencia de la infracción administrativa y su imputabilidad al administrado investigado. Este presupuesto demanda además de la administración, una exigencia reforzada de motivación de la resolución a ser emitida, en la cual deberá quedar plenamente determinada la responsabilidad del administrado en función a los diversos elementos probatorios aportados al procedimiento.

Por tanto, en función a este principio las autoridades encargadas de sustanciar los procedimientos administrativos sancionatorios, no pueden partir sobre la base de la

²⁴⁸ Corte IDH, “Sentencia del 26 de noviembre de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”, *caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párr. 184, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf.

²⁴⁹ Corte IDH, “Sentencia del 3 de mayo 2016 “excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), *caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, 3 de mayo de 2016, párr. 85, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf.

presunción de culpabilidad de la persona investigada, correspondiendo a quién acusa identificar los elementos que permitan llegar a la convicción de la autoría del hecho antijurídico.

Dicho presupuesto no ha sido considerado dentro de la estructura del régimen jurídico administrativo sancionatorio, donde en muchos casos se invierte la carga de prueba sobre la persona investigada con lo cual se estaría vulnerado este principio fundamental que integra parte de las garantías contempladas tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en la Convención Americana de Derechos Humanos.

A modo de ejemplo, la disposición contenida en el artículo 14 del Reglamento de Responsabilidades emitido por la Contraloría General del Estado aprobado a través de Acuerdo No. 050-CG-2018 se determina que en el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades derivados de los procesos de control llevados por dicha entidad, la carga de prueba le corresponderá al sujeto controlado, disposición que se encontraría en clara contradicción con los presupuestos previamente referidos.

Es indispensable que haciendo uso de la garantías secundarias que se encuentran contempladas tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se inicien las acciones correspondiente con el objeto de expulsar del ordenamiento jurídico todas aquellas disposiciones que de forma directa vulneran los derechos y garantías reconocidos en favor de las personas en base a los presupuestos establecidos no sólo en la normativa interna sino además aquella contemplada en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos que hoy integran el bloque de constitucionalidad, entre los cuales se encuentra la presunción de inocencia.

4.7 Plazo razonable

Conforme ha sido analizado en líneas precedentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un ejercicio de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha hecho extensible en el ámbito de aplicación del artículo 8.1, entre otros, al procedimiento administrativo.²⁵⁰

En lo que refiere a la definición de plazo razonable, autores como García de Enterría, han señalado que este puede ser tenido como un concepto jurídico

²⁵⁰ Corte IDH, “Sentencia del 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas), *caso Baena Ricardo vs. Paraguay*, 2 de febrero de 2001, párr.124, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.

indeterminado, es decir, una noción imprecisa,²⁵¹ es por ello que requiere ser delimitado en función de la interpretación que del mismo ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció el estándar aplicable a la definición del plazo razonable en función de varios criterios, mismos que me permito transcribir a continuación:

77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla en el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y, c) la conducta de las autoridades judiciales.²⁵²

En el año 2009 dentro del fallo del Caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporó un cuarto elemento a los tres establecidos en el fallo previamente referido, relacionado con “la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, considerando para ello entre otros elementos, la materia objeto de la controversia”.²⁵³

Finalmente en el fallo dictado dentro del caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hace extensible al procedimiento administrativo, el criterio planteado en los Casos *Valle Jaramillo* y otros *vs. Colombia*; *Caso Garibaldi vs. Brasil*; y, *Radilla Pacheco vs. México*, sobre el plazo razonable, partiendo de la delimitación de los elementos que sirven de base para verificar su cumplimiento, mismos que se circunscriben a los siguientes: “(i) tener en cuenta la complejidad del asunto; (ii) examinar la conducta de las autoridades frente al procedimiento a desplegar; (iii) verificar la actividad procesal del interesado; y (iv)

²⁵¹ Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de administración pública*, n.º 38 (2006): 158-208.

²⁵² Corte IDH, “Sentencia de 29 de enero de 1997 (fondo, reparaciones y costas)”, *caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, 29 de enero de 1997, párr. 77, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf.

²⁵³ Corte IDH, “Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas)”, *caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, 27 de noviembre de 2008, párr. 155, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf.

establecer la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.²⁵⁴

El derecho a la seguridad jurídica reconocido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador demanda de los organismos de la administración pública el sustanciar los procedimientos administrativos dentro de plazos razonables; ello significa, el emitir una resolución motivada dentro de un período de tiempo que impida tener al administrado en un estado de incertidumbre indeterminado y cuya razonabilidad se puede identificar en función a los criterios propuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de los fallos previamente referidos.

De acuerdo al alcance propuesto en el presente acápite, la aplicación de este principio determina la necesidad de establecer parámetros que permitan identificar la falta de probidad por parte de la administración pública en dar atención a los requerimientos realizados por los administrados.

Este criterio deja en clara evidencia la responsabilidad del Estado en el caso de tardanza injustificada en dar atención a los requerimientos realizados por los ciudadanos, los cuales además se relacionan de forma directa con el ejercicio de derechos fundamentales, es así como los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han determinado parámetros que permiten establecer la imputabilidad de la demora al Estado a través de la aplicación de parámetros objetivos que deben ser evaluados por los órganos jurisdiccionales nacionales para determinar si la administración ha actuado con la diligencia debida y de ser pertinente la imputabilidad de responsabilidad extracontractual de éste, en el caso de que dicho retraso haya derivado en una afectación patrimonial para el administrado.

