

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

## **La tipificación administrativa en la legislación ecuatoriana**

### **Análisis del régimen disciplinario a los servidores públicos**

Manuel Eliseo Costa Kosta

Tutora: Lina Victoria Parra Cortés

Quito, 2022





## **Cláusula de cesión de derecho de publicación**

Yo, Manuel Eliseo Costa Kosta, autor de la tesis intitulada: “La tipificación administrativa en la legislación ecuatoriana: Análisis del régimen disciplinario a los servidores públicos”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo y Contratación Pública, 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 responsabilidad frente a 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.

05 de enero de 2022

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

La administración pública se encuentra encaminada a la provisión de bienes y servicios a la población, con la finalidad de poder garantizar los derechos de las personas, para cuyo efecto esta debe obrar bajo estándares de eficiencia y eficacia, evitando la existencia de comportamientos contrarios al buen orden interno, sin embargo, esta representa una creación jurídica por lo que se nutre de las personas que laboran para ella a fin de materializar los elementos a los cuales se encuentra encaminada. En virtud de lo cual es necesario evitar que las personas que laboran bajo la misma incurran en conductas, tanto mediante acciones como omisiones, que resulten contrarias al ordenamiento jurídico, el cual establece los parámetros de debido desarrollo de las mismas, a fin de proteger tal relación el régimen disciplinario se propone mantener la debida disciplina y con ello el funcionar de la Administración, esto a través de la imposición de sanciones a quienes obren de forma contraria a la normativa legal aplicable. En este sentido el principio de tipificación fija los parámetros bajo los cuales deben estructurarse las conductas que resultan relevantes para el conocimiento del poder punitivo del Estado en materia del derecho penal. No obstante, tal principio ha trascendido al derecho administrativo, donde se persigue el establecimiento de las conductas que han de ser sometidas a conocimiento de la administración pública, diferenciándose entre ambos respecto al procedimiento aplicable y la pena imponible. Si bien ambas escuelas resultan diferentes en muchas connotaciones, guardan similitud en su esencia de imponer sanción o pena, por lo que la construcción del tipo en el campo administrativo debe guardar similitud con el campo penal, el cual se ha desarrollado en mayor medida, generando mayores esquemas de protección y realización de derechos, lo que a su vez provee un procedimiento que encierre en sí las garantías que en derecho son exigibles de manera previa a la imposición de una sanción.

Palabras clave: tipo administrativo, procedimiento administrativo sancionador, régimen disciplinario, servidor público ecuatoriano



En memoria de Andrés Santana Pacheco.



## **Agradecimientos**

A mis padres por darme todo lo que soy, a mis hermanos y amigos por haber estado siempre presentes, a mis mentores y tutores quienes me permitieron progresar. De igual forma a quienes conforman la Universidad Andina Simón Bolívar sede Quito, de quienes me llevo gratos y agradables recuerdos, así como invaluable conocimientos. A la Dra. Lina Parra Cortés por su incansable ayuda siempre presente. A los profesionales cuyo apoyo, siempre atento, durante el desarrollo de la presente investigación, como en el transcurso del tiempo Abg. Lorena Segura, Psic. Clin. Gabriel Urgilés Arévalo y Mgs. Neisser Palma.



## Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero. El tipo sancionador .....	17
1. Aplicación analógica del tipo penal .....	20
2. Características del tipo penal y su aplicación en el derecho administrativo .....	24
3. Construcción del tipo administrativo .....	26
3.1. Definición.....	27
3.2. Características .....	29
3.2.1. Del actor .....	29
3.2.2. De la conducta.....	34
3.2.3. De la antijuridicidad .....	38
3.2.4. De la culpabilidad .....	42
3.2.5. De la sanción.....	46
Capítulo segundo. Los tipos administrativos en la potestad disciplinaria y los principios aplicables .....	53
1. Principios de legalidad y tipicidad.....	55
2. Principios de seguridad jurídica y debido procedimiento .....	57
3. Principio de proporcionalidad .....	62
4. Principio de oportunidad en la potestad disciplinaria.....	77
Capítulo tercero El tipo administrativo en el régimen administrativo sancionador ecuatoriano.....	83
1. Diagnóstico del procedimiento sancionador previsto en el Código Orgánico Administrativo y la Ley Orgánica del Servicio Público.....	85
2. Incorporación del tipo administrativo en la legislación ecuatoriana .....	92
3. Advertencias ante el tipo abierto y el tipo de reenvío en el derecho administrativo .....	95
4. Propuesta de tipos administrativos y sanciones .....	98
Conclusiones.....	101
Bibliografía.....	103



## Introducción

La sanción administrativa guarda una estrecha relación con el derecho penal, toda vez que ambas persiguen la imposición de un castigo. Por lo que la sanción actúa como mecanismo para evitar la incursión de las personas en actuaciones o comportamientos contrarios a la ley.

Tal manifestación del *imperium* estatal en contra de una persona ante la ausencia de elementos limitantes puede generar una desproporción de la sanción y ruptura de las finalidades principales del Estado, por lo cual es necesario contar con tales limitaciones cuya finalidad se encuentre encaminada a velar y generar un procedimiento garantista tanto desde la óptica del resguardo a las personas, como la misma manutención de la Administración Pública.

En este sentido dentro de la legislación administrativa de cuya legislación especial que materializa la potestad sancionadora del Estado se aprecia la presencia del procedimiento disciplinario, orientado a mantener el debido comportamiento de las y los servidores públicos, no obstante en la actualidad este presenta la ausencia del establecimiento de una estructura concreta, así como determinación precisa de aquellas conductas que han de ser sujetas a sanción.

Para tal efecto, como se aprecia en el derecho penal, el establecimiento del tipo penal bajo la presencia del principio de tipicidad, guarda como finalidad tal consideración al determinar los elementos que componen las conductas catalogadas como punibles.

Sin embargo, en la esfera del derecho administrativo pese a que las conductas que son de su conocimiento no resulta de amplia relevancia social, su persecución se origina a raíz de la propia salvaguarda de las instituciones de la Administración Pública.

Pero al igual que en materia de derecho penal, en materia del derecho administrativa al evidenciarse la presencia una símil en lo relacionado a la sanción como mecanismo punitivo y disuasor, debe encontrar tales elementos restrictivos que permitan una adecuada aplicación, bajo los estándares garantistas y de protección.

Por tal motivo, al encontrar elementos de unidad entre ambos campos del derecho el acudir a la dogmática desarrollada por el derecho penal a través del método dogmático con fines critico-prescriptivos, debido al amplio desarrollo que se ha generado en torno a los aspectos punitivo o sancionador, permite una visualización más precisa de los elementos que ha de recoger la construcción del tipo en materia administrativa.

Apreciándose para tal efecto por ejemplo los planteamientos expuestos por el autor Cesare Beccaria en lo relacionado al *ius puniendi*<sup>1</sup> o la teoría de la tolerancia cero<sup>2</sup>, aspectos que han de confluír para una generación estructural de su construcción.

De igual manera el método de la hermenéutica jurídica, permite una apreciación con meridiana claridad de los elementos que ha de considerarse en la construcción del tipo administrativo, así como la adecuada formulación de las conductas que han ser sometidas a restricción.

Tales consideraciones no solo representan la presencia de una estructuración más adecuada de los procedimientos disciplinarios, sino que además permite un reforzamiento de las garantías que circundan al mismo, tales como una mayor preservación del estado de inocencia, así como evitar la incursión en imposición arbitraria de sanciones hacia las personas.

Como parte de tales garantías y derechos encontramos la determinación clara del conjunto de elementos que debe reunir la conducta, tanto en el campo penal como el administrativo.

Por lo que tomando como punto de partida el ámbito penal donde se encuentra ampliamente desarrollado la tipificación de las conductas, su incorporación en el derecho administrativo daría lugar a un procedimiento de régimen disciplinario en el cual se evidencie la mención clara de las conductas restringidas, considerando para tal efecto conducta como las actuaciones u omisiones generadas por las y los servidores públicos.

Lo que a más de generar un efecto disuasor, permite mantener una certeza jurídica respecto a la sanción a ser impuesta, considerando para ello la medida de la afectación expresamente establecida, impidiendo la discrecionalidad o arbitrariedad durante la formulación de la voluntad administrativa.

Así mismo al conocer las y los servidores públicos las conductas cuya incursión ha de ser evitada, arroja una optimización en cuanto al número de procedimientos disciplinarios desarrollados, trasformando así un esquema de persecución a un cuadro orgánico de funcionamiento administrativo.

Con tal finalidad, la presente investigación pretende generar un cuadro de aplicación a partir del cual resulta viable la aplicación de varios principios necesarios para

---

<sup>1</sup> Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Historia del derecho 32 (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado\\_beccaria\\_hd32\\_2015.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf).

<sup>2</sup> Francisco Muñoz Conde, *De la Tolerancia cero, al Derecho penal del enemigo* (Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2009).

ello, tal como el principio de tipificación, *lex prevae* y *lex certa* entre otros, así como los mecanismos de aplicación que permita evadir la existencia de vacíos y la producción de dicotomías que inviabilicen su incorporación dentro del procedimiento disciplinario, debido que estos son tomados desde la óptica del Derecho Penal donde muestran una evolución mayor con relación al Derecho Administrativo.

A través de exposición de una propuesta de tipo administrativo aplicable al régimen disciplinario, que a su vez arroje como resultado el robustecimiento del procedimiento con respecto a las garantías inherentes al debido proceso, así como un mayor pragmatismo entre este y la realidad material y formal que circundan las circunstancias la determinación de las conductas sujetas a sanción disciplinaria.



## Capítulo primero

### El tipo sancionador

Inicialmente resulta importante considerar lo qué es una sanción. En su perspectiva amplia, sanción es aquella retribución negativa o castigo que se impone a una persona, cuya gravedad o medida es preconcebida de manera normativa.<sup>3</sup> Por eso, al tratarse de una medida negativa su utilización bajo el esquema estatal, no es indiscriminada, sino que se encuentra supeditada a ciertas medidas y restricciones para su ejecución.

Para ello surge la teoría de la tipificación, a través del establecimiento del tipo, concebida a partir del derecho penal, siendo este el mecanismo legal establecido mediante el cual se determina aquellas conductas que han de ser sometidas al *ius puniendi*.<sup>4</sup>

Debiendo entender por este como: “El derecho del legislador a establecer penas, el *ius puniendi*, [...] permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar [...]”.<sup>5</sup> Potestad penal resulta compleja de retratar.

Puede acudir al planteamiento expuesto por Cesare Beccaria, quien sostiene: “Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquélla solo que baste a mover los hombres para que le defiendan”.<sup>6</sup>

Esto a su vez guarda gran relación con el pacto social<sup>7</sup> entendido como la asociación de personas que se supeditan a ciertas condiciones que a su vez formula la voluntad general, a fin de encontrar un bien general<sup>8</sup> que puede apreciarse desde cierta óptica como el bienestar social, en este sentido sí bien se da este sacrificio de libertades

<sup>3</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Bogotá: Editorial Temis, 2008), 149.

<sup>4</sup> Roxin Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2002), 62.

<sup>5</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general* (Madrid: Civitas, 1997), 51.

<sup>6</sup> Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Historia del derecho 32 (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015), 20, [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado\\_beccaria\\_hd32\\_2015.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf).

<sup>7</sup> Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social* (Quito: Libresa, 2000), 24.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 54.

a la vez, el mismo crea un esquema de respeto y protección necesarios para el desarrollo de las libertades.

Sin embargo, tal como lo anteriormente referido este sacrificio de libertades no resulta del todo indiscriminado sino por el contrario sujeto a ciertas condiciones, donde en efecto “Normalmente se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieran en mi actividad. [...] Sólo se carece de libertad política si algunos seres humanos le impiden a uno conseguir un fin. La mera incapacidad de conseguir un fin no es falta de libertad política”.<sup>9</sup> Vista de alguna forma como la ausencia de coacción, esta segunda originada a raíz de la voluntad general.

Sin embargo, dicha potestad no solo se encuentra reservada para el derecho penal sino que trasciende hacia el derecho administrativo, tal como expone el autor Juan Cassagne: “El derecho administrativo guarda una estrecha vinculación con el llamado derecho penal sustantivo en cuanto la Administración requiere de la tutela represiva para asegurar su eficaz y normal funcionamiento, ya que de lo contrario podría afectarse la existencia misma del Estado”<sup>10</sup>. Planteamiento general respecto a tal potestad del Estado, que mantiene la misma finalidad del derecho penal, aunque en una lid ciertamente con otro enfoque menos drástico, que es la propia protección del Estado a su interior.

Estas limitaciones al poder punitivo del estado se materializan a través del procedimiento el cual ha de proveerse respecto a las debidas garantías y protección a los derechos, lo que genere un debido proceso, tanto en el ámbito penal como administrativo.

A tal efecto en el caso de la legislación ecuatoriana, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 establece: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso [...]”.<sup>11</sup> Como mecanismo para determinar la culpabilidad y la procedencia de la sanción cualquiera sea su clase, así como que su imposición ha observado todos los preceptos legales menester para su legalidad.

Como elemento para el debido desarrollo del debido proceso encontramos la tipificación, siendo este el mecanismo a través del cual se establece la susceptibilidad de ser sujeta a sanción una conducta considerada como contraria al ordenamiento, a tal efecto previo a la imposición de sanción alguna esta debe encontrarse debidamente normada,

---

<sup>9</sup> Isaiah Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad* (Madrid: Alianza, 1988), 191.

<sup>10</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, 7.<sup>a</sup> ed, Vol. 1 (Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002), 188.

<sup>11</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76.

estableciéndola por lo tanto en una ley que determine que tal comportamiento a ser gravado con la imposición de una sanción.