4.8 *Non bis in idem*

El principio *non bis in idem*, en su vertiente material, puede ser definido como la prohibición de sancionar simultánea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionatorias posean un mismo fundamento o base racional. Desde la óptica del derecho administrativo sancionador, tal principio debe ser concebido como la prohibición de que la Administración sancione un hecho que sea constitutivo de

²⁵⁴ Corte IDH, “Sentencia de 24 de Agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas)” *caso Comunidad Xámok Kásek vs. Paraguay*, 24 de agosto de 2010, párr. 134-138, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

delito o ya haya sido sancionado como infracción administrativa, definición que, como veremos, puede tener relevancia en las hipótesis patológicas en las que la Administración incumple tal prohibición.²⁵⁵

El *non bis in ídem* se configura como una garantía que lejos de ser una abstracta y lejana construcción dogmática, está radicalmente asentada en el inconsciente jurídico colectivo, ante la existencia de un solo hecho que ataca un único bien jurídico.²⁵⁶

El fundamento último del principio *non bis in ídem* radica en la garantía penal asociada al principio de legalidad; la doble sanción quebranta la voluntad legislativa conforme a la cual la sanción vinculada a una conducta típica debe ser una determinada y no el cúmulo de diversas reacciones punitivas.²⁵⁷

Con carácter general, en estas situaciones en las que dos o más normas sancionatorias administrativas convergen a la hora de regular una misma situación, caben dos alternativas:

1. Basta con la aplicación de una sola de estas normas que desplaza a las demás para agotar el desvalor de la conducta, la censura inherente a la aplicación de una sanción suficiente. Como consecuencia del principio *non bis in ídem*, siendo coincidente el fundamento, la aplicación de una norma excluirá a la otra, ya que para colmar el contenido de injusto es suficiente con una sanción. Como resulta evidente, la explicación radica en que todas las normas confluyentes vienen denominado concurso aparente de normas, concurso impropio o hipótesis de unidad de Ley;²⁵⁸
2. Hay que aplicar más de una de las normas, más de una de las figuras sancionatorias, para agotar el desvalor de la conducta; se trataría de un caso de concurso de infracciones. La explicación radica en que cada una de las figuras sancionatorias tienden a la tutela de intereses diferentes, por lo que apreciar tan sólo una de ellas dejaría al otro sin considerar, sin proteger. Es lo que se denomina en el ámbito del derecho penal en sentido estricto un concurso de delitos y, en el contexto que nos ocupa, concurso de infracciones administrativas.

²⁵⁵ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 205.

²⁵⁶ Diego Pérez Martínez, "El principio de proporcionalidad", en *Manual de derecho administrativo sancionador*, 3.^a ed., coord. Mariano Herranz Vega (Navarra: Editorial Aranzadi, 2013), 298.

²⁵⁷ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 207.

²⁵⁸ Angel José Sanz Morán, *El concurso de delitos* (Valladolid: Ediciones Universidad Valladolid, 1986), 119.

Aceptado que no existe diferencia en la naturaleza de los delitos y las infracciones administrativas, la definición progresiva, analítica y material de delito, concebido como acción típica, antijurídica y culpable, tiene plena aplicabilidad en el contexto de las infracciones administrativas.²⁵⁹

Son dos los elementos que han de concurrir para que opere el principio *non bis in idem*: (i) que hayan dos sanciones; y, (ii) que estas sanciones recaigan sobre el mismo sujeto, por los mismos hechos y con el mismo fundamento.²⁶⁰

Para que haya *bis* no basta encontrarnos ante dos sanciones en sentido propio, es decir con sendas restricciones de derechos que se imponen como consecuencia de una conducta ilícita y adecuada al mal causado, sino que además es preciso que la segunda sanción suponga un efectivo agravamiento de la situación jurídica del sancionado; es decir, una mayor punición.²⁶¹

En cuanto al *Idem* es necesario que coincidan tres identidades para que se pueda hablar de vulneración del *non bis in idem* en un caso concreto: (i) sujeto; (ii) de hecho; y, (iii) de fundamento. Por tanto para que opere este principio no basta con que las sanciones o penas se hayan impuesto en base a distintas normas sancionadoras, sino que será preciso que sean diversos los bienes jurídicos protegidos.²⁶²

En ese sentido Nieto Martín señaló que para que la protección de un nuevo interés justifique una duplicidad sancionadora se requiere que la norma se preocupe de incluir en las matizaciones propias del interés que se trata de proteger, poniendo como ejemplo que aunque la legislación de aguas y la de sanidad puedan sancionar una misma conducta por distintos motivos, es necesario que en los correspondientes tipos se introduzcan estas matizaciones.²⁶³

Junto a la más conocida vertiente del *non bis in idem* como prohibición de acumulación de sanciones administrativas y penales, tienen también enorme importancia este principio proscribiendo una duplicidad sancionadora dentro del mismo ordenamiento represivo.

Un problema que se plantea en torno a este principio, es el margen de aplicación de *bis in idem* en el caso de aplicación del mismo dentro del procedimiento administrativo

²⁵⁹ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador*, 284.

²⁶⁰ Redondo Andreu y Taboada García, *Manual de derecho administrativo sancionador*, 308.

²⁶¹ *Ibíd.*, 309.

²⁶² *Ibíd.*, 314.

²⁶³ Adán Nieto Martín, *Derecho administrativo sancionador* (Madrid: Ed. Tecnos, 2002), 315.

y el proceso penal, así en el caso español, en caso de concurrencia de la acción sancionadora de la Administración con el proceso penal sobre los mismos hechos, el legislador ha previsto, en lo que se ha denominado articulación procedimental del *non bis in ídem*, que se paralice el procedimiento sancionador mientras se sustancia el proceso penal, a fin de impedir que recayendo dos condenas, se conculque dicho principio.²⁶⁴

Sin embargo, esta regla encuentra serias dificultades cuando es la administración quién ha emitido en primera instancia la sanción y esta deviene en firme, antes de que exista un pronunciamiento penal. Con la regla de prioridad de la jurisdicción penal se asegura que la Administración respete los hechos que la resolución judicial firme considere probados y se evita cualquier riesgo de eventuales contradicciones, prioridad que también garantiza al propio tiempo la no vulneración del principio *non bis in ídem*.²⁶⁵

En este caso según han señalado los tribunales españoles dejaría abiertas dos opciones: (i) no sancionar, respetando así escrupulosamente el *non bis in ídem*, pero desconociendo de este modo su propia competencia preferente para condenar; o, (ii) condenar en base a dicha competencia, con el riesgo claro de estar vulnerando aquel principio.²⁶⁶

En función de dichos presupuestos la Doctrina del Tribunal Constitucional Español concluyó que una previa sanción administrativa no impediría la condena penal en tanto en cuanto pueda descontarse de ésta el importe de aquélla, solución que no deja de tener muy importantes problemas que deberían resolverse en vía legislativa, considerando además que la posición planteada omite observar el criterio planteado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando el fallo Serguei Zolotoukhine contra Finlandia de 16 de junio de 2009, dicho Tribunal señaló que no tienen acogida la posibilidad de compensación de sanciones como vía para salvar de la prohibición *non bis in ídem* la duplicidad de procedimientos sancionadores.²⁶⁷

En relación con esta posición, se debe señalar que si bien el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH se refiere a procedimientos penales, lo cierto es que la interpretación dada a tal concepto no veda en absoluto la posibilidad de ser aplicado igualmente en el procedimiento administrativo. Así ocurrirá cuando, más allá de la denominación empleada por los Estados, la naturaleza de la infracción o la dureza de la

²⁶⁴ Redondo Andreu y Taboada García, *Manual de derecho administrativo sancionador*, 328.

²⁶⁵ *Ibíd.*, 329.

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 287.

sanción administrativa permitan clasificarlos como materia típicamente penal a los efectos del Convenio. De esta manera cuando el análisis de estos parámetros permita reconocer un doble proceso penal en sentido sustancial por unos mismos hechos cuando el primero terminó por resolución firme, estaremos ante un *bis in ídem* prohibido por la Convención, y ello al margen de que las sanciones y penas impuestas puedan entenderse proporcionadas a los hechos al compensarse unas con otras.

Por otra parte Jaime Ossa Arbeláez, ha señalado que la coexistencia de tratamiento de una misma conducta: de un lado bajo el aspecto penal y del otro bajo el ángulo administrativo, no implica que las autoridades jurisdiccionales, que juzgan el hecho penal, se inmiscuyan en el procedimiento que se adelanta ante las autoridades gubernamentales. Solo que si ante la administración se sigue una acción sancionatoria, procede que esta avise a las autoridades penales para que estudien, si es del caso, la viabilidad de la acción criminal.

Juan Carlos Cassagne al referirse a la cosa juzgada señaló que el órgano administrativo no se encuentra ceñido a dicha regla y siempre conserva la potestad revocatoria a favor del particular, que es propia de los actos administrativos, en ese sentido el órganos administrativos poseen competencia, aún después de impuesta la sanción, de reducirla o dejarla sin efecto, ya fuera de oficio o al resolver un recurso administrativo.²⁶⁸

En relación a esta garantía la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, señaló:

19. Es notoria la decadencia de la autoridad absoluta de la cosa juzgada inherente a la sentencia definitiva y firme, entendida en el sentido tradicional de la expresión. Difícilmente podría actuar con eficiencia y quizás ni siquiera existirían, la jurisdicción internacional de los derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos. La improcedencia o impertinencia de la resolución judicial interna que pone fin a una contienda puede advertirse a partir de diversos datos: error en el que incurre quien la emite, sin que se añada otro motivo de injusticia; o bien, ilegalidad o ilegitimidad con las que actúa el juzgador, sea en actos de enjuiciamiento (violaciones procesales que destruyen el debido proceso), sea en la presentación (falseada) de los hechos conducentes a la sentencia. En ambos casos se arribará a una sentencia que no sirve a la justicia y sólo en apariencia --- formalmente --- atiende a la seguridad jurídica.

20. Las reflexiones en torno a esta materia son cada vez más abundantes en la jurisprudencia nacional -- particularmente en la formulada por tribunales de constitucionalidad --, como lo han sido en la internacional. En fin de cuentas, queda de manifiesto que la autoridad de cosa juzgada sólo se justifica por la autoridad que le

²⁶⁸ Cassagne, *Derecho administrativo*, 565.

trasmite la regularidad del proceso y la legitimidad en la actuación del juzgador. Es verdad que interesa a la sociedad y al Estado la definición de las contiendas y la conclusión de los conflictos, pero también lo que es que ese objetivo digno – que “santifica” la cosa juzgada – no debe procurarse y obtenerse a toda costa, inclusive con atropello de los medios que legitiman la actuación jurisdiccional del Estado, en la que se deposita la custodia de intereses jurídico y valores éticos. En otros términos, el fin no justifica los medios; estos concurren, en cambio, a la justificación del fin procurado. Esta inversión de la antigua máxima pragmática tienen especial relevancia en cuestiones del proceso: por ejemplo, admisión y eficacia de la prueba.²⁶⁹

Por tanto, la aplicación del principio *non bis ídem*, se encuentra sujeto a la existencia de dos sanciones aplicables a una misma conducta; es decir, donde concurren identidad de sujeto, objeto y fundamento y siempre que exista similitud del bien jurídico que se busca proteger a través del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Este principio además ha sido reconocido y desarrollado por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde se ha reconocido un margen adicional de apreciación para su aplicación, el cual se encuentra basado en la ponderación de la justicia frente al imposibilidad del uso inadecuado de los medios que legitiman la actuación jurisdiccional de cada Estado, todo esto en torno a la imposibilidad de presentar excepciones a la competencia de dicha Corte en función a la preexistencia de una sentencia en firme dictada por los órganos de administración de justicia de los Estados parte de la Convención.

Conforme ha sido señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del fallo *Loayza Tamayo Vs. Perú*,²⁷⁰ el alcance planteado para el principio *non bis in ídem*, dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos, supera el margen de protección que para el mismo principio ha sido incorporado en instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos utiliza el término “los mismos hechos”, que conforme a la interpretación planteada por el organismo jurisdiccional antes referido constituye un término amplio en beneficio de la víctima, criterio de interpretación que nos lleva a retomar el alcance del principio de *non*

²⁶⁹ Corte IDH, “Sentencia de 12 de septiembre de 2005 (fondo)”, *caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, 12 de septiembre de 2005, párr. 19 -20, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf.

²⁷⁰ Corte IDH, “Sentencia del 1 de enero de 1966 (excepciones preliminares)”, *Caso Lozano Tamayo vs. Perú*, párr. 45, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf.

bis in ídem en el caso infracciones típicas y antijurídicas que pudiesen ser objeto tanto de sanciones por la vía administrativa como penal y como el resultado de ésta última pueda afectar a la determinación de la sanción aplicable en procedimiento administrativo.

Al parecer este tema quedó aclarado, cuando en el artículo 76, numeral 7), literal i) de la Constitución de la República del Ecuador determina que nadie podrá ser juzgado más de una vez por una misma causa y materia, es decir condiciona la aplicación del principio al que nos hemos referido al cumplimiento de ambos presupuestos, quedando como labor pendiente el determinar si se ha de entender por materias distintas a los procedimientos que son llevados a cabo en el marco de un procedimiento administrativo, frente a aquellas que son sustanciadas en el marco del proceso penal.