A esta concepción resulta importante considerar que si bien “El derecho no prohíbe solamente al hombre desplegar una actividad dolosa antijurídica, sino que espera también de él en cuanto quiera tomar parte en la vida social sin restricciones que observe en sus demás acciones un mínimo de dirección finalista para evitar lesiones de bienes jurídicos.”,<sup>12</sup> no solo ha de procurar el castigar penalmente aquello que resulta contrario a la ley, sino que además ha de preverse las medidas necesarias para evitar su cometimiento; y, de ser el caso sancionarse en la medida de lo que resulta adecuado.

Tal como se ha notado alrededor del efecto punitivo se ha desarrollado un entorno orgánico que permite su debido funcionamiento ampliamente apreciable en el derecho penal, no obstante, dentro del régimen disciplinario ha notado un abandono desproporcionado, donde tales carencias pueden volcarse en la arbitrariedad en la imposición de las sanciones.

Para tal efecto a continuación se propone la construcción del tipo administrativo, tomando como referencia el entorno circundante en materia penal para tal finalidad, iniciando por el pragmatismo existente entre ambos campos del derecho en relación a *ius puniendi*, para más adelante retratar los elementos esenciales que deben acudir para su construcción.

Elementos que deben confluír para su debido funcionamiento varios elementos durante el proceso de construcción del mismo, los cuales consisten en: actor, conducta, antijuridicidad, culpabilidad y la sanción, cuyo acogimiento permiten la formulación adecuada del tipo administrativo en lo inherente al procedimiento disciplinario, construcción que permite además de permitir funcionamiento más eficaz en la determinación de responsabilidades, también genera un esquema bajo el cual inviabiliza la discrecionalidad de las sanción, así como el uso extensivo de las figuras para imponer sanciones.

Para cuya configuración se ha recurrido a la doctrina penal a fin de determinar las características mínimas a ser cumplidas, así como a la doctrina administrativa a fin de orientar una adecuada construcción del tipo en materia disciplinaria, que propicie un funcionamiento idóneo.

---

<sup>12</sup> Hans Welzel, *Teoría de la acción finalista* (Buenos Aires: Depalma, 1951), 27.

## 1. Aplicación analógica del tipo penal

En el derecho penal el tipo, a más de mostrarse como un mecanismo de restricción de ciertas conductas, cumple una finalidad garantista, donde: “Para cumplir su función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida”.<sup>13</sup> Por lo que el tipo así mismo resulta en un mecanismo de protección de las personas a fin de evitar la incursión en la aplicación desmedida de la potestad sancionadora del Estado.

No obstante, tal consideración no solo se limita al derecho penal, sin que de igual forma se encuentra presente dentro del derecho administrativo donde para el autor Juan Carlos Cassagne: “Una de las principales garantías que poseen los ciudadanos y las personas en general se halla configurada por el principio de tipicidad consistente en la exigencia de que las conductas punibles se encuentren descriptas y delimitadas por una norma legal”.<sup>14</sup> Conformando parte del principio de legalidad, es decir que toda actuación estatal debe encontrarse establecida en la ley como fuente reguladora del actuar del Estado.

Lo que muestra la trascendencia del tipo, así como una debida estructuración del mismo, elemento que a su vez permite viabilizar el ejercicio del derecho a la defensa del presunto infractor o el servidor público según sea el caso, dado que la retrata de manera clara el tipo inhibe la presencia de interpretaciones injustificadas respecto al alcance del mismo.

Por lo que tales consideraciones al ser transportadas desde el derecho penal hacia el procedimiento disciplinario, permiten generar un esquema de funcionamiento que vaya en armonía tanto con las garantías básicas, como las finalidades que este último persigue, considerando finalidad, y tal finalidad se sume en una esfera más puntual enfatizada en mantener la debida disciplina al interior de la institución.,

Por lo que resulta lógico que la Administración se encuentre investida de esta potestad sancionadora respecto al personal bajo su dependencia laboral, en el caso de la legislación ecuatoriana a los servidores públicos definidos así por la Ley Orgánica del Servicio Público.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal*, 256.

<sup>14</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, Vol. 2, 448.

<sup>15</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial Suplemento 294, 6 de octubre de 2010, art. 4.

Con esta concepción se colige que esta potestad sancionadora en el ámbito administrativo, es aplicable una vez desarrollado el procedimiento legalmente establecido dentro del cual se determinaría su procedencia.

Es decir la aplicación de este espíritu punitivo se ve limitado normativamente a fin de evitar su discrecionalidad, por lo que ha de aplicarse en razón de aquellos casos donde efectivamente llegue a probarse la existencia de un comportamiento contrario a la ley o que perjudique al debido desenvolvimiento de la actividad administrativa.

De igual manera debe considerarse que en razón del principio de insignificancia o de bagatela, el conocimiento de ciertas conductas desde la esfera del derecho penal es transportada hacia el campo del derecho administrativo, a través de un procedimiento más sumario y cuyos efectos no generan tal afectación como en materia penal, pese a lo cual persiste su naturaleza punitiva.

No obstante, debido a las graves connotaciones del *ius puniendi* penal, claro está cuando esta no representa ser de mayor conmoción a la sociedad, además de la repercusión de la intervención mediante la justicia penal ante conductas que *a priori* no resulta verdaderamente relevantes, representa un desgaste de este en el conocimiento de causas, cuyo juzgamiento no es trascendental para la debida convivencia de la sociedad.

Por lo que, una de las medidas para el evitar las referidas connotaciones se aprecia en la despenalización de ciertas conductas, por la pérdida de su relevancia social, así como poca importancia para la protección de bienes jurídicamente protegidos, razones por las que bien podría producirse su establecimiento como delito, y por ello su pérdida de la categoría como conducta penalmente relevante.

Debiendo notar que “De todo el orden normativo se deduce que las ofensas a los bienes jurídicos son típicas cuando alcanzan un grado mínimo de intensidad (es la vieja máxima *minima non curat Praetor*); por ende -conforme al *principio de insignificancia*- la ofensa *insignificante* o *de bagatela* no es típica”.<sup>16</sup> Tal consideración repercute directamente en una escisión en cierta suerte de dos tipos de ofensas.

La primera, que configura esta afectación de al menos mínima intensidad para su consideración en el derecho penal, lo que a su vez se encuentra asidero en la inviabilidad de movilizar el aparataje penal debido a conductas que en cierta medida resulten intrascendentes.

---

<sup>16</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, 2009), 28.

Mientras que en el segundo grupo dentro del cual las conductas no llegan a ser consideradas como de relevancia para el derecho penal no implica a su vez la inexistencia de un comportamiento contrario a la ley, por lo que este es trasladado a la esfera administrativa para su conocimiento y sanción, que en comparación al derecho penal resulta de menor gravamen para la persona, cuya finalidad se encuentra en mantener el debido comportamiento dentro de la sociedad.

Esta concepción aplica al proceso disciplinario orientado a sancionar a los servidores públicos ante el incumplimiento de la normativa legal vigente o debido comportamiento en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, considerando la existencia de un Estado constitucional de derecho, la imposición de esta sanción debe respetar la existencia de un procedimiento dentro del cual se determine la propia existencia de este comportamiento antijurídico.

Pero al configurarse desde la óptica del derecho penal donde es un juez quien determina si se han reunido los elementos necesarios para el establecimiento de una pena, al ser conocido por el derecho administrativo no exceptúa que deben aplicarse las garantías propias del procedimiento, puesto que considerando que la imposición de una sanción resulta en una medida de gravamen para el administrado; y, por lo tanto, como medida de ultima ratio.

Al ser esta una medida drástica como se la ha definido, su propia existencia ve la necesidad de contar con una conducta que resulte ofensiva para el derecho conforme el principio de lesividad, guardando relación con el derecho penal toda vez que el comportamiento de las personas dentro de la sociedad o para el efecto del presente estudio dentro de la institución, no siempre resulta en afectación alguna en cuyo caso resulta contrario al derecho la imposición de sanción alguna ante la ausencia de esta lesión al derecho.

Debiendo considerar que las conductas que resulten antijurídicas, es decir cuya incursión implica un comportamiento prohibido o restringido por la ley, no obstante, tal consideración respecto a una conducta determinada no es susceptible de originarse sin motivación alguna, toda vez que su consideración como tal debe encontrarse precedida por la necesidad de evitar la generación posterior de afectaciones o perjuicios.

A tal apreciación debe añadirse que esta afectación en una suerte de analogía con el principio de lesividad antes planteado, en el campo administrativo sí bien no se alcanza el grado de ofensa tratado por el derecho penal, tampoco implica una desatención completa a tal consideración, puesto que para un ejercicio de una adecuada tipificación

administrativa de las conductas, es necesario que esta alcance cierto grado de trascendencia como mecanismo de determinación de las conductas que en efecto han de ser sancionadas.

Su desatención implicaría la producción de un ejercicio de antijuridicidad formal desatinada, volcándose en que la mera discrecionalidad injustificada respecto a una conducta que no se ve acompañada de afectación o perjuicio alguno, alcanza el grado suficiente para ser sujeto de sanción lo que destaca la necesidad de tal adecuación del principio de lesividad en el campo administrativo.

Tal consideración a la vez inhibe la formulación de figuras sancionables cuyo reflejo con la realidad material circundante resulte desproporcionada, impidiendo de alguna forma la movilización del aparataje administrado ha persecución de figura cuya trascendencia resulta ampliamente cuestionable, arrojando como resultado resultados de poca eficacia.

De igual forma cabe considerar que ante la presencia de tal ejercicio errado de tipificación podría bien reflejarse en la inclusión de culpabilidad de agentes cuya actuación no necesariamente se contraponga a la manutención de un estándar de comportamiento adecuado, considerando para tal efecto que: “La culpabilidad no se conforma con esa relación de divergencia objetiva entre acción y orden jurídico, sino que hace al autor el reproche personal por no haber omitido la acción antijurídica”.<sup>17</sup>

En este sentido la mera tipificación de conductas arbitrarias, en lugar de generar un adecuado esquema de control, refleja un despropósito del ejercicio de la potestad sancionadora, que sí bien encuentra amparo en la cobertura legal resulta en un desatino a los demás parámetros que ha de respetarse para su adecuada determinación, tal como el perjuicio generado y la necesidad de reproche, así como proporcionalidad de la sanción.

Es en este punto donde adquiere vital trascendencia la existencia del tipo administrativo, que conforme lo mencionado en líneas anteriores se determine con exactitud aquellas conductas que han de ser sujetas a sanción.

Lo que a su vez permite colocar en el conocimiento de los administrados aquellas actuaciones que sean susceptibles de sanción, dado que ante la ausencia de un establecimiento claro de aquellas conductas sancionables, genera la discrecionalidad administrativa o en ciertos casos en la utilización extensiva de norma que establece tal efecto.

---

<sup>17</sup> Hans Welzel, *Derecho Penal parte general* (Buenos Aires: Roque Depalma, 1956), 147.

Esta noción traída del derecho penal persigue en el derecho administrativo la aplicación debida del principio de legalidad, así como la debida motivación del acto administrativo, tanto como la aplicación analógica del aforismo latino *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Consideración que en el caso de la legislación ecuatoriana guarda relación con el artículo 7 numeral 3 que textualmente expresa: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”.<sup>18</sup> Es decir consagrándose como garantía para un debido proceso.

Por lo antes expuesto, resulta notorio que el acopia de elementos desarrollados por el derecho penal hacia el procedimiento disciplinario, que a más de notarse que ambos mantienen un origen similar respecto al resguardo del comportamiento de las personas, también permite adecuar los elementos de protección respecto a estas ante el poder desmedido del Estado, que en el caso de procedimiento disciplinario se ve materializado en la institución gubernamental en la que este labora.

## **2. Características del tipo penal y su aplicación en el derecho administrativo**

La relevancia del tipo resulta de suma trascendencia debido que “Ningún hecho, por antijurídico que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, si no corresponde a la descripción contenida en una norma penal”.<sup>19</sup> En este sentido el tipo penal encuentra en su composición varios elementos tal como el caso de los sujetos intervinientes, siendo estos activo y pasivo de la infracción.

Este último entendido como aquel que recibe la afectación, mientras que el activo es la persona cuya actuación activa u omisiva resulta en la irrogación del daño, este puede encontrarse comprendido dentro de los denominados delitos especiales, siendo estos aquellos que requieren de una categorización específica del sujeto, es decir cumplir con una determinada característica.

En cuyo caso del sujeto pasivo adquiere una connotación diferente a la concepción planteada por el derecho penal, toda vez que en esta la concepción circunda alrededor de la persona que recibe el daño, sin embargo dentro del derecho administrativo resulta

---

<sup>18</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 7, num. 3.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, 252.

compleja, dado que la verificación en todos los casos de una persona puntual sobre quien repercute tal perjuicio o afectación aun bien jurídico protegido<sup>20</sup> resulta inviable.

Como por ejemplo en el caso del indebido desarrollo de la gestión encomendada a un servidor considerando que el mismo no represente una afectación grave a la prestación del servicio público, sin embargo ello no inhibe la existencia de una afectación al debido desarrollo del proceso administrativo.

No obstante, es importante considerar que la presencia misma de un comportamiento contrario a la reglamentación establecida, produce una afectación al eficiente desarrollo del procedimiento administrativo o bien repercutiendo en la ineficiencia absoluta de lo actuado.<sup>21</sup>

Desde otra óptica es necesario notar que la presencia del personal o recurso humano se encuentra destinado a la generación de producción, por lo que la incursión en tales conductas por parte de estos, no solo representa un perjuicio a la institución contratante, sino además a un sinsentido de la misma existencia de la relación contractual, esto desde un punto de vista amplio.

De igual manera, una perspectiva más puntual arroja como resultado la apreciación, que el pago dinerario conminado a raíz de la existencia de la relación contractual en el caso de las y los servidores públicos es proveniente de las arcas fiscales, sujeto en este sentido a las regulaciones operantes para tal finalidad.

Así como a la necesidad de generar un mayor beneficio, así como equilibrio entre equidad y eficiencia,<sup>22</sup> por lo que surge la necesidad de existir una retribución productiva a cambio de la remuneración percibida.

Por lo que tal afectación repercute en la erogación de gasto injustificado, visto desde la perspectiva de existencia del gasto público pero tanto la no recepción del producto esperado o en su defecto el retardo o imperfección del mismo, así como en caso contrario debido a la omisión de una actuación que repercute en la caducidad del procedimiento o inviabilidad del mismo.

Lo que genera la ineficacia de todo aquello previamente actuado representando así la erogación en el fondo injustificada del gasto público en un fin que no ha producido

---

<sup>20</sup> Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal*, 261.

<sup>21</sup> Joseph E. Stiglitz, *La economía del sector público*, 3.<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Antonio Bosch, 2000), 301- 7, 337-41.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, 303.

la eficacia esperada, de haberse desarrollado en indebida forma las actuaciones conminadas.

Con motivo de lo antes expuesto ha de notarse que la finalidad de los reglamentos interno de administración del talento humano, se encuentran orientados la regulación y estandarización de parámetros bajo los cuales ha de desarrollarse la conducta de las y los servidores al interior de la institución.

En tal sentido tales parámetros pueden ser considerados bajo la perspectiva general de procurar la manutención de un espacio de control, debido desenvolvimiento de espacios de trabajo adecuados, así como la provisión de un eficiente desarrollo de actividades.

De lo expuesto se aprecia que no solamente se concibe la afectación a la institución, sino que trastoca al punto de repercutir en una afectación a la sociedad en sí<sup>23</sup> debido a que el origen de los fondos públicos que proviene de esta, por lo que la acción u omisión lesiva representa una afectación a los fines para los cuales la sociedad enviste al Estado de poder para ejecutar ciertas prestaciones.

En apreciación a lo cual el sujeto pasivo resulta en una ficción de la sociedad representada por la administración pública, que se ve menoscabada por la o el servidor público que incurra en conductas contrarias al ordenamiento jurídico constituyéndose en el sujeto activo de tal infracción.<sup>24</sup>

### **3. Construcción del tipo administrativo**

La construcción del tipo administrativo, a partir del amplio desarrollo y las características propias del derecho penal no resulta sencilla, a razón de la necesidad de ajuste de ciertos elementos, a fin de afianzar y viabilizar su debida ejecución.

En este sentido, es importante mencionar que tal alteración debe procurar mantener en el máximo posible la esencia de los elementos del tipo provenientes del derecho penal, adecuando por lo tanto aquellos elementos a fin de proporcionar un esquema orgánico de aplicación.

---

<sup>23</sup> Alejandro Izquierdo et al., *Mejor gasto para mejores vidas: cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos* (Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2018), 68.

<sup>24</sup> Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal*, 259.

Tal como la consideración respecto a los bienes jurídicos protegidos, que dentro del procedimiento disciplinario resulta difícil de establecer como requisito *sine qua non* para su procedencia en todos los casos, tal como lo referido en el capítulo anterior.

Sin embargo, otros elementos como el sujeto, la antijuridicidad, la conducta y la sanción no ameritan mayor alteración, puesto que los elementos esenciales de estas resultan en una símil a las finalidades del procedimiento disciplinario. Por esta razón, a continuación, se presentarán los elementos indispensables que deben considerarse para la construcción del tipo administrativo.

### 3.1. Definición

Conforme los antecedentes que se han manifestado, tomando como punto de partida el tipo penal, el establecimiento de un tipo administrativo responde a las mismas finalidades y de igual manera atender a la claridad del lenguaje utilizado evitando de tal forma recaer en la implementación de un lenguaje ambiguo o inestable,<sup>25</sup> este último visto como aquel que es sujeto de modificación en su interpretación con relativa facilidad, conforme lo aplicado en la determinación de conductas propio del derecho penal.

Con tal consideración la mera referencia de una actuación contraria a la normativa, antes manifestada resulta demasiado amplia, por lo que dicha amplitud bien puede repercutir en la indeterminación, en tal virtud es importante recordar la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.<sup>26</sup> lo que genera un encause de los requerimientos normativos que han de ser satisfechos a fin de no llegar a producir contradicción con ciertas las garantías constitucionales.

No obstante, la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia n.º 067-14-SEP-CC, de 9 de abril de 2014, arroja mayor claridad, al manifestar: “La seguridad jurídica es un derecho que implica que la Constitución garantiza a todas las personas una plena certeza y conocimiento de las posibles consecuencias jurídicas, por su accionar positivo así como por cualquier omisión a un mandato expreso, todo esto, en relación a lo que

---

<sup>25</sup> Ángel López García, *Pluricentrismo, hibridación y porosidad en la lengua española* (Madrid: Iberoamericana Vervuert, 2010), 125.

<sup>26</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 82.

establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano”.<sup>27</sup> En este sentido apreciar este aspecto de *plena certeza* confiere la claridad respecto de que no solo basta con recaer en el incumplimiento ante una normativa administrativa, sino que ha de contarse con la estructura represiva suficiente, a fin de llegar a determinar una responsabilidad.

Debido a la amplitud de los campos del derecho en los cuales ha incursionado el derecho administrativo, así como la variedad de instituciones y competencias asumidas, la implementación de un solo cuerpo normativo que regule la conducta de las y los servidores dentro de estas, así como el grado de afectación a producirse debido a cada una de ellas varía de manera abismal entre las distintas instituciones.

Sin embargo tal consideración, no implica que el abandono de la formulación de un cuerpo normativo deba representar la arbitrariedad de su determinación o inhibición de ciertas conductas perjudiciales.

Por el contrario, la determinación de ciertas características que de forma general, han de orientar tal determinación o consolidación de conductas, que a su vez represente las necesidades propias de autorregulación de cada una de las distintas instituciones, procurando así el desarrollo de cuerpos normativos que permitan una mayor especificidad en las finalidades que persiguen.

De igual forma debe considerarse dentro de su construcción la necesidad de mantener inserta esta retribución negativa materializada a través de la sanción, por el cometimiento de esta conducta legalmente prohibida, por lo que adquiere connotación lo determinado en el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo, que en su inciso segundo expresa “A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa”.<sup>28</sup> Como parte del principio de tipicidad, sin embargo ante la falta de determinación de la sanción a ser impuesta por la infracción, se recae en la no previsión de la sanción a ser impuesta, lo que a su vez se releja en la ausencia de certeza sobre ello.

En este sentido la construcción del tipo administrativo debe prever la existencia los elementos constitutivos del mismo, sí bien existe una multiplicidad de consideraciones respecto a sus elementos, puede destacarse entre sus principales el actor, la antijuridicidad, la conducta, la culpabilidad y la sanción, respecto a los cuales resulta necesario proceder con un mayor análisis.

---

<sup>27</sup> Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 067-14-SEP-CC”, *Caso Nro. 1626-10-EP*, 9 de abril de 2014, 8.

<sup>28</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Segundo Suplemento del Registro Oficial 31, 7 de julio de 2017, art. 29.

### 3.2. Características

Tal como lo anteriormente referido, la construcción de un tipo administrativo, debe sujetarse a ciertos elementos, que viabilicen tanto su entendimiento como aplicación, si bien algunos de tales elementos guarda amplia similitud con el derecho penal, otros es necesario acudir cierta readecuación a fin de evitar la producción de vacíos legales insostenibles para su propia existencia.

Por lo que, en atención al presente estudio ha de considerarse cinco elementos para su construcción, siendo estos el actor, la antijurídica, la conducta, la culpabilidad y la sanción, sin embargo, con relación al sujeto pasivo o que recibe la afectación no es analizado en razón que en todos los casos este se encuentra representado por la administración pública, tal como lo planteado anteriormente con respecto a ser esta quien recibe el daño o afectación.

#### 3.2.1. Del actor

De conformidad a la doctrina penal el sujeto activo de la infracción es aquella persona que incurre en una conducta prohibida o restringida,<sup>29</sup> en este sentido considerando que el régimen disciplinario se encuentra encaminado a mantener un correcto comportamiento y funcionar de la administración pública, es por ello que la aplicación de las sanciones que de tal materia se originen, se encuentren estrictamente destinadas a los mismos, es decir aplicables a las y los servidores públicos que laboren en la misma.

La determinación de delitos plurisubjetivos en el campo penal, donde amerita la presencia de varias personas para su consumación<sup>30</sup> no resulta de todo viable en materia del procedimiento disciplinario, en virtud que tal potestad no aprecia al conglomerado<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal*, 259.

<sup>30</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal: parte general*, vol. 3 (Buenos Aires: Ediar, 1999), 283.

<sup>31</sup> A efecto de notarse tal ausencia de conductas para ello puede notarse que la huelga como figura que generalmente requiere la presencia de varias personas y que puede originar a raíz de los espacios laborales encuentra reconocido en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 326 numeral 14, por lo que al retratarse de un derecho resulta irracional su determinación como conducta restringida, resulta completamente inviable, dado que su ejercicio implica una acción de resistencia que en su trasfondo guarda inherente relación al derecho a la autodeterminación.\*

de servidoras y servidores en unidad, sino que analiza a cada uno en base a las conductas incurridas de forma individual por estos, por lo que tampoco se aprecia la constitución de conductas que requerían de la presencia de múltiples figuras similares a los delitos de convergencia.<sup>32</sup>

Por lo tanto en materia del procedimiento disciplinario se trata de una responsabilidad individual, aislada de las responsabilidades del resto de servidoras o servidores, por lo que la responsabilidad se sume exclusivamente respecto las acciones u omisiones que siendo contrarias al ordenamiento jurídico llegase a incurrir durante el ejercicio de sus actividades en tal calidad.

Este último elemento referente a que las actuaciones deben ser ejecutadas en el ejercicio de la actividad pública, constituye al actor dentro del procedimiento disciplinario en la categoría de sujeto activo calificado esto es la calidad de servidor o servidora pública, apreciando para tal efecto lo contenido en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que expone la consideración bajo tal calidad que, bajo cualquier modalidad, desempeño o labore dentro del sector público.

Con relación a lo anteriormente mencionado, es importante considerar que bajo la legislación ecuatoriana se encuentran presentes dos modalidades laborales, la primera materia del presente trabajo aquella emanada de la Ley Orgánica del Servicio Público, tal como lo mencionado en el párrafo anterior, en virtud de lo cual la relación laboral a lo largo de su existencia ha de desarrollarse bajo los parámetros determinados.

En el segundo caso comprende aquellas relaciones laborales que han de desarrollarse al amparo de lo determinado en el Código del Trabajo, cuerpo normativo en cuyo artículo 1 se aprecia lo siguiente:

Ámbito de este Código. - Los preceptos de este Código regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo. Las normas relativas al trabajo contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren.<sup>33</sup>

---

\* Polivio Honorio Meneses González, “El derecho a la resistencia como límite a la criminalización de la protesta social Estudio de caso Estudiantes del Colegio Central Técnico” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019), 46, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6699/1/T2906-MDPE-Meneses-El%20derecho.pdf>

<sup>32</sup> Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal*, 259.

<sup>33</sup> Ecuador, *Código del Trabajo*, Suplemento del Registro Oficial 167, 26 de septiembre de 2005 art. 1.

Por lo que se marca una escisión entre ambas modalidades de trabajo, rigiéndose cada una las connotaciones legales correspondientes.

En este sentido los procedimientos de disciplina implementados bajo esta última modalidad laboral, se encuentra estrechamente vinculada con los reglamentos internos de trabajo, implementados por el patrono, que bien puede ser la institución o la empresa, en tal reglamento se determinan las actuaciones restringidas para los trabajadores y la sanción a ser impuesta, que desde la multa hasta el máximo del diez por ciento<sup>34</sup> de la remuneración como hasta la terminación de la relación laboral<sup>35</sup> a través del denominado visto bueno.

Igual consideración resulta aplicable en relación al contrato de servicios profesionales determinado en el artículo 148 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público,<sup>36</sup> respecto al cual pese a ser una figura de muy ambigua definición en la legislación ecuatoriana, se logra apreciar que por su naturaleza no presenta la generación de una relación de dependencia.

Debido a ello tales contratos por ejemplo no refieren existencia de una jornada laboral, centrándose únicamente en la entrega del producto pactado, a diferencia del contrato de servicios ocasionales donde si se produce la relación de dependencia y cumplimiento de jornada, sin que se aprecie puntualización de un único producto específico.

Tal consideración representa que el personal sujeto a contratos de prestación de servicios profesionales al no laborar al interior de la institución inviabiliza la procedencia de procedimiento disciplinario, lo que marca como límite de la competencia del procedimiento disciplinario, en contraposición al personal vinculado bajo relación laboral de dependencia mediante nombramiento o contrato de servicios ocasionales quienes laboran al interior de institución.

Caso más interesante se desprende a partir de la existencia de las Empresas Públicas, en las cuales, donde se aprecia una libertad regulatoria diferente a los esquemas antes mencionados, toda vez que de conformidad al artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas públicas se aprecia lo siguiente:

---

<sup>34</sup> Ibid., art. 44 literal b.

<sup>35</sup> Ibid., art. 172 num. 2.

<sup>36</sup> Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánico del Servicio Público*, Suplemento del Registro Oficial 418, 1 de abril de 2011, art. 148.

NOMBRAMIENTO, CONTRATACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DEL TALENTO HUMANO. - La designación y contratación de personal de las empresas públicas se realizará a través de procesos de selección que atiendan los requerimientos empresariales de cada cargo y conforme a los principios y políticas establecidas en esta Ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública. [...]. El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas.<sup>37</sup>

De cuyo contenido se colige que elementos tales como el ingreso y régimen disciplinario, en base a los parámetros determinados por la Ley Orgánica de Empresas Públicas será determinado por el Directorio de la institución, apreciándose con mayor claridad tal consideración en virtud de lo expuesto en el artículo 19 *ibídem*, que refiere. “Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas son las siguientes: [...] 2. Nombramiento para servidores públicos, expedido al amparo de esta Ley y de la normativa interna de la Empresa Pública; y, [...]”,<sup>38</sup> notándose aquella sumisión a la normativa interna y a las determinación que para tal efecto esta plantea.