Desde mi punto de vista, es imposible el negar la incidencia que pueda llegar a tener el desarrollo del proceso penal en el marco del impulso del procedimiento administrativo especialmente en la determinación o valoración de ciertos elementos probatorios que pueden servir de base para la determinación de la existencia de la infracción administrativa y su imputabilidad a un sujeto determinado; por tanto, más allá de identificar la existencia de una distinción sustancial entre procedimiento administrativo sancionatorio y proceso penal en *stricto sensu* en lo que guarda relación con la aplicación del principio de *non bis ídem*, hay que considerar el grado de incidencia que el proceso penal puede conllevar en aplicación del régimen sancionatorio administrativo.

Sin embargo, el Código Orgánico Administrativo parece descartar la existencia de esa posible contradicción que indefectiblemente puede afectar la validez del procedimiento administrativo sancionatorio y de la sanción que de éste pueda derivar cuando en su artículo 259, en el que de forma textual se establece:

Artículo 259.- Prohibición de concurrencia de sanciones.- La responsabilidad administrativa se aplicará en los términos previstos en este Capítulo independientemente de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar por la acción u omisión de la que se trate.

Nadie puede ser sancionado administrativamente dos veces, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, objeto y causa.

[...] En el caso de detectarse que la acción u omisión constituya adicionalmente una infracción penal tipificada por el ordenamiento jurídico vigente, el órgano administrativo competente, sin perjuicio de resolver y aplicar la sanción administrativa respectiva, debe remitir el expediente administrativo sancionador a la autoridad competente, con la denuncia correspondiente.

El Código Orgánico Administrativo parece complementar la disposición del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, y ha establecido que el principio *non bis in ídem*, es aplicable en aquellos casos que exista identidad de sujeto, objeto y fundamento dentro de diversos procedimientos administrativos sancionatorios (la misma materia), con lo cual dicho principio no sería aplicable a las sanciones impuestas por la misma infracción tanto en el ámbito administrativo como penal. Así mismo, en función al artículo previamente referido, se desvincula al procedimiento administrativo de los posibles resultados que puedan derivar del impulso del proceso penal.

Ambos criterios consideró yo, sujetos a un examen de convencionalidad en función al alcance que ha sido planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de interpretación del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos como garantía del debido proceso, en específico al alcance amplio que del mismo ha sido considerado por dicho organismo jurisdiccional.

5. El control de convencionalidad dentro del procedimiento administrativo argentino

La Constitución Nacional Argentina (1853-1860), se diseñó bajo un modelo liberal que hasta antes de la reforma del año 1994 no contempló el reconocimiento de los derechos humanos, ni la integración de un tratado internacional que tenga su misma jerarquía.²⁷¹

En el año 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictó el fallo “*Ekmekdjian c/ Sofovich*” donde introdujo una innovación sustancial en lo tocante a las prelación de las fuentes del derecho, declarando la supremacía del tratado en relación con los actos legislativos internos.²⁷²

Este pronunciamiento otorgó una ubicación a los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico argentino y estableció además el reconocimiento de estos instrumentos como fuente formal del derecho; sin embargo, no se les doto de un grado de incidencia suficientemente reforzado frente a normativa de igual o mayor jerarquía.

²⁷¹ Mario Antonio Roque Midón, *Control de convencionalidad* (Buenos Aires: Astrea 2016), 11.

²⁷² Argentina Corte Nacional de Justicia, “Sentencia”, en *Juicio Ekmekdjian c/ Sofovich*, 7 de julio 1992, 7-22.

Es a partir del año 1994, durante el gobierno de Carlos S. Menem, que se produjo una reforma sustancial a la Constitución, incorporando una cláusula que confirió jerarquía constitucional, a algunos tratados sobre derechos humanos, enumerados además de forma taxativa dentro del mismo texto constitucional.²⁷³ Este presupuesto plantea una diferencia sustancial con la Constitución ecuatoriana en donde se dio un reconocimiento amplio a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos dotándoles incluso, según las circunstancias, de una jerarquía supraconstitucional.

En el caso de ambas constituciones, la integración de estos instrumentos al ordenamiento jurídico como fuente formal del derecho se dio en función al reconocimiento del derecho pro homine y a la observancia de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, particular que en el caso de Argentina se evidencio dentro del debate propuesto en el marco de la Convención Constituyente cuando se discutía el texto reformativo del artículo 75 num 22 de la Constitución, donde el Convencional Juan Pablo Cafiero durante las sesiones de la Convención Constituyente de 1994, señaló:

Es innegable que haber reconocido nivel constitucional a esos instrumentos internacionales no sólo ha traído como efecto inmediato ampliar el cartabón de derechos y libertades fundamentales, sino también enraizar principios esenciales como el pro homine o favor libertatis y pro actione, con el consiguiente esfuerzo de los criterios hermenéuticos que le vienen adosados: interpretación de buena fe, pacta sunt servanda y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; la vigorización de la pauta que determina la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales.²⁷⁴

Por tanto los Tratados Internacionales reconocidos en el artículo 75, numeral 22 de la Constitución de la Nación Argentina tienen jerarquía constitucional, es decir tienen el mismo valor que la Constitución formal, sin formar parte de ella.

²⁷³ El artículo 75, inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina, reconoce jerarquía constitucional a los siguientes documentos internacionales: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación con la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.” Argentina, *Constitución de la Nación*, sancionada en 1853, art. 75, num. 22.

²⁷⁴ Exposición del convencional *Juan Pablo Cafiero* durante las sesiones de la Convención Constituyente de 1994, Convención Nacional Constituyente, versión taquigráfica, 22 reunión, 3.ª sesión ordinaria 2/08/94, en *Control de Convencionalidad*, Mario Antonio Roque Midón (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea 2016), 15.

Es importante reiterar que la Constitución de la Nación Argentina, otorgó jerarquía constitucional a los documentos internacionales allí detallados en las condiciones de sus vigencia; es decir, quedando a salvo las reservas y las declaraciones interpretativas que la nación pudo haber formulado al momento de la ratificación de algunos de esos tratados.²⁷⁵

En el fallo *Girolodi, Horacio David y otros*, la Corte Nacional de Justicia Argentina al referirse al alcance de la expresión “en las condiciones de su vigencia” señaló que los instrumentos internacionales reconocidos en el artículo 75, numeral 22 ha de aplicarse tal como estos rigen en el ámbito internacional, considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación.²⁷⁶

En ese sentido la Corte además señaló, que de “ahí la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.²⁷⁷

En Argentina se propició una particular discusión doctrinaria en torno al alcance de la expresión recogida en el artículo 75, numeral 22, cuando se estableció que los documentos internacionales reconocidos allí no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, puesto que en primera instancia no se tenía claro que sucedería en el caso de existir una discordancia entre el contenido de un tratado internacional con rango constitucional y la primera parte de la Constitución.

Dicha discusión concluyó luego de que la Corte Nacional de Justicia dentro del fallo “Chocobar” señaló que:

El art. 75, inc 22 de la Constitución Nacional, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece en su última parte, que aquellos no derogan artículo de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Ello implica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir... que de ellos se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados

²⁷⁵ Mario Antonio Roque Midón, *Control de convencionalidad* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea 2016), 19.

²⁷⁶ Argentina Corte Nacional de Justicia de la Nación, “Sentencia”, en *Juicio Girolodi Horacio David y Otros s/ recurso de casación – Causa n.º. 32/93*, 7 de abril de 1995, consi. 11.

²⁷⁷ *Ibíd.*, 11.

y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución, pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe asumir.²⁷⁸

Por tanto, a partir de la reforma constitucional del año 1994, la República Argentina incorporó de forma taxativa los instrumentos internacionales que debían integrar el bloque de constitucionalidad, incluyendo dentro de estos los criterios interpretativos emitidos por los organismos jurisdiccionales supranacionales que tenían atribuida dicha competencia, reconocimiento que derivó en su incorporación como fuentes formales del derecho en general y del derecho administrativo en particular, con lo cual los organismos jurisdiccionales se encuentran sujetos a la observancia de dichos mandatos en función de la aplicación adecuada del control de convencionalidad.

Finalmente considero pertinente referirse a varios fallos de la Corte Constitucional Colombiana, donde queda claramente determinado reconocimiento de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, es así como en dentro de la sentencia dictada en el caso C-481 de 1998, dicho organismos jurisdiccional señaló que es lógico el acoger los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos, reconociendo el carácter vinculante de dicha doctrina internacional para los órganos del poder público interno.²⁷⁹

En otro fallo dictado por la misma Corte Constitucional, dicho organismos jurisdiccional señaló que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar los tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos humanos.²⁸⁰

²⁷⁸ Argentina Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sentencia”, en *Juicio Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el personal del Estado y servicios públicos S/ reajuste por movilidad*, 27 de diciembre de 1996, consi. 12.

²⁷⁹ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º C-481, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz*, 7 de julio de 1999, consideración jurídica n.º 26.

²⁸⁰ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º C-370, varios ponentes*, 14 de mayo de 2002, consideración jurídica n.º 46.

Conclusiones

Como producto del modelo planteado en nuestra constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos han sido incorporados en nuestro sistema jurídico casi sin ninguna restricción, encontrando su única limitación en los principios de consentimiento y la buena fe, cuya aplicación, conforme a la jurisprudencia internacional, no puede dar lugar a recurrir a las cláusulas de reserva como mecanismo de elusión de las obligaciones internacionales relacionados con la protección de la dignidad del ser humano y consecuentemente a la desnaturalización del objeto propuesto en el tratado de derechos humanos.

El reconocimiento de estos instrumentos internacionales como fuente formal del derecho, impone la obligación del Estado de adherirse a las reglas y principios allí estipulados, a través de la implementación de mecanismos de verificación de la validez de los actos de la administración pública en torno a la protección de los derechos ciudadanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, adquiere un valor relevante en torno al alcance propuesto en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, alcanzando una jerarquía igual o superior al de la norma suprema en función al grado de protección de los derechos humanos. Este reconocimiento se materializa a través de la incorporación formal de una serie de reglas, principios y derechos que dirigen la actuación de los organismos del Estado y cuya implementación se encuentra sujeta a un proceso de verificación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado Control de Convencionalidad, cuyo alcance ha ido evolucionando desde el caso *Almonacid Arrellano vs. Chile* del año (2006), hasta el precedente *Gelman vs Uruguay* (2011).

El Control de Convencionalidad no se circunscribe exclusivamente a lo que dice el Tratado, sino que además se debe considerar la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del ejercicio de su actividad consultiva y contenciosa, órgano jurisdiccional calificado como intérprete último de la Convención Americana, con lo cual sus fallos pasan a constituirse en otra fuente formal del derecho y como un mecanismo idóneo para identificar el alcance de las disposiciones contenidas en dicho instrumento internacional.

El Control de Convencionalidad ha sido reconocido en varios fallos dictados por la Corte Constitucional pero se ha consolidado a raíz del caso 11-18-CN/19 del año 2019

en donde dicho órgano de justicia constitucional llegó a las siguientes conclusiones: “a) el control de constitucionalidad se complementa con el de convencionalidad y hay que hacerlas de oficio; b) el control de convencionalidad lo hacen las autoridades públicas en el marco de sus competencias, c) el control de convencionalidad es de tratados y de las interpretaciones de sus órganos; y, d) el control de convencionalidad también se aplica en las opiniones consultivas”.²⁸¹

Por tanto, las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y el margen de interpretación fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen elementos imperativos de aplicación en el ejercicio de la actividad desarrollada por los Organismos de la Administración Pública en general y en particular dentro de la sustanciación de procedimiento administrativos relacionados con el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, considerada esta como una materialización del *ius puniendi*, debiendo hacer extensivos los criterios emitidos por dicho organismo jurisdiccional en el marco de disposiciones que en principio parecerían aplicables exclusivamente al ámbito penal.