Este Directorio encuentra en su conformación dos modalidades la primera inherente a su creación debido a la Función Ejecutiva y el segundo debido a los gobiernos autónomos descentralizados,<sup>39</sup> sin embargo en ambos casos conservan la atribución para: “Aprobar las políticas aplicables a los planes estratégicos, objetivos de gestión, presupuesto anual, estructura organizacional y responsabilidad social corporativa”.<sup>40</sup> Lo que le faculta determinar los parámetros ha de desarrollarse las actividades laborales al interior de la empresa bajo su competencia.

Lo que a su vez implícito los aspectos relacionados al comportamiento del personal al interior de dicha institución, como mecanismo de regulación interno a fin de mantener su adecuado funcionamiento, entre lo que se encuentra el régimen disciplinario resultando por lo tanto el órgano competente para determinar las conductas que llegasen a efectuar el orden interno y adecuada actuación.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Suplemento del Registro Oficial 48, 16 de octubre de 2009, art. 17.

<sup>38</sup> *Ibid.*, art. 19.

<sup>39</sup> *Ibid.*, art. 7.

<sup>40</sup> *Ibid.*, art. 9 num. 4.

<sup>41</sup> Si bien tal competencia le otorga al Directorio de una Empresa Pública, la potestad de determinar el régimen sancionador respecto a la actuación del personal al interior de la misma, tal potestad no es indiscriminada sino por el contrario encuentra ciertas restricciones similares al límite político del poder punitivo del Estado y al límite de su competencia circunscrito al interior de la misma entidad.

Convencionalmente podemos notar que las contrataciones bajo la figura del nombramiento es una figura originada en la legislación ecuatoriana en base a la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>42</sup> ausente en el Código de Trabajo, por lo que ha de entenderse en una construcción específica desarrollada por la Ley Orgánica de Empresas Públicas y cuyas regulaciones pueden resultar diferentes a aquellas desarrolladas por la Ley Orgánica del Servicio Público.

Creándose en cierta medida una incertidumbre respecto al marco legal que ha de regir el fondo de la contratación, sin embargo de la misma Ley Orgánica de Empresas Públicas en su artículo 33 se aprecia lo siguiente: “En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual”.<sup>43</sup> Por lo que denota una relación más estrecha con la legislación del Código del Trabajo conjuntamente con las regulaciones que esta determina, por lo que marca hasta cierta medida su escisión con la Ley Orgánica del Servicio Público.

No obstante, pese a la marcada diferencia presente entre el procedimiento determinado por la Ley Orgánica del Servicio Público y la regulación determinada mediante el Código de Trabajo, si bien la presente investigación se orienta al primer cuerpo normativo múltiples de los planteamientos expuestos, pueden resultar aplicables como mecanismo de regulación a las sanciones imponibles al segundo grupo.

Una vez atendidos las diferencias circundantes en relación a la calificación del sujeto, debe considerarse que el encontrarse catalogado como servidor público responde intrínsecamente relacionado al momento de la comisión de la acción u omisión, contraria a la normativa legal vigente, es decir que el actor debe reunir la calidad de servidor público como elemento *sine qua non* a fin de determinar la viabilidad de la imposición de la sanción dentro del procedimiento disciplinario.

Por lo que al carecer de tal calidad durante el cometimiento de la acción u omisión, no es de competencia de la potestad disciplinaria, lo que si bien no representa elemento de excusa o inhibición por las responsabilidades que por tal motivo se desprendan, sino que esta es absorbida por otras esferas del derecho competentes para su conocimiento.

Debiendo considerar que la pérdida de la calidad de servidor o servidora público no representa tampoco la extensión de la potestad disciplinaria, tal como determina el

---

<sup>42</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 16.

<sup>43</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 33.

artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones [...]”.<sup>44</sup> Por lo que tal responsabilidad persiste pese a la existencia de una desvinculación, persistiendo la potestad disciplinaria, siendo susceptible la imposición de una sanción de reunirse todos aquellos elementos necesarios para su plena validez legal.

Por lo que el actor dentro del procedimiento disciplinario es representado por la o el servidor público comprendido en el ámbito de lo determinado en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público,<sup>45</sup> circunscrito a las instituciones Gubernamentales, de conformidad a las consideraciones expuestas anteriormente, que en el ejercicio de sus actividades incurra en conducta contraria al ordenamiento jurídico.

### **3.2.2. De la conducta**

Es aquel comportamiento que siendo contrario a la leyes resulta en causal de responsabilidad y sanción, por lo que a fin de evitar la incursión en sanciones arbitrarias, resulta necesaria la descripción de los hechos, actos u omisiones<sup>46</sup> que han de ser consideradas para tal efecto.

En este sentido dentro del mismo campo penal, para el autor Muñoz Conde la consolidación de las conductas susceptibles de prohibición deben encontrarse tres consideraciones como el: “*Desvalor de acción, desvalor de resultado y responsabilidad* son, pues, los tres pilares en los que descansa el concepto material de delito en el Derecho penal positivo. Ellos son los que convierten a una conducta en «merecedora de pena» y, por consiguiente, a través de su tipificación en la ley, en delito”.<sup>47</sup> Por lo que la consideración como delito más allá de la repercusión de una sanción, consiste en la restricción de la comisión de la conducta.

En este sentido, el mencionado desvalor de responsabilidad encuentra dentro de sus consideraciones precisamente el conocimiento de las personas respecto a la prohibición de la conducta y la retribución negativa por su comisión.

---

<sup>44</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 233.

<sup>45</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 3.

<sup>46</sup> Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, vol. 3, 50.

<sup>47</sup> Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal*, 45. Énfasis añadido.

Tal como se aprecia la legislación penal mantiene el concepto de tipo mucho más desarrollado, donde opera ampliamente el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*, debiendo apreciar que “Como sólo es posible aplicar una pena como consecuencia de la realización de una acción, es indispensable que el sistema provea de una herramienta apta para individualizarla. El único instrumento que puede llevar a cabo esa tarea de forma efectiva y sin ambigüedades es el tipo penal”.<sup>48</sup> Es decir la ley debe contemplar dentro de su redacción la expresión concreta respecto a las conductas restringidas, en ausencia de lo cual repercutiría en la inviabilidad de la pena.

A efecto de darse mayor claridad debe considerarse que en materia penal la omisión: “no es una mera ‘no acción’, sino un ‘no hacer algo’ (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa”.<sup>49</sup> Que en el caso del procedimiento disciplinario esta debe encontrarse aparejada al incumplimiento de deberes o actuaciones que le han sido atribuidas.

Tanto si se trata de carácter normativo como de aquellas originadas del cumplimiento de disposiciones u órdenes emanadas por los órganos jerárquicamente superiores, siendo necesario aclarar en este punto que no todo incumplimiento de estas debería resultar en la determinación de una sanción.

El incumplimiento de disposición u órdenes emitidas por los órganos superiores debe establecerse como causal de sanción, toda vez que eventualmente repercute en la eficiencia de la administración pública o en el cumplimiento de la normativa legal aplicable y existirán situaciones en las cuales no sea viable la aplicación de las mismas.

Al respecto debe señalarse que el artículo 22, literal d) de la Ley Orgánica del Servicio Público,<sup>50</sup> determina que el servidor público podrá oponerse al cumplimiento de las mismas siempre que estas sean contrarias a la Constitución de la República del Ecuador y a la Ley, no se establece la oposición a aquellas situaciones que sin resultar contrarias a la ley, sean materialmente inviables.

A fin de evidenciarlo con mayor claridad, se puede apreciar aquellos casos en que la gestión a desarrollarse por su naturaleza o complejidad, requiera la necesidad de contar con mayor tiempo para su cumplimiento, por lo que tratar el mismo con la mera sencillez de sancionar todos los casos, puede bien repercutir en una medida de acoso hacia el

---

<sup>48</sup> Mariano Silvestroni, *Teoría constitucional del delito* (Buenos Aires: Editores del puerto, 2004), 205.

<sup>49</sup> *Ibid.*, 450.

<sup>50</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 22 literal d.

servidor público, por lo que a fin de tipificar la omisión es necesario delimitarse los parámetros bajo los cuales ha de ser procedente su aplicación.

La responsabilidad respecto a los actos cometidos por los servidores públicos, representa uno de los puntos más álgidos del establecimiento del tipo administrativo, toda vez que considerando al servidor público, en su calidad de ser humano y por lo tanto poseedor de libre albedrío respecto a su comportamiento.

Por lo que la determinación de esta como: “la conducta humana guiada por la voluntad”.<sup>51</sup> Que exteriorizada recae en una actividad restringida o prohibida, en el campo de las actividades desarrolladas en el ejercicio de la función pública resulta sumamente complejo de determinación debido a la amplitud sobre las que esta podría incurrir.

Sin embargo, resulta de interés el apreciar que, en materia penal, si se ha desarrollado legislación respecto a la amplitud de casos en los cuales debe obrar el sistema judicial, que resulta aún más grande al no encontrar limitantes la capacidad de obrar del ser humano, en contraposición al régimen disciplinario que encuentra limitación en ciertos parámetros y cuyas potestades se encuentra delimitadas a estos últimos.

El autor Hans Welzel, plantea la existencia de tipos cerrados y abiertos,<sup>52</sup> dentro de los cuales refiere que si bien el primero mantiene una estructura debidamente determinada dentro de la cual se establezcan las situaciones concretas de los presupuestos que han de configurar la antijuridicidad, mientras que el segundo en ausencia de una parametrización concreta, se configura en razón de elementos valoración global del hecho, tal como lo describe el autor Claus Roxin.<sup>53</sup>

Estos elementos globales de valoración, abstraen la necesidad de definir de manera específica el comportamiento, someten la valoración del injusto considerando lo complejo de determinar todas las situaciones bajo las cuales puede llegarse a desarrollar un comportamiento antijurídico.

Tal planteamiento lleva líneas en contrario a lo expuesto anteriormente, dado su posible desenlace en actuaciones de arbitrariedad, el establecimiento de tales elementos de valoración que constriñan la aplicabilidad de la sanción a aquellos casos que respondan a la necesidad de mantener la debida disciplina, evitando de tal forma su arbitrariedad.

---

<sup>51</sup> Jürgen Baumann, *Derecho penal conceptos fundamentales y sistema* (Buenos Aires: Depalma, 1973), 97.

<sup>52</sup> Welzel, *Derecho Penal parte general*, 88.

<sup>53</sup> Roxin, *Derecho penal parte general*, 301.

Tal aspecto puede notarse en la legislación ecuatoriana en la Ley Orgánica del Servicio Público en la cual se encuentran determinadas dos clases de faltas aquellas denominadas como leves y graves.

Siendo definidas las faltas leves por el artículo 42 de la misma ley, en la siguiente forma: “Faltas leves.- Son aquellas acciones u omisiones realizadas por descuidos o desconocimientos leves, siempre que no alteren o perjudiquen gravemente el normal desarrollo y desenvolvimiento del servicio público. [...]”.<sup>54</sup> Nótese de esta definición una notoria ambigüedad, más adelante en el mismo articulado se procura arrojar una mayor claridad a estas faltas leves estableciendo para tal efecto:

Se considerarán faltas leves, salvo que estuvieren sancionadas de otra manera, las acciones u omisiones que afecten o se contrapongan a las disposiciones administrativas establecidas por una institución para velar por el orden interno, tales como incumplimiento de horarios de trabajo durante una jornada laboral, desarrollo inadecuado de actividades dentro de la jornada laboral; salidas cortas no autorizadas de la institución; uso indebido o no uso de uniformes; desobediencia a instrucciones legítimas verbales o escritas; atención indebida al público y a sus compañeras o compañeros de trabajo, uso inadecuado de bienes, equipos o materiales; uso indebido de medios de comunicación y las demás de similar naturaleza.<sup>55</sup>

En este sentido, si bien se aprecia una vaga determinación de aquellas conductas catalogables como faltas, en algunos casos resulta sumamente difusa, tomemos por ejemplo el: “uso indebido o no uso de uniformes [...]”.<sup>56</sup> Esta causal de falta leve, resulta sumamente ambigua, toda vez que el mismo utiliza el adjetivo indebido junto con el verbo rector de la actuación antirreglamentaria.

Considerando para ello la definición expuesta para indebido o indebida, representado como “Lo que no es obligatorio. Inexigible. Injusto. Ilícito. Ilegal. Antirreglamentario. Inicuo”.<sup>57</sup> Por lo que debe notarse que no define con exactitud aquella actuación que ha de considerarse como prohibida, sumado a la huida del derecho administrativo, coloca a las y los servidores públicos en el completo desconocimiento de aquellas actuaciones por cuyo desarrollo u omisión han de ser sujetos a sanción alguna.

En tal virtud, repercute en la interpretación del juzgador respecto a sí un hecho administrativo es o no considerado como falta administrativa, colocando a tal efecto en

---

<sup>54</sup> Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 42.

<sup>55</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 42.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> Real Academia Española, “indebido, da”, *Real Academia Española*, accedido 16 de febrero de 2017, <https://dle.rae.es/indebido>.

la más completa subjetividad, tal consideración, toda vez que bajo el mismo proceso analítico puede llegarse a determinar la no consideración como falta.

En este sentido resulta importante considerar que de conformidad al principio *pro administrado*, todo proceso cognitivo de determinación debe orientarse a lo más favorable hacia el administrado, en el presente caso materializado en la o el servidor público.

A la luz de lo antes expuesto, resulta claro que la categorización del indebido desarrollo de actividades como falta resulta inviable, toda vez que en todos los casos la interpretación debe realizarse bajo la perspectiva del principio *pro administrado*.

Es decir la interpretación más favorable hacia la persona, por lo que ante la duda respecto a su incursión como falta administrativa o carencia de determinación, esta debe orientarse por lo segundo dejando sin efecto la viabilidad de una sanción disciplinaria.

Tal consideración surge a raíz de la falta de implementación dentro de la redacción de las circunstancias concretas bajo las cuales tal actuación implique contrariedad a la debida disciplina o bien actuar dentro de la administración pública.

Requiriendo por lo tanto la descripción de los elementos intrínsecos que deben cumplirse para que la acción u omisión sea considerada como falta administrativa, por lo que las meras conjeturas o subjetividades respecto a una conducta determinada no generan una base sólida para determinar la culpabilidad del actor.

Con tal consideración, la implementación de una descripción clara respecto a la conducta que ha de ser considerada como sujeta de prohibición o restricción, inhibe la presencia de interpretaciones respecto a las conductas sujetas a sanción y a la vez generar una estructura normativa bajo la cual se frene la práctica de las conductas que en efecto reflejen una afectación a la administración pública.

### **3.2.3. De la antijuridicidad**

La conducta debe guardar estricta relación con un comportamiento antijurídico, es decir que el hecho cometido por el actor, tanto por acción como por omisión, representa una falta al cumplimiento a la normativa legal vigente por lo que su concepción se origina de una antijuridicidad formal.

Tal como lo sostenido por el autor Claus Roxin, al manifestar: “Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir

suficientemente con medios extrapenales”.<sup>58</sup> Por lo que una conducta puede ser antijurídica formalmente y antijurídica materialmente, cuya consideración ve implícito el nivel de afectación a ser producido.

Tal consideración encuentra su correlación con contenido del artículo 41 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece: “La servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexas, incurrirá en responsabilidad administrativa”.<sup>59</sup> De cuyo contenido se aprecia la presencia de una antijuridicidad formal, puesto que no comprende la presencia de una lesión a bien jurídico protegido, sino limitada a la contradicción al ordenamiento jurídico, lo cual se engloba en la característica de una antijuridicidad formal.

Del contenido del mencionado artículo se aprecia dos elementos constitutivos de responsabilidad, el primero el incumplimiento de obligaciones el cual puede entenderse como una contraposición a la existencia misma de la relación laboral, mientras que el segundo como la incursión en conductas contrarias al ordenamiento jurídico, claro está que la referencia de tal condición resulta a todas luces demasiado amplia.

Sin embargo es justamente esta condición la que permite la movilización del aparato administrativo sancionador, claro está que esta como condición general permite en cierta medida la comprensión de un esquema de comportamiento al cual ha de sujetarse las y los servidores públicos.

En este sentido la determinación de un comportamiento antijurídico formal, encuentra su respaldo en la contraposición al ordenamiento jurídico positivo, a este estándar de actuación que se exige de las y los servidores públicos.

A la vez que confluyen ideas respecto a la protección del mismo bienestar social, sin embargo desde la perspectiva del comportamiento antijurídico material resulta donde adquiere su complejidad, dado que no todos los casos son susceptibles de presentar una auténtica existencia de afectación de un bien jurídico protegido.

En este sentido desde la óptica del derecho penal el bien jurídico protegido resulta una figura compleja de describir que puede ser definida a grandes rasgos como aquella categorización a la que la ley eleva cierto interés que adquiere un reconocimiento jurídico, en este sentido la afectación de un sujeto a otro no solo redundaría en la propia afectación a este, sino además a una inobservancia a la norma jurídica preestablecida.

---

<sup>58</sup> Roxin, *Derecho penal parte general*, 558.

<sup>59</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 41.

A tal efecto resulta importante considerar que a partir del grado de perjuicio que genera una conducta, como respecto al grado de afectación a un bien jurídico protegido, ello repercute en su categorización como conducta tipificada por el derecho penal, debido a su relevancia social, lo que a su vez se encuentra atado desde esta óptica al principio de mínima intervención penal, que plantea la no necesidad de intervención por el derecho penalmente sobre aquellas conductas que por su insignificante afectación.

En este sentido ha de notarse que dentro del procedimiento disciplinario resulta compleja la determinación de una afectación a un bien jurídico protegido, puesto que de entre las actuaciones que ha de cumplirse para el funcionamiento del aparataje administrativo ciertas actuaciones no se vinculan de manera directa con los administrados, siendo estas encaminadas a la propia existencia y desarrollo adecuado de estas, que han de ser desarrolladas por las y los servidores públicos.

De tal forma que su producción únicamente repercute en un retardo en la gestión interna de la institución, que al no llega a exteriorizarse a la esfera de provisión de servicios, tal consideración genera un punto de inflexión en cierta medida con el planteamiento de la antijuridicidad material.

No obstante a tal efecto es necesario apreciar el principio de *extrema ratio* del derecho penal el cual orienta el campo de aplicación de tal materia, proveyendo en tal virtud el resguardo a los bienes jurídicos.

Por lo tanto el referido punto de inflexión, más que en tal resulta en punto de escisión entre el derecho penal y derecho administrativo sancionador, donde este segundo aplica en los casos que más allá de su competencia y los demás parámetros que regulan sus potestades, se consolida únicamente en el conocimiento de conductas que resulten de una antijuridicidad formal, debido a que se basa en la comisión de una conducta restringida por el ordenamiento jurídico, debiendo apreciar tal consideración desde un punto de vista del positivismo jurídico.

Con tal apreciación, considerando que el derecho penal comprende el conocimiento de las conductas que alcancen un rango de ser penalmente relevantes, de conformidad a la propia política criminal del Estado, desde cierta perspectiva puede concebirse una escisión en una suerte de dos grupos de conductas antijurídicas, la primera de trascendencia para el derecho penal, mientras que el segundo grupo es conocido por el derecho administrativo.

En este sentido ha de notarse que pese a la inexistencia de afectación a un bien jurídico protegido desde la óptica de la antijuridicidad formal, ello no implica la ausencia por completo de afectación o perjuicio.

Por lo que salta a la luz la necesidad de adoptar cierto mecanismo retributivo que en cierta medida asegure el debido actuar del aparataje administrativo, así como el mantener una adecuada disciplina dentro de las instituciones gubernamentales y evitar de tal forma la comisión de conductas que menoscaben a esta.

Tal concepción guarda relación respecto a la aplicación de potestades respecto a la rama del derecho que ha de resolver el asunto, debiendo considerar que al respecto lo establecido en el artículo 259 del Código Orgánico Administrativo:

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.

Para la aplicación del principio previsto en el párrafo precedente es irrelevante la denominación que se emplee para el procedimiento, hecho o norma que se estima es aplicable al caso.

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.<sup>60</sup>

Lo expuesto en el referido artículo da muestra a grandes rasgos de la escisión existente entre aquellas conductas de relevancia para el derecho penal, como aquellas de conocimiento del derecho administrativo, en este sentido debe considerarse que cada una de estas materias conoce los elementos que les resultan de interés o trascendencia, lo que se refleja en la independencia de ellas respecto a las conductas que han de ser sometidas a su conocimiento.

La necesidad de puntualizar este precepto resulta en la consideración al momento de generarse la tipificación de la conducta, lo que a su vez repercute en la autoridad que resolverá sobre este hecho, por lo que, si una conducta adquiere esta trascendencia esta relevancia para la afectación del ordenamiento jurídico, la abstracción de la misma hacia el derecho penal, no inhibe que la administración conozca aquellos aspectos que siguen siendo de importancia para la misma.

---

<sup>60</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 259.

### 3.2.4. De la culpabilidad

Tal como lo expuesto por el autor Alejandro Nieto, al manifestar que dentro del derecho administrativo sancionador no se ha hilado tan fino a fin de determinar la existencia de dolo o culpa dentro de las infracciones administrativas debido a que responde a un incumplimiento formal,<sup>61</sup> es importante apreciar que la legislación ecuatoriana habla de responsabilidad<sup>62</sup> en cuanto a las infracciones cometidas por las y los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

A tal efecto cabe notar lo considerado por el artículo 232 de la Constitución de la República del Ecuador,<sup>63</sup> donde refiere un aspecto de responsabilidad, lo que a su vez guarda relación con lo contenido en el artículo 41 de la Ley Orgánica del Servicio Público,<sup>64</sup> donde de su redacción textual se aprecia la connotación de responsabilidad administrativa, es decir no se vela respecto si la comisión de la conducta responde a aspectos de intencionalidad de la conducta.

Tal aspecto, inhibe la existencia de variación por la previsión de la o el servidor público, respecto a la finalidad de sus actuaciones u omisiones, sino refiere meramente al efecto producido, claro está que tal actuar no responde a la ineficiencia del legislador, sino por el contrario en la imposibilidad de su determinación en ciertas conductas.

Donde por ejemplo el incumplimiento a la jornada de trabajo en circunstancias como por ejemplo el atraso, no responde a la intención de irrogar daño a la administración pública, sino por el contrario puede responder a aspectos exógenos a la voluntad de la o el servidor, que sí bien no responden como causal de justificación, tampoco influyen dentro de esta voluntad positiva de irrogar afectación alguna.

La determinación de esta voluntad positiva de infringir afectación, resulta sumamente compleja de determinar, dada la imposibilidad de incursionar en las cavilaciones que pudiese mantener la o el servidor público, al momento de la comisión de la conducta, sumado a ello existen productos o conductas en las cuales el producto final o efecto, resulta inmutable respecto a la voluntad del actor, tal como el indebido cumplimiento de funciones, el que se formula una vez producida la afectación al debido desarrollo de los procedimientos administrativos en ciertos casos.

---

<sup>61</sup> Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 5.<sup>a</sup> ed (Madrid: Tecnos, 2018), 325.

<sup>62</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 233.

<sup>63</sup> *Ibid.*, art. 232.

<sup>64</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 41.

Debiendo traer a la memoria lo expuesto por el autor Hans Welzel, al referir que la voluntad *per se* no constituye un elemento de la culpabilidad, sino uno de los elementos formuladores de la reprochabilidad, apreciando a la conducta sujeta a tal efecto por su naturaleza contraria al ordenamiento jurídico, resultando sancionable debido a la falta actuación o comportamiento en aras de evitar la inclusión en conductas antijurídicas.<sup>65</sup>

En este sentido se genera cierta coherencia respecto a la exposición en materia disciplinaria de la responsabilidad, sin miramientos respecto al dolo o culpa de las y los servidores públicos, por lo que la misma repercute debido a la falta de actuación que omite la incursión en afectaciones al ordenamiento jurídico.

Sin embargo tal consideración debe apreciar que: “la aplicación de una ‘tolerancia cero’ en determinadas zonas o ciudades, no hace bajar el número total de delitos cometidos, sino simplemente *desplaza* el lugar de comisión de los mismos”.<sup>66</sup> Si bien tal planteamiento es originario del campo penal, permite tener una cosmovisión respecto a los efectos de una estructura sancionadora extremadamente rígida.

Si bien en el campo del procedimiento disciplinario, no es susceptible la movilidad de espacios por la propia naturaleza de la relación laboral, puede formularse como desencadenador de otros comportamientos, como por ejemplo el de en lugar de evidenciar falencias durante los procedimientos administrativos y por lo tanto la identificación de soluciones que permitan la eficacia de los mismos, adquiere un sentido encubridor donde el reproche estricto empuja a las y los servidores a encubrir los fallos, como mecanismo de evasión de la responsabilidad.

En este sentido debe considerarse la existencia del error de prohibición, que dentro de la legislación ecuatoriana se encuentra establecido en el artículo 35.1 del Código Orgánico Integral Penal, como causal de eximente de responsabilidad, que ocurre “por error o ignorancia invencible”.<sup>67</sup> Tomando por ejemplo la existencia de un trastorno mental o bien la ocurrencia del mismo.

La presencia de un estado que de manera directa afecte las capacidades cognitivas de la o el servidor repercute directamente sobre la acción u hecho producido, generando por lo tanto una situación en la cual resulta imposible prever la existencia de un comportamiento, al respecto debe considerarse que: “La imputabilidad es la capacidad

---

<sup>65</sup> Welzel, *Derecho Penal parte general*, 147.

<sup>66</sup> Francisco Muñoz Conde, *De la Tolerancia cero, al Derecho penal del enemigo* (Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2009), 30.

<sup>67</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Suplemento del Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art. 35.1.

psíquica de culpabilidad y, por consiguiente, su ausencia impedirá que opere la exigibilidad y el reproche”.<sup>68</sup> Tal como lo planteado la imputabilidad se encuentra vinculada a la capacidad psíquica del actor.

No obstante, es importante considerar que tales situaciones en el campo del procedimiento disciplinario deben ser imprevisibles, apreciando que: “sigue habiendo ámbitos de autodeterminación de diferente magnitud y, por consiguiente, distintos grados de culpabilidad, que corresponden a distintas razones que estrechan o amplían la autodeterminación.

De allí que la culpabilidad sea un concepto eminentemente graduable”.<sup>69</sup> Puesto que la presencia de la previsibilidad sobre las mismas acarrea la falta de cuidado debido, como por ejemplo la ingesta de fármacos, como por ejemplo la presencia de somnolencia y déficit de atención los cuales son previsibles.

En esta misma línea debe considerarse la existencia de situaciones en las que debido a la demanda de trabajo, pueden producirse condiciones en las cuales la o el servidor labora un periodo de tiempo superior a las doce horas, si bien tal consideración se encuentra taxativamente prohibida, debido a la inviabilidad de pago por horas suplementarias superiores a cuatro horas de conformidad al artículo 114 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ello no inhibe la realidad material de su existencia.

En este caso, es importante analizar si la conducta sujeta de sanción, como por ejemplo el indebido desarrollo de actividades se encuentra intrínsecamente relacionada con la alteración de la atención primaria, que bien puede desembocar en elementos tales como el error de cálculo.

Si bien tal condición es ampliamente previsible dentro de la gestión administrativa su presencia no está vinculada a la voluntad de la o el servidor, sino al cumplimiento de órdenes superiores convirtiéndose de tal forma en irresistibles.

En este sentido sí bien la legislación ecuatoriana establece la potestad de poder mostrar oposición al cumplimiento de dichas disposiciones,<sup>70</sup> la realidad material difiere que tal actuación resulte en efecto viable, pudiendo bien acarrear consecuencias negativas, por lo que debido a la fatiga producida en la o el servidor la obtención de productos de calidad óptima<sup>71</sup> se torna difusa, por lo que debe considerarse el mismo

---

<sup>68</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal: parte general*, vol. 4 (Buenos Aires: Ediar, 1999), 175.