Los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos han permitido ampliar el alcance de principios tales como el de proporcionalidad, tipicidad e irretroactividad y debido procedimiento administrativo; así como incorporar y en otros casos replantear el alcance de los principios de legalidad, non bis in ídem, presunción de inocencia y plazo razonable, como reglas de fijación de alcance e implementación de garantías a favor del administrado dentro de la sustanciación de procedimiento administrativos destinados a sancionar a los ciudadanos, considerados estos como un restricción al ejercicio de un derecho y cuyo grado de afectación es precisamente el margen de medición que permite diferenciar a la sanción penal de la administrativa, con lo cual se encuentra un punto en que confluyen ambos tipos de sanciones que se encuentra identificado en su misma naturaleza jurídica. Esta extensión de los principios aplicables del derecho penal sustantivo y adjetivo al procedimiento administrativo sancionatorio ha sido reconocido por la doctrina pero además asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre otros fallos, en aquel dictado dentro del caso Baena Ricardo vs. Uruguay (2001).

Los órganos que integran la administración pública no han seguido de la mano el procedimiento de integración de fuentes supranacionales al derecho interno, este proceso

²⁸¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º:11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019, 55.

evolutivo demanda del reconocimiento del control de convencionalidad como un deber imperativo dentro de la emisión de actos administrativos de cualquier naturaleza y de manera especial en aquellos casos en que de éstos pueda derivar en el menoscabo o limitación del ejercicio de un derecho humano.

Es necesario realizar un proceso de formación, capacitación y adaptación a las nuevas exigencias que plantea el Estado constitucional de derechos y justicia, permitirá lograr un cambio de cultura entre los servidores públicos y el reconocimiento del principio de juridicidad como la luz que guía su actividad en función a la priorización de la dignidad del ser humano como objetivo central.

La consolidación del principio de legalidad como mecanismos legítimo de limitación del ejercicio de derechos fundamentales constituye un elemento fundamental dentro del ejercicio de la potestad sancionatoria, dejando a la administración la función específica de sustanciar los procedimientos correspondientes y fortaleciendo a la democracia como una de las principales garantías reconocidas para el ejercicio de derechos.

Tanto el principio de tipicidad como irretroactividad permiten que los administrados puedan conocer con la debida anticipación de las conductas que han sido calificadas como típicas y antijurídicas, sería improcedente sujetar a un individuo a la adecuación de una conducta o la abstención de la misma sin conocer previamente de su calificación jurídica.

El debido procedimiento administrativo constituye un derecho primordial dentro de la protección del ejercicio de los derechos fundamentales, es así como no es factible limitar o menoscabar el ejercicio de éstos sin que antes se haya sustanciado el procedimiento administrativo brindando al administrado la oportunidad de participar activamente en el mismo, aportar los elementos de convicción que considere necesarios, los argumentos de los que se sienta asistido y que éstos sean adecuada valorados.

El principio de presunción de inocencia impone la carga de la prueba sobre los hombros del órgano encargado de sustanciar el procedimiento administrativo sancionatorio, sin que el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido excepción alguna a la regla antes referida.

La proporcionalidad en la aplicación de la sanción administrativa requiere de la evaluación de varios criterios objetivos que permiten limitar el ejercicio de atribuciones discrecionales que puedan concluir en la emisión de actos arbitrarios, estos criterios objetivos han sido desarrollados de forma amplia en varios fallos de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, los mismos que sirven de guía el momento de efectuar el control de las resoluciones adoptadas en este ámbito.

El Código Orgánico Administrativo no ha recogido todos los principios aplicables al procedimiento administrativo sancionatorio y en el caso de los principios de tipicidad e irretroactividad se ha quedado corto con el alcance planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, motivo por el cual se hace imperativo el recurrir a estas fuentes formales del derecho con el objeto de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en favor de los administrados, cuya omisión podría derivar en la nulidad de los procedimientos y actos que fueren dictados en el marco de dicha inobservancia.

Por tanto es deber de todos aquellos servidores y funcionarios públicos que se encuentren a cargo de la sustanciación de procedimientos administrativos sancionatorios, el realizar el correspondiente control de convencionalidad dentro del ejercicio de sus funciones, con el objeto de adecuar su actuación al alcance propuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, considerando que dichos instrumentos han adquirido una jerarquía igual o mayor a la constitucional según el alcance que de ellos se desprenda en favor de la protección de los derechos humanos.

La inobservancia de los principios propuestos derivaría en la responsabilidad del Estado, que no sólo deben ser declarada como tal por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que además deben ser calificadas y sancionadas por los organismos jurisdiccionales internos dentro de la sustanciación de los procedimientos contenciosos que sean puestos en su conocimiento, debiendo verificar que la actuación de la administración se encuentre debidamente acoplada a los principios y derechos reconocidos por la Convención Americana y demás instrumentos de derechos humanos, conforme al alcance planteado por la Corte IDH dentro del ejercicio de sus competencias consultivas y contenciosas.

Bibliografía

- Ayala Muñoz, Noelia y Carolina Peral Díez. “El principio de responsabilidad”. En *Manual de derecho administrativo sancionador*. 3.^a ed. editado por Mariano Herranz Vega. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013.
- Azcárate, Andrés. *Cuestiones preliminares para el estudio de la infracción administrativa*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2019.
- Balbín, Carlos. *Manual de derecho administrativo*. 3.^a ed. ampliada. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Benavides-Casals, María Angélica. “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, n.º 27 (2015): 141-66. doi: 10.11144/Javeriana.il15-27.eeos, 2015.
- Brewer-Carías, Allan y Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2013.
- Bazán, Víctor. “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”. *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 18 (2011): 63-104.
- Bazán, Víctor y Claudio Nash. *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2011. <https://bit.ly/31DK8bN>.
- Benavidez Ordóñez, Jorge. “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”. En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 38-85. Quito: Centro de Estudios del Derecho Constitucional, 2003.
- Bernal Cuellar, Jaime, y Carlos Fernández Osorio. *Delitos financieros*. Bogotá: Ed. Temis, 1985.
- Carbonell, Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2013. <https://go.aws/39p00jA>.
- . *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2002.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 2 vols. España: Palestra, Editores, 2010.