<sup>69</sup> *Ibid.*, 176.

<sup>70</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 22 literal d.

<sup>71</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 5.

como elemento de atenuación de la responsabilidad dada la falta de relación de la disposición sobre los factores circundantes al cumplimiento de la misma.

En tal virtud se debe considerar que la presencia de tales condiciones no desaparece la existencia de la afectación por el indebido desarrollo de actividades o para el ejemplo antes citado de la óptima calidad del producto esperado,<sup>72</sup> en razón de lo cual la exposición de tal nivel de fatiga metal<sup>73</sup> que intrínsecamente acarrea la alteración de la atención debe regresar a ver hacia la autoridad que emitió tan disposición, que más allá de considerarse un irrespeto al catálogo de derechos que circunda a las y los servidores públicos, se ve expuesta a la presencia de tales carencias.

Por lo tanto la apreciación de tales condiciones se sitúa como mecanismo de imputabilidad disminuida respecto a la o el servidor público, que ejecutó la actuación o cometimiento de la conducta sujeta a responsabilidad administrativa.

No obstante es importante destacar que tales condiciones deben ser en efecto probadas, lo que genera una mayor complejidad debido a que el nivel de dificultad de la labor encomendada se encuentra supedita a la subjetividad del juzgador, que encuentra asidero sobre la propia experticia de este, tal apreciación es recogida en la doctrina del derecho penal al mencionar:

Desde otra perspectiva, se sostiene por la teoría llamada de los "*distintos niveles de incidencia*" (*Stellenwerttheorie*) que la pena adecuada a la culpabilidad se puede, y por lo tanto, se debe, determinar puntualmente, es decir, en un punto preciso del marco penal abstracto contenido en la ley. Los fines preventivos por el contrario se deben considerar sólo en relación a la determinación de la especie de pena a aplicar, cuando el delito cometido prevé penas alternativas, o cuando se deba decidir sobre la suspensión condicional de la pena.<sup>74</sup>

La presencia de esta imputabilidad disminuida, no inhibe la propia ausencia de la oposición al cumplimiento de la disposición debido a las condiciones reales, por lo que no genera la inimputabilidad total respecto a la o el servidor, toda vez que siendo previsible la legislación ha establecido el mecanismo legal idónea para obrar en tales casos, más allá de la viabilidad que a la misma se otorgue.

Por lo que descartar completamente la presencia de culpabilidad por lo actuado, no encuentra sustento suficiente, debiendo apreciarse el nivel de responsabilidad en base

---

<sup>72</sup> Cassagne, *Derecho administrativo*, Vol. 2, 82.

<sup>73</sup> Nelson Pozo Silva, *Imputabilidad penal y mente*, Colección Derecho y sociedad (Santiago: ARCIS, Universidad de Artes y Ciencias Sociales, 2010), 62.

<sup>74</sup> Enrique Bacigalupo, *Derecho penal y el estado de derecho* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 118.

al principio de proporcionalidad a fin de determinar la sanción que ha corresponder en tal caso.

### 3.2.5. De la sanción

La sanción vista como la repercusión producida a raíz de la comisión de una conducta restringida,<sup>75</sup> no resulta ser la única finalidad que persigue sino además el efecto de prevenir la comisión de tales conductas consideradas como restringidas, tal como las consideraciones que se encuentran recopiladas dentro de la teoría de prevención.<sup>76</sup>

En este sentido es notoria que la pena además de otros elementos encuentra una justificación la cual puede comprenderse cuando: “La pena se *justifica* por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible [...]”.<sup>77</sup> Lo que transmite una forma de autorregulación para el mantenimiento de la misma sociedad

En este sentido apreciando como la retribución por el daño o perjuicio cometido, dentro de la potestad disciplinaria similar a la pena ampliamente desarrollada en la legislación penal, donde por ejemplo existe el planteamiento del autor Marco Terragni, quien expone que es la posibilidad de imponer una pena, como consecuencia general por la comisión de una actuación antijurídica y culpable,<sup>78</sup> como retribución negativa debido a la comisión de una conducta contraria al ordenamiento jurídico.

Esta situación, dentro del procedimiento administrativo: “Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal [...] Se distinguen estas sanciones de la pena propiamente dicha por un dato formal, la autoridad que las impone [...]”.<sup>79</sup> Elemento que dentro del procedimiento disciplinario concibe las sanciones disciplinarias: “nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su

---

<sup>75</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 149.

<sup>76</sup> Roxin, *Derecho penal parte general*, 95.

<sup>77</sup> Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal*, 47.

<sup>78</sup> Marco Antonio Terragni, *Culpabilidad penal y responsabilidad civil* (Buenos Aires: Hammurabi, 1981), 211.

<sup>79</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 149.

estructura organizativa, tanto personal como patrimonial".<sup>80</sup> Orientando por lo tanto la finalidad que persigue la sanción disciplinaria.

De lo que puede colegirse que la finalidad de la sanción disciplinaria no es otra que el resguardo de la misma administración o institución, procurando así la manutención de estándares deontológicos, eficacia administrativa así como la propia estructura de funcionamiento de esta, lo que a su vez se ve reflejado en su eficaz funcionamiento, en tal virtud más que un mecanismo de represión indiscriminado, es necesario apreciarlo como medio para impedir la generación de las conductas perjudiciales.

En este sentido dada claridad respecto a su finalidad que persigue la imposición de la sanción disciplinaria, está la vez adquiere la misma complejidad que guarda la determinación de la conducta; el establecimiento de una determinación valorativa ocurrida a partir de carencia de puntualización de los casos en que ha de ser impuesta acarrea consigo la inobservancia de principios como el de legalidad, tipicidad, entre otros, siendo necesario el establecimiento de una previsibilidad jurídica respecto a la sanción imponible, al respecto debe considerarse que:

Las sanciones que traen causa o se enmarcan en una *relación supremacía especial*, concepto del que se ha abusado para burlar las garantías a que debe estar condicionado todo poder represivo.

Dentro de estas [...] destacan las sanciones funcionariales y corporativas normalmente denominadas *sanciones disciplinarias*. Sin embargo, debe notarse que la circunstancia de operar en el seno de una relación especial de poder no significa que su régimen de garantías debe ser sustancialmente distinto de aquellas otras previstas en la legislación general o sectorial administrativa [...].<sup>81</sup>

La imposición de la sanción debe apreciar en sí las connotaciones generales que circundan la misma, tal como la presencia del principio pro administrado, desarrollado en la legislación penal como *pro reo*, claro está que, en materia de derecho administrativo, posee una amplitud distinta abarcando entre otras connotaciones la consideración de favorabilidad respecto a la sanción a ser impuesta a la o el servidor público dentro del procedimiento disciplinario.

Así como el principio de proporcionalidad y principalmente el *nullum crime, nulla poena sine preavia lege*, en concordancia al principio de *lex certa* representa la necesidad que la sanción se encuentre previamente establecida como efecto retributivo por la comisión de una conducta específica, tal como lo determina la Constitución de la

---

<sup>80</sup> Cassagne, *Derecho administrativo*. Vol. 2, 438.

<sup>81</sup> José Ramón Parada Vázquez, *Derecho administrativo I* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 465.

República del Ecuador, en su artículo 76 numeral 3 al establecer: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”.<sup>82</sup> Al contener tal expresión de prevista, no solo expone la improcedencia debido a la ambigüedad de la ley.

Sino, además, la necesidad de una poseer un debida de la previsibilidad de la sanción a ser impuesta, conforme a lo expuesto en líneas anteriores, es decir la determinación sin lugar a duda de la viabilidad de imponer una de estas sanciones en base a la conducta previamente establecida, configurándose por lo tanto la tipificación correspondiente.

Al respecto dentro de la legislación ecuatoriana se encuentran establecidas tres tipos de sanciones a ser impuestas debido a ocurrencia de faltas leves, siendo estas la amonestación verbal, la amonestación escrita y la amonestación pecuniaria, conforme se desprende de lo establecido en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Servicio Público,<sup>83</sup> cuyo nivel de reproche diferencia entre cada una de estas.

Cuyo nivel de afectación procede de manera gradual, siendo la sanción pecuniaria la que mayores efectos produce, toda vez que a más de los efectos que producen las otras dos, genera a la vez una afectación a la remuneración percibida por la o el servidor público, pudiendo alcanzar hasta el diez por ciento de esta, por lo que su aplicación afecta un derecho económico.

A la luz de lo cual el nivel de sanción que produce es mucho mayor, debiendo recordar que respecto al principio de proporcionalidad este “se formuló como regla del derecho penal en los orígenes modernos de este, declaración de derechos del hombre y del ciudadano 1789, artículo 9, ‘pena estricta y evidentemente necesarias’, conceptos que pasan literalmente al artículo 8° del a Declaración Universal de los Derechos Humanos [...] Supone una correspondencia entre la infracción y la sanción [...]”.<sup>84</sup> Por lo que debe comprenderse los casos especiales en los cuales su aplicabilidad encuentre asidero suficiente para su existencia.

Por lo que la mera interpretación subjetiva de la autoridad administrativa que conoce el asunto, no resulta elemento suficiente para sustentar su aplicabilidad, dado que tal proceso de interpretación en contraposición al derecho a percibir una remuneración no

---

<sup>82</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76 num. 3.

<sup>83</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 42.

<sup>84</sup> Cassagne, *Derecho administrativo*, Vol. 2, 166.

arroja asidero suficiente para su propia aplicación, siendo para tal efecto necesario un debido establecimiento de la sanción respecto a una conducta determinada, a través de una ley que genere su certeza jurídica.

Bajo este escenario en lo relacionado a la sanción aplicable debe considerarse que en la legislación ecuatoriana se han establecido cinco tipos de sanciones, dentro del régimen disciplinario siendo estas: amonestación verbal, amonestación escrita, sanción pecuniaria administrativa con motivo de las faltas leves y las sanciones de suspensión temporal sin goce de remuneración; y, destitución respecto a las faltas catalogadas como graves.

Es importante considerar que en la legislación ecuatoriana el régimen disciplinario mantiene una escisión catalogado por el tipo de falta siendo esta leve y grave, conforme a lo estipulado en la Ley Orgánica del Servicio Público donde establece: “Las faltas leves darán lugar a la imposición de sanciones de amonestación verbal, amonestación escrita o sanción pecuniaria administrativa o multa. [...] Las faltas graves darán lugar a la imposición de sanciones de suspensión o destitución, previo el correspondiente sumario administrativo”.<sup>85</sup> Como se aprecia a partir de la determinación del tipo de falta, se establece a grandes rasgos el tipo de sanción que ha de ser impuesta.

En este sentido si bien las faltas graves mantienen una debida tipificación, debido a que las conductas que han de ser catalogadas como faltas graves, se encuentra debidamente normadas en el artículo 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público,<sup>86</sup> lo cual no genera dilaciones respecto a la interpretación de las mismas, sin dar lugar a interpretaciones extensivas, siendo su sanción correspondiente la destitución.

Sin embargo, cosa contraria se observa a partir de la sanción suspensión temporal sin goce de remuneración, donde conforme la determinación de lo establecido en el artículo 87 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece: “la o el servidor podrá ser sancionado con suspensión temporal sin goce de remuneración, que no exceda de treinta días, cuando incumpliere con los deberes determinados en el artículo 22 o incurriere en las prohibiciones señaladas en el artículo 24 de la LOSEP [...]”.<sup>87</sup> Cuya redacción implica directamente una referencia a una segunda norma jurídica cuyo incumplimiento se consolida como elemento condicionante para la imposición de la sanción.

---

<sup>85</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 42.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, art. 42.

<sup>87</sup> Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 87.

A tal efecto puede notarse del literal b) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público que establece: “Ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores [...]”.<sup>88</sup> Como se puede apreciar cualquier actividad desarrollada durante la jornada laboral, que no corresponda a la misma, aún las más sencillas, son susceptibles de ser sujetas a sanción de suspensión sin goce de remuneración, en extremo drástico, no solo implica una falta al principio de proporcionalidad y razonabilidad, sino que además atañe a un perjuicio de carácter económico al servidor.

Como se aprecia la falta de determinación precisa respecto a la conducta que ha de ser sujeta de sanción, genera esta capacidad arbitraria de la administración a sancionar a las y los servidores con tamaño castigo, caso similar se observa con las faltas leves donde éstas, al carecer de determinación precisa<sup>89</sup> conforme a lo expresado en líneas anteriores, dado que conforme a lo establecido en el artículo 81 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que refiere:

Las faltas leves son las determinadas en el artículo 42 de la LOSEP y en los reglamentos internos, por afectar o contraponerse al orden interno de la institución, considerando la especificidad de sumisión y de las actividades que desarrolla. Los reglamentos internos en cumplimiento con lo dispuesto en el inciso anterior, conforme a la valoración que hagan de cada una de las faltas leves, determinarán la sanción que corresponda, pudiendo ser amonestación verbal, amonestación escrita y sanción pecuniaria administrativa.<sup>90</sup>

Sin embargo del artículo detallado se aprecia el establecimiento de estos tres tipos de sanciones, que acarrea el cometimiento de aquellas actuaciones difusamente descritas, entra en contradicción directa con el Código Orgánico Administrativo, que en su artículo 29 en su parte específica refiere: “A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa [...]”.<sup>91</sup> Pero al no encontrarse determinada la sanción correspondiente deja al libre albedrío del juzgador la determinación de la sanción que corresponde, a efecto de lo cual lo establecido en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>92</sup> en concordancia al artículo 81 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>93</sup> que producen la factibilidad de imponer una

---

<sup>88</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 24 literal b.

<sup>89</sup> Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 267.

<sup>90</sup> Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 81.

<sup>91</sup> Ecuador, *Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos*, Segundo Suplemento del Registro Oficial 353, 23 de octubre de 2018, art. 29.

<sup>92</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 42.

<sup>93</sup> Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 81.

amonestación verbal, tanto por el cometimiento de un atraso de algunos minutos, como el ausentarse a media jornada de labores.

Al no encontrarse en la ley el debido establecimiento de la proporcionalidad de la sanción, más allá de lo establecido en el artículo 16 del Código Orgánico Administrativo, que refiere: “Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses [...]”.<sup>94</sup> De cuya redacción salta a la luz sí la adecuación de los fines previstos en el ordenamiento jurídico permiten la libre determinación de una sanción al no establecerse la debida proporcionalidad como mecanismo para limitar el desenfreno o arbitrariedad al momento de determinar la sanción.

A tal efecto dentro del derecho penal se analiza con mayor detenimiento dicha perspectiva tal como lo ha expuesto el autor Jorge Zavala Baquerizo, considerando que dentro del proceso de criminalización de una conducta a fin de establecerse legislativamente se consideran aspectos como la lesividad, la personalidad del infractor y la finalidad<sup>95</sup>, elementos que se desarrollarán más adelante.

Ahora bien de la revisión tanto de la Ley Orgánica del Servicio Público, como del Reglamento General a la misma ley, no se aprecia una determinación clara respecto a las condiciones o situaciones en las que ha de ser implementada cada una de estas, tal como se desprende de los artículos 83 y 84 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, de cuyo contexto se aprecia la expresión: “Sin perjuicio de que las faltas leves según su valoración sean sancionadas con amonestación escrita [...]”.<sup>96</sup> Elemento que se encuentra reiterado respecto a la amonestación pecuniaria, sin embargo no se aprecia tanto del mismo cuerpo normativo como de la Ley Orgánica del Servicio Público, elemento que oriente respecto a dicha valoración.

En lo referente al procedimiento disciplinario, no se contempla el establecimiento de una fórmula o cálculo respecto a la determinación del efecto punitivo de la sanción a imponerse en razón del cometimiento de faltas leves de carácter administrativo, por lo que considerando que conforme el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, se estableció como garantía básica del debido proceso el que: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*, art. 16.

<sup>95</sup> Jorge Zavala Baquerizo, *El debido proceso penal* (Quito: Edino, 2002), 116.

<sup>96</sup> Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 83.

infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; *ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley [...]*".<sup>97</sup> La falta de determinación respecto al tipo de sanción a imponerse también repercute en una afectación al debido proceso, toda vez que somete al administrado a la expectativa y la incertidumbre.

Conforme las líneas anteriores, a fin desarrollar una efectiva protección, así como garantizar el derecho a un debido proceso y la seguridad jurídica, resulta necesario la determinación a nivel normativo de la sanción aplicable a cada caso, es decir generando las situaciones jurídicas concretas<sup>98</sup> donde el servidor o servidora pública en el caso conforme la legislación ecuatoriana, pueda conocer de manera concreta los connotaciones jurídicas que rodean e influirán respecto a la potestad sancionadora, así como los efectos jurídicos que han producirse en tales casos.

---

<sup>97</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76. Énfasis añadido.

<sup>98</sup> Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 267.

## Capítulo segundo

### Los tipos administrativos en la potestad disciplinaria y los principios aplicables

Con la construcción del tipo administrativo expuesta atrás, su aplicación se encuentra directamente vinculada con las infracciones administrativas conforme a lo establecido en el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo establece: “Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva”.<sup>99</sup> De cuyo contexto se aprecia el encausamiento respecto al establecimiento de una tipificación, es decir la necesidad que las acciones u omisiones deben encontrarse debidamente establecidas en la Ley, a fin de resulte procedente la imposición de una sanción.

Considerando que el procedimiento administrativo sancionador se rige por multiplicidad de principios, que procuran generar un debido resguardo y protección de las personas incurso al encausar en debida forma su proceder, resulta necesario traer a consideración el cambio realizado con la Constitución de la República del Ecuador, expedida en 2008, en su artículo 1 estableció: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social [...]”.<sup>100</sup> Esto marcó un cambio en el Estado, que puede ser comprendido, de acuerdo con Ramiro Ávila Santamaría, para quien:

En el estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales.<sup>101</sup>

lo que determina, un cambio completa en la manera bajo la cual se rige el actuar del Estado, supeditando todas sus actuaciones al catálogo de derechos establecido, tal

---

<sup>99</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 29.

<sup>100</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 1.

<sup>101</sup> Ramiro Ávila Santamaría, Alberto Acosta, y Esperanza Martínez, *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*, (Quito: Abya-Yala, Universidad Politécnica Salesiana : Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 122.

como se desprende del artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador,<sup>102</sup> determinando que todos los derechos así como principio son inalienables e indivisibles entre otras premisas.

Al plantearse su inalienabilidad resulta en virtud imposibilidad de sus pérdida, elemento vinculado ampliamente a los derechos humanos, aquella característica que origina el nacimiento de los derechos a partir de su propia calidad humana, relacionada al factor de la dignidad del mismo.

Por lo que de entre los principios inherentes al resguardo de tal consideración encontramos, entre los principales con relación al tema antes mencionado los siguientes: legalidad establecido en la legislación ecuatoriana como el principio de juridicidad, tipicidad ampliamente explicado en líneas anteriores, seguridad jurídica, debido procedimiento establecidos a nivel constitucional dentro de nuestra legislación, así como al de proporcionalidad directamente relacionado con lo principios antes mencionados.

De igual forma aunque no se encuentra desarrollado dentro de la materia del derecho administrativo cabe realizar ciertas puntualizaciones respecto al principio de oportunidad debido a la trascendencia que este ha representa en la doctrina penal,

Por lo tanto a efecto de poder desarrollar un esquema de funcionamiento del tipo administrativo dentro del procedimiento disciplinario resulta necesario apreciar principios tales como el de legalidad y tipicidad, con los cuales retratan los parámetros a considerar para su plena aplicación, y construcción adecuada de las normas de carácter restrictivo y punitivo.

Los principios de seguridad jurídica y debido procedimiento que sí bien pueden ser apreciados como limitantes al poder del Estado, también son considerados como garantías de las personas a fin de evitar la desproporción en las actuaciones de este y su apreciación desde la óptica del principio de proporcionalidad.

Principios entre los cuales se propicia un esquema de funcionamiento que en lugar de perseguir un cuadro inquisitivo, permite su adecuación como esquema que propicie un funcionamiento más eficiente y eficaz de la construcción de tipo administrativo, así como apreciar los parámetros de derecho respecto a los cuales ha de regirse su aplicación.

De igual manera otro de los principios que tienen su asidero en el derecho penal, es el de oportunidad misma que permite la reconsideración de aplicación del esquema sancionador, sin embargo, en el esquema administrativo encuentra consideraciones

---

<sup>102</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, num. 6.

diferentes pero debido a su trascendencia ha resultado de trascendencia su análisis en su relación con materia disciplinaria.

Por lo que el análisis de tales principios resulta necesario realizarlo desde una visión amplia, dando desde el derecho penal como desde el derecho administrativo que permita su apreciación desde una perspectiva general y su mecanismo de aplicación en el tipo administrativo.

## **1. Principios de legalidad y tipicidad**

El principio de legalidad que influye de manera impositiva que toda actuación administrativa debe encontrar un respaldo de carácter normativo, en cuyo sentido tomamos la máxima latina que refiere: *quae non sunt permissa, prohibita intelligentur*. lo que repercute de manera frontal en la motivación de las actuaciones de la administración pública, so pena de su nulidad.

En este sentido la actuación administrativa debe respetar la existencia de norma jurídica previa *ley previa*, así como grado de certeza *lex certa* que determine su actuar, como mecanismo de protección de las personas ante la actuación de la administración pública.

En este sentido, los actos administrativos desfavorables resultan particularmente atados a este aspecto, toda vez que impide la incursión en arbitrariedades o indiscriminado ejercicio de fuerzas contra los administrados, constituyéndose en una medida de protección hacia estos,

Desde otra perspectiva la sanción administrativa como medida de retribución por la responsabilidad por el cometimiento u omisiones contrarios a la normativa legal o el debido actuar de las y los servidores públicos, este gravamen impuesto a soportar por la concepción nacida del contrato social.

Ahora bien debe considerarse que los actos desfavorables, por su connotación gravosa hacia las personas, deben sujetarse con mayor medida a los aspectos de la certeza de la norma *lex certa*, debiendo por lo tanto la norma jurídica contener de manera precisa el comportamiento que ha de ser sujeto al mismo y de igual forma exponer de manera concisa la repercusión jurídica o sanción que ha de ser impuesta, lo que restringe la interpretación extensiva.

En este sentido el otro elemento necesario se encuentra constituido en la existencia de la norma anterior a la imposición de la sanción *lex previa*, este elemento guarda

relación con *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, adquiriendo su atadura con el principio de tipicidad.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó lo siguiente: “La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y ‘de antemano’, las ‘causas’ y ‘condiciones’ de la privación de la libertad física.

Adicionalmente exige su aplicación con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la ley”.<sup>103</sup> Refiriendo aquella característica antes mencionada respecto a las condiciones menester para la adecuación bajo el tipo.

Debiendo considerar a tal efecto que el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estableció: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.<sup>104</sup> En virtud de lo cual toda persona debe ser juzgada bajo las mismas premisas ante la ley, repercutiendo en resultados iguales cuando las condiciones son las mismas.

En este sentido, se refleja ampliamente que la potestad estatal para castigar se encuentra limitada o delimitada por los principios y derechos de las personas, que guarda relación con el artículo 11 numeral 2 del mismo cuerpo normativo, que refiere: “Nadie será declarado culpable de delito penal alguno por cualquier acto u omisión que en el momento en que se cometió no constituyese delito penal con arreglo al derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena mayor que la que se aplicaba en el momento en que se cometió la infracción penal”.<sup>105</sup> Lo cual se encuentra intrínsecamente atado al principio de tipicidad, que como recordaremos proscribiremos que todo acto u omisión para ser susceptible de sanción debe encontrarse debidamente prescrito en una ley.

Como se explicó con anterioridad el principio de tipicidad exige que la conducta se encuentre debidamente establecida, debiendo por lo tanto contener dentro de su redacción los elementos a los que debe adecuarse la conducta a fin de incursionar en

---

<sup>103</sup> Corte IDH, “Sentencia de 3 de febrero de 2020 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador*, 3 de febrero de 2020, párr. 61, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_399\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_399_esp.pdf).

<sup>104</sup> México, ed., *Colección del sistema universal de protección de los derechos humanos*, 17.ª ed. (Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012), 124.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, 125.

culpabilidad, ante ello es importante considerar que el establecimiento de estos tipos que reflejan el aspecto de antijuridicidad de la conducta.

## **2. Principios de seguridad jurídica y debido procedimiento**

El principio de seguridad jurídica estrechamente vinculado a los principios expuestos en líneas anteriores, refiere la certeza del administrado a poder prever las actuaciones de la administración pública se encuentre sujetas a la ley.

En materia de derecho administrativo, en este sentido guardar gran vinculación con el principio de legalidad, el principio de seguridad jurídica que adquiere la connotación de derecho tal como se desprende del antes citado artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

Con esta premisa puede notarse una ligera diferenciación entre los principios citados, toda vez que sí bien el principio de legalidad se convierte en un mecanismo de control y regulación del actuar de la administración pública, en todas sus actos tanto aquellas que influyen sobre los administrados, como aquellas que vienen relacionados al propio funcionamiento de la administración.

Mientras que el principio de seguridad se constituye en el derecho de la persona en que los actos desarrollados por la administración que influyan sobre los administrados, se realicen con respeto a la normativa aplicable cada caso, influyendo reiteradamente sobre las mismas con certeza y previsibilidad, así como apego a la ley.

Al respecto, el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo establece que el principio de seguridad jurídica consiste en lo siguiente: “Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad [...] La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro”.<sup>106</sup> De cuyas líneas podemos encontrar la expresión de certeza y previsibilidad, el primero de estos visto como *lex certa*.

---

<sup>106</sup> Ecuador, *Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos*, art. 22.

Sin embargo al hablar de criterios debe notarse que tal concepción se origina respecto al proceso analítico desarrollado por la administración, durante el proceso de formulación de la voluntad administrativa.

Lo que representa que la administración pública debe formular su actuación atada a otras connotaciones relacionadas con el principio de eficiencia y eficacia, así como protección de los derechos humanos de las personas, saltando a la luz aspectos tales como distinciones dentro del principio de igualdad material ante la ley, que confluyen durante este proceso de formulación de la voluntad administrativa.

No agotándose con esta consideración la protección de los derechos de las personas, más aun en los casos de derechos humanos, sino que por el contrario este criterio de certeza, debe observar en todo momento el catálogo de derechos establecido, como elemento razón de la propia existencia del Estado.

Debiendo considerar que el antes citado artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador, estableció: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes [...]”.<sup>107</sup> Relacionado por lo tanto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ahora bien, en este sentido debe considerarse que tal previsibilidad se encuentra relacionada con la naturaleza de los derechos humanos y derechos fundamentales, los primeros son de aplicación directa, mientras que los segundos se encuentran relacionados con la existencia del derecho dentro del ordenamiento jurídico.

Al efecto el autor Luigi Ferrajoli manifiesta: “La previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es, en suma, condición de su existencia o vigencia en aquel ordenamiento, pero no incide en el significado del concepto de derechos fundamentales”.<sup>108</sup> En este sentido la previsibilidad respecto al actuar de la administración pública, debe regirse por las connotaciones o regulaciones expedidas respecto al derecho fundamental materia de su actuación.

No obstante, conforme se aprecia del segundo inciso del artículo 22 del Código Orgánico Administrativo,<sup>109</sup> las expectativas de las personas adquieren justamente esta

---

<sup>107</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 3.

<sup>108</sup> Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4.ª ed. (Madrid: Trotta, 2009), 20.

<sup>109</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 22.

característica de prever la decisión de la administración, elemento que guarda relación con la norma aplicable al caso, es decir la protección y garantía de los derechos de las personas, así el poder apreciar las imposiciones de gravámenes tales como las sanciones administrativas.