- Castillo Córdova, Luis. *Los derechos constitucionales, elementos para una teoría general*. Perú: Palestra Editores, 2007.
- Corte Constitucional Colombia. “Sentencia C-481/98”. *M.P Eduardo Cifuentes Muñoz*. 9 de septiembre de 1998.
- . “Sentencia C-370/06”. *Demanda de inconstitucionalidad*. 2006.
- Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982”. *El efecto de las reservas sobre la entrega en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 24 de septiembre de 1982. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1261.pdf>.
- . “Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (fondo, reparaciones, costas)”, *Caso del Tribunal Constitucional*. 24 de septiembre de 1999. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf.
- . “Opinión Consultiva 15/97 de 14 de noviembre de 1997”. *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf.
- . “Sentencia de 29 de julio de 1998 (fondo)”. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. 29 de julio de 1998. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.
- . “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Tibi vs. Ecuador*. 07 de septiembre de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.
- . “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Tibi vs Ecuador*, 07 de septiembre de 2004, voto salvado Dr. Sergio García Ramírez. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.
- . “Sentencia del 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. 26 de septiembre de 2006. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.
- . “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones)”. *Caso Gelman vs. Uruguay*. 24 de febrero de 2011. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

- .“Sentencia 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. 24 de agosto 2010. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.
- .“Sentencia 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*. 2 de febrero de 2001. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.
- .“Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986”. *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 9 de mayo de 1986. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf.
- .“Sentencia 3 de mayo de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. 3 de mayo 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf.
- .“Sentencia 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. 21 de noviembre de 2007, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.
- .“Sentencia 15 de septiembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. 15 de septiembre de 2005. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf.
- .“Sentencia 11 de mayo de 2007 (fondo, reparaciones y costas)”. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. 11 de mayo de 2007. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf.
- .“Sentencia de 15 de febrero de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Zegarra Marín vs, Perú*. 15 de febrero de 2017. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf.
- .“Sentencia 1 de julio de 2011 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Chocrón vs Venezuela*. 1 de julio de 2011. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf.
- .“Sentencia de 18 noviembre de 2004 (fondo, reparaciones y costas)”. *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. 18 de noviembre de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf.
- .“Sentencia del 30 de enero de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. 30 de enero de 2014. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

- . “Sentencia del 21 de agosto de 2004 (fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. 31 de agosto de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.
- . “Sentencia del 30 de enero de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. 30 de enero de 2014. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.
- . “Sentencia del 18 de agosto de 2000 (fondo)”. *Caso Cantoral Benavidez vs. Perú*. 18 de agosto de 2000. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf.
- . “Sentencia del 25 de noviembre de 2005 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso García Asto vs. Ramírez Rojas vs. Perú*. 25 de noviembre de 2005. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf.
- . “Sentencia del 26 de noviembre de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. 26 de noviembre de 2010. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf.
- . “Sentencia de 29 de enero de 1997 (fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. 29 de enero de 1997. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf.
- . “Sentencia de 27 noviembre de 2008 (fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia*. 27 de noviembre de 2008. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf.
- . “Sentencia de 12 de septiembre de 2005 (fondo)”. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. 12 de septiembre de 2005. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf.
- . “Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas)”, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, 1 de septiembre de 2011. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.
- . “Sentencia de 15 de febrero de 2017 (excepción preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, *Caso Zagarra Marín vs Perú*, 15 de febrero de 2017. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf.

- . “Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas)”, Caso Raxcaco Reyes vs Guatemala, 25 de septiembre de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf.
- . “Sentencia del 30 de enero de 2014 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, caso Likiat Alí Alibux vs. Suriname, 30 de enero de 2014, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.
- . “Sentencia del 28 de agosto de 2013 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador, 28 de agosto de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf.
- . “Sentencia del 6 de julio de 2009 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, caso Esther y otros vs. Brasil, 6 de julio de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf.
- . “Sentencia del 1 de julio de 2011 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, caso Chocron Chocron vs. Venezuela, 1 de julio de 2011, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf.
- . “Sentencia del 17 de noviembre de 2015 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, caso García Ibarra y otros vs. Ecuador, 17 de noviembre de 2015. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf.
- . “Sentencia del 31 de agosto de 2016 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, caso Flor Freire vs. Ecuador, 31 de agosto de 2016, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf.
- . “Sentencia del 1 de enero de 1966 (excepciones preliminares)”, *Caso Lozano Tamayo vs. Perú*, 1 de enero de 1966, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf.
- Corte Nacional de Justicia Argentina. “Sentencia de 7 de julio de 1992 (Recurso Extraordinario)”. *Caso Ekmekdjian c/ Sofovich*. 7 de julio de 1992.
- . “Sentencia de 7 de abril de 1995 (Recurso de Casación)”. *Caso Giroldi Horacio David y otros s/ recurso de casación – Causa n.º: 32/93*. 7 de abril de 1992.
- . “Sentencia de 27 de diciembre de 1996”. *Caso Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos S/ reajuste por movilidad*. 27 de diciembre de 1996.
- EC Corte Constitucional. 2014. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 001-10-SIN-CC*. 18 de marzo.
- . “Sentencia” En “*Juicio n.º: 11-18-CN/19*”. 12 de junio de 2019.
- . “Sentencia”, en *Juicio n.º: 11-18-CN/19*, 12 de junio de 2019

- . “Sentencia”. En *Juicio n.º: 003-13-SIN-CC*. 4 de abril de 2013.
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º: 098-17-SEP-CC*. 12 de junio de 2019.
- . “Sentencia”. En *Juicio n.º: 184-18-SEP-CC*. 29 de mayo de 2018.
- Flax, Gregorio. *El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Ediar, 2008.
- Fajardo Morales, Zamir Andrés. “Control de convencionalidad, fundamentos y alcance especial referencia a México”. *Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos* 16 (2015): 11-230. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH16.pdf.
- Fernández de Casadevante, Romaní. *La interpretación de las normas internacionales*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- Ferrajoli, Luigi. *Estado de derecho: entre pasado y futuro; en cambio de paradigmas en la filosofía política*. Madrid: Cuadernos del seminario público, Fundación Juan March, 2001.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2011. “El control difuso de convencionalidad”, *Observatorio de Jurisdicción Constitucional* 4. <https://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/viewFile/560/372>.
- . *El control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. México: Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, 2012. <https://bit.ly/2ShNvC8>.
- . *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*. México: biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>.
- Feuerbac, Paúl Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in deutschland gultigen peinlichen Rechts*. Giessen: Aelen, 1973.
- Garberí Llobreca, José, y Guadalupe Buitrón Ramírez. *El procedimiento Administrativo Sancionador*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2016.
- García Cavero, Percy. *Derecho Penal Económico*. Piura: Marcial Pons, 2003.
- García de Enterría, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades de poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de administración pública*, n.º 38 (1962): 159-208.
- García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 5, n.º 28 (2011): 123-59. <https://bit.ly/2SgPres>.