Ahora bien, este principio se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho al debido proceso, a tal efecto la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado manifestando lo siguiente:

Por su parte, el derecho constitucional al debido proceso en la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, se constituye en un derecho que posee una relación directa con la seguridad jurídica, en tanto estos dos derechos de forma conjunta amparan que las personas dentro de un proceso de cualquier orden, cuenten con la garantía de que la normativa previa será aplicada adecuadamente por parte de las autoridades judiciales.<sup>110</sup>

Lo que particulariza la aplicación de la certeza de la norma a ser aplicada como parte del principio de legalidad y seguridad jurídica, antes mencionado, en este sentido es importante considerar que conforme a lo manifestado en la Constitución de la República del Ecuador, donde en su artículo 76 refiere: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas[...]”.<sup>111</sup> Por lo que la protección al debido proceso se encuentra resguardado a un nivel constitucional, determinando dentro de sus estipulaciones múltiples parámetros bajo los cuales debe regirse cualquier proceso, conforme lo referido en el artículo expuesto anteriormente.

Debido a la estrecha relación que guardan ambos principios, la afectación a uno atañe directamente sobre ambos en conjunto, es decir: “Por consiguiente, la vulneración del derecho a la seguridad jurídica puede generar a su vez la vulneración al derecho al debido proceso en la garantía señalada [...]”.<sup>112</sup> Consideración expuesta por la Corte Constitucional del Ecuador.

Al efecto resulta importante considerar lo manifestado por el autor Jorge Zavala, quien respecto al debido proceso conceptualiza lo siguiente: “Entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales

---

<sup>110</sup> Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 063-15-SEP-CC”, en *Caso n.º: 1119-11-EP*, de 11 de marzo de 2015, 7.

<sup>111</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76.

<sup>112</sup> Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia Nro. 225-16-SEP-CC”, en *Caso n.º: 1647-13-EP*, de 20 de julio de 2016, 20.

aprobadas previamente, así los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal [...]”.<sup>113</sup> Esta perspectiva aplicada respecto al derecho penal, trasciende dicho campo del derecho de conformidad a lo contenido en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador antes citado.

En este sentido, resulta importante definir lo que es el procedimiento administrativo el cual para el autor Ramón Parada consiste en: “El procedimiento administrativo – equiparable en términos sustanciales con el procedimiento judicial, pues se trata en ambos casos de un conjunto de actividades y actuaciones previas a la emisión de una resolución o acto típico de las corrientes funcionales [...]”.<sup>114</sup> De cuya redacción notamos esta símil entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo, no obstante debe considerarse que debido a la mutabilidad de este último.

Así como la amplitud de casos y requerimientos, además de los múltiples principios que abordan el mismo, tal como el principio de informalidad a favor del administrativo, proporcionalidad, eficiencia y eficacia administrativa, además de otros que confluyen en el mismo, por lo que resulta compleja la determinación fases esquemáticas y sistemáticas para su desarrollo.

A tal efecto resulta algo más viable la consideración planteada por el autor Gabino Fraga, quien refiere respecto al procedimiento administrativo que el mismo consiste en: “Ese conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo es lo que constituye el procedimiento administrativo [...]”.<sup>115</sup> Sin embargo no por ello puede desvirtuarse la concepción anterior.

Dada esta variabilidad en dentro de dicho procedimiento la estricta sujeción a fases o momentos claramente definidas con anterioridad, puede repercutir en la inviabilidad o complejizarían del mismo, para muestra de ello podemos notar lo establecido en el artículo 258 del Código Orgánico Administrativo, que refiere: “Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resulta modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello, a la o al inculpado en el dictamen[...].”<sup>116</sup> En este sentido es notorio que previo a la expedición de la resolución

---

<sup>113</sup> Jorge Zavala Baquerizo, *El debido proceso penal* (Quito: Edino, 2002), 25.

<sup>114</sup> Ramón Parada, *Derecho administrativo I parte general* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 198.

<sup>115</sup> Gabino Fraga y Manuel Fraga, *Derecho administrativo*, 40.ª ed. (México: Editorial Porrúa, 2000), 255.

<sup>116</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 258.

administrativa, pueden confluír elementos que pueden modificar completamente la decisión a adoptarse.

A pesar de lo expuesto, acerca de la ausencia de una línea sistemática de fases o etapas, debe notarse que el procedimiento administrativo, mantiene consigo toda esta carga jurídica a la cual debe apegarse, sin embargo ello lo referido no resulta en argumentación suficiente para inhibir el cumplimiento del ordenamiento jurídico, así como los principios que orientan su aplicación.

Por lo que el debido procedimiento se enfatiza precisamente es este cumplimiento normativo y proteccionismo a los derechos de los administrados, debiendo ambas acompañar el desarrollo del mismo.

Con estas premisas en materia del presente estudio debe destacarse que dentro del procedimiento administrativo sancionador por régimen disciplinario existen ciertas garantías establecidas en el artículo 248 del Código Orgánico Administrativo, de cuyo contenido destaca el numeral segundo que refiere: “En ningún caso se impondrá una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento”.<sup>117</sup> De cuyo contexto se aprecia la modificación de debido procedimiento por la denominación del necesario procedimiento.

De cuya redacción surge la duda respecto a que debería considerarse como procedimiento necesario, por lo que, pese a su falta de determinación concreta, no genera desvinculación alguna respecto al derecho al debido proceso establecido en la Constitución de la República del Ecuador, dado que considerando lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que:

La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.<sup>118</sup>

En este sentido se colige que el proceso necesario, resulta a partir de la aplicación del debido procedimiento, que en este caso resulta debe encontrarse enmarcado en el cumplimiento de las garantías y medidas de proteccionismo establecidas, tomando por lo

---

<sup>117</sup> *Ibíd.* art. 248 num. 2.

<sup>118</sup> Corte IDH, “Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, 2 de febrero de 2001, párr. 125, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf).

tanto el precepto de necesario el cumplimiento de las mismas como característica indispensable para la plena validez del procedimiento actuado.

En esta misma línea de pensamiento cabe apreciar lo establecido en el numeral tercero artículo 248 del Código Orgánico Administrativo, que establece: “El presunto responsable por ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pueda imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia”.<sup>119</sup> Del cual surge la incongruencia, ante la falta de ley que determine la sanción que se pretende imponer dentro del procedimiento disciplinario.

Lo que a su vez representa la formulación de una interpretación subjetiva desde antes de la expedición de la resolución, lo que representaría la existencia de un prejujuicio desde antes del agotamiento del procedimiento y por ende la formulación adecuada de la voluntad administrativa, lo que a su vez se recae en un incumplimiento al derecho a la seguridad jurídica del imputado.

### **3. . Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad persigue el establecimiento razonable entre la conducta cometida y la sanción a ser impuesta, visto como el debido equilibrio entre ambas nociones.

Dentro de la legislación ecuatoriana de conformidad al artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, se estableció que: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.<sup>120</sup> En este sentido es importante recordar que la sanción administrativa, debido a su carácter de afectación se encuentra en escenarios en los cuales afecta otros derechos por lo que la proporcionalidad de la misma, se encuentra estrechamente ligada al derecho a la seguridad jurídica.

En este sentido, Carlos Bernal Pulido plantea la existencia de una suerte de tres subprincipios: el primero de estos, la idoneidad, la que refiere a que la intervención a los derechos fundamentales debe encontrarse orientada hacia el alcance de los fines constitucionalmente establecidos.

---

<sup>119</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 248 num. 3.

<sup>120</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76 num. 6.

La segunda, la necesidad, resulta en la justificación respecto a la intervención de los derechos fundamentales, que debe encontrar su asidero en conseguir el mismo fin que la idoneidad.

Finalmente el tercero inherente a la proporcionalidad, a partir del cual se desprende, este proceso de ponderación entre las ventajas de intervención a derechos fundamentales, debiendo considerar a la vez el perjuicio de dicha intervención.<sup>121</sup>

El planteamiento antes expuesto es recogido por la Corte Constitucional del Ecuador, tal como se aprecia de la sentencia Nro. 025-16-SIN-CC, dentro del caso Nro. 0047-14-IN, en el cual se realizó un test de proporcionalidad respecto a la sanción establecida mediante disposición transitoria segunda, denominada Régimen Sancionatorio de la Ordenanza Municipal Nro. 047, la cual determinaba que una multa de veinte salarios básicos unificados y la inhabilitación durante el lapso de cinco años al infractor debido al cometimiento de la prestación de servicio de taxi sin contar con la habilitación correspondiente, en este sentido la sentencia expuesta manifestó lo siguiente:

Tras haber determinado que las medidas normativas objeto de análisis, persiguen un fin constitucionalmente válido y previsto, corresponde examinarlas a la luz de los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad[...]al examen realizado en el marco del test de proporcionalidad, se desprende que las sanciones que acarrear las infracciones administrativas previstas en el primer punto de la disposición transitoria segunda de la Ordenanza Municipal N.º 047, no tienen una medición razonable de sus consecuencias ni es producto del establecimiento gradado entre las lesiones que pueda ocasionar el cometimiento de la infracción administrativa y la reacción punitiva de su sanción; es decir, que la norma **in examine** vulnera el principio constitucional de proporcionalidad de las sanciones, contenido en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República, debiendo el Concejo Municipal de Quito tipificar la infracción administrativa[...].<sup>122</sup>

Lo cual, en atención a lo planteado por el autor Robert Alexy, refiere la existencia de situaciones en las cuales dos principios de derecho se encuentran en conflicto; en cuyo caso resultan apreciables tres rangos a los cuales asigna la denominación de leve, medio y grave, siendo esta la medida de no satisfacción o en su defecto de intervención al principio respecto al cual se está tratando.

Cuya consideración se obtiene a partir del peso abstracto, lo que se utiliza en los casos donde entran en conflicto dos principios, debiendo destacar que del resultado de tal

---

<sup>121</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 4.ª ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 52.

<sup>122</sup> Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 025-16-SIN-CC”, *Caso Nro. 0047-14-IN*, 6 de abril de 2016, 12.

ejercicio no implica la desaparición o pérdida de tal principio, sino únicamente su no satisfacción dentro del caso concreto.<sup>123</sup>

De lo antes expuesto se desprende la doble direccionalidad de este principio uno normativo y el otro práctico, siendo el primero el planteado durante el proceso legislativo, es decir en la etapa de determinación de la sanción aplicable al hecho constitutivo de responsabilidad, mientras que el segundo refiere a su aplicabilidad dentro del caso concreto, es decir mientras se realiza el procedimiento desarrollado determinado en la resolución.

En este sentido, durante el procedimiento de formulación normativa que atañe a la creación del tipo no ha de perderse de vista lo que *per se* representa la sanción o pena, para cuyo efecto cabe recordar lo manifestado por el autor Mezger al plantear que esta consiste “en sentido estricto, según el derecho en vigor, *imposición de un mal proporcionado al hecho*, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido.[...]”.<sup>124</sup> De cuyo contenido se aprecia la utilización del término proporcionado, por lo que la adecuación de la sanción a una conducta determinada, ha de guardar relación con los subprincipios del principio de proporcionalidad.

En materia del procedimiento administrativo disciplinario sí bien el artículo 81 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, establece: “Las faltas leves son las determinadas en el artículo 42 de la LOSEP y en los reglamentos internos, por afectar o contraponerse al orden interno de la institución, considerando la especificidad de su misión y de las actividades que desarrolla. [...]”.<sup>125</sup> Cuya crítica ha sido expuesta en líneas anteriores, no en todos los casos refleja una auténtica estructura para el ejercicio de una adecuada proporcionalidad.

Dado que durante la expedición de tales reglamentos internos no se ven acompañados de una determinación de la proporción entre sanciones y conductas, se procura realizar la graduación de las sanciones en atención a la relevancia que institucionalmente sea apreciable, de acuerdo a la realidad material bajo la cual se desarrolla la institución.

---

<sup>123</sup> Robert Alexy, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministro de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 22.

<sup>124</sup> Edmund Mezger, *Derecho Penal* (Buenos Aires: Pellegrini, 1958), 354.

<sup>125</sup> Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 81.

No obstante tal consideración se encuentra sumida en la absoluta discrecionalidad, debido a la ausencia de modalidad alguna para la determinación del grado de afectación. En este sentido y considerando la doble dimensión del principio de proporcionalidad en su parte normativa, durante la determinación de las conductas dentro del reglamento interno debe mantenerse una atenta consideración respecto al grado de afectación al interés público.

Se debe puntualizar que si bien el interés público resulta en un concepto jurídico indeterminado, dada la multiplicidad de factores que pueden llegar a representar para la administración pública, su elemento de subyacente se constituye en la necesidad de activación o movilización de la administración pública.

Tanto como elemento que motiva la actuación de mecanismos de provisión de servicios públicos o de protección a los administrados, en este sentido se aprecia claramente que este interés público se encuentra encaminado a la satisfacción del interés general de la colectividad, por lo que se encuentra atado a la misión que se encuentra encaminada cada institución del Estado.

Resulta claramente apreciable que las obstrucciones producidas durante la ejecución de los procesos y procedimientos dentro del actuar administrativo, repercuten en una afectación al cumplimiento de dicho interés y por tanto, constituyen una afectación a la provisión de servicios públicos o el menoscabo de las gestiones a las que el mismo Estado se encuentra conminado en proveer y cumplir.

Sin embargo, resulta importante mencionar que tal nivel de perjuicio, no en todos los casos resulta igual, pudiendo representar menoscabo grave o leve, tal como se colige de lo determinado en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Servicio Público,<sup>126</sup> en este caso excluyendo los aspectos relacionados al procedimiento de sumario administrativo enfocado en el conocimiento de las faltas graves, es necesario tratar aquel que se colige de las faltas leves.

Como elemento inicial debe destacarse, que este nivel de perjuicio no puede ascender hasta la incursión bajo ningún parámetro a la desprovisión