- . *La jurisdicción internacional, derechos humanos y la justicia penal*. México: Editorial Porrúa, 2003.
- Gargarella, Roberto. “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, en *los derechos fundamentales*, Marcelo Alegre et al. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- Garrillo Falla, Fernando, Alberto Palomar Olmedo y Hermidio Losada González. *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, 12.^a ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- Gómez Tomillo, Manuel e Iñigo Sanz Rubiales. *Derecho administrativo sancionador, parte general, teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2010.
- González Domínguez, Pablo. “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”. *Estudios constitucionales* 15, n.º 1 (2017): 55-98. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf>.
- González, Pedro y José Rodríguez. “El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad”. En *Manual de derecho administrativo sancionador*, 3.^a ed. Mariano Herranz Vega. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 11 vols. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.
- Heller, Hermann. *La soberanía*, 2.^a ed. Santiago de Chile: Fondo de Cultura de Económica, 1995.
- Herraz Vega, Mariano. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, 3.^a ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013.
- Hitters, Juan Carlos. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad comparación”. *Estudios constitucionales*. *Estudios constitucionales* 8, n.º 2 (2009): 109-128. <https://bit.ly/2uwEuw7>.
- Hitters, Juan Carlos y Oscar Fappiano. *Derecho internacional de los derechos humanos* t. I, vol. 1. Buenos Aires: Ediar, 2007.
- Holmes, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”. En *constitucionalismo y democracia*, coords. Jon. Elster y Rune Slagstad, 219. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- Hutchinson, Tomás. *Derecho Procesal Administrativo* T. III, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009.

- Ivanega, Mariam Mabel. “La importancia del control público en los sistemas democráticos”. *Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad*. Accedido 24 de julio de 2019. <https://bit.ly/2OGSpqc>.
- Jácome, María del Carmen. “El Control de Convencionalidad y la Protección del Derecho la Propiedad Privada a partir de la Sentencia Salvador Chiriboga”. *Revista de derecho Foro: protección jurídica del patrimonio público*, n.º 21 (2014): 45-61. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/432/427>.
- Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*. México: FGE, 2004.
- Jescheck, Hans Heinrich y Ewa Weigend. *Tratado de derecho penal*, 5.ª ed. Granada: Marcial Pons, 2002.
- Jinesta Lobo, Ernesto. “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales”, en *El control difuso de convencionalidad*, coord. Ferrer MacGregor. Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política. 2012.
- Jurgen, Schwabe. “Compilación de extractos de las sentencias más relevante del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coords. Jorge Benavidez Ordóñez y Jhoel Escudero Solíz. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derechos Constitucional, 2003.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Traducido por Roberto Vernengo. México: UNAM, 1986.
- Manrique Molina, Filiberto Eduardo, Waldina Gómez Carmona y Luís Eduardo Martínez Gutiérrez. “Los retos y dificultades operativas del control de convencionalidad: una mirada desde el sistema jurídico mexicano”, *Revista Conflicto y Sociedad* 3, n.º 2 (2015): 17-30. <http://revistas.unisabaneta.edu.co/index.php/conflictoysociedad/article/view/125/129>.
- Midón, Mario Antonio. *Control de convencionalidad*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016.
- Mir Pius, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derechos*. España: La Ley, 1994.
- Montaña Pinto, Juan y Patricio Pazmiño Freire. “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2003.

- Morroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho de los tratados*. Bogotá: Editorial Temis, 1978.
- Nieto García, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, 2.^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.
- Nieto Martín, A. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- Nikken, Pedro. *Base de la progresividad en el régimen internacional de protección a los derechos humanos*. Washington: Derechos Humanos en las Américas, OAS, 1985.
- ONU, Asamblea General. 1945. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. 26 de junio.
- ONU, Asamblea General. 1969. *Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados*. 23 de mayo.
- Ossa Abelález, Jaime. *Derecho administrativo sancionador una aproximación dogmática*, 2.^a ed. Bogotá: Legis, 2009.
- Ortíz, Loretta. “Fuentes del derechos internacional de los derechos humanos”. En *Derecho internacional de los derechos humanos*, coords. Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón y José Guevara, 30-50. México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- Parada, Ramón. *Derecho administrativo*, t. I. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Pérez Martínez, Diego. “El principio de Proporcionalidad”. En *Manual de derecho administrativo sancionador*, 3.^a ed. Mariano Herranz Vega. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- Ramos Vázquez, Eréndira Nohemí. “La doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano”. *Revista Internacional de Derecho Humanos*, n.º 6 (2016): 75-98. <http://www.revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/view/67/57>.
- Redondo Andreu, Ignacio y Alba Toaboda García. “El principio *non bis in idem*”. En *Manual de derecho administrativo sancionador*, 3.^a ed., Mariano Herranz Vega. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013.
- Rodríguez Carbajo, José Ramón. *El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad, manual de derecho administrativo*. España: Ed. Aranzadi, 2005.

- Rodríguez, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, comp. Claudia Martín y otros. México: Fontamara-Universidad Iberoamericana, 2004.
- García Villegas, Paula. *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*. México: Porrúa, 2013.
- Sagués, Nestor Pedro. “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, *Revista de Investigaciones Constitucionales* 1, n.º 2 (2014): 23-32. <https://bit.ly/37dN8gs>.
- “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un jus commune latinoamericano”. *La justicia constitucional y su internacionalización*, t. II, coords. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac Gregor y Mariela Morales Antoniazzi. México: UNAM, Max Planck-Institut Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf>.
- “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias y diferencias con el sistema europeo”. *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. México: UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derechos Constitucionales, 2011.
- Sanz Morán, Angel. *El concurso de delitos*. Valladolid: Ediciones Universidad Valladolid, 1986.
- Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed. Madrid: Civitas, 2001.
- Sorensen, Max. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.
- Tarufo, Michele. *La Prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Vergara Molano, Alberto. *Derecho internacional público*, 2.ª ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 1995.
- Villán Durán, Carlos. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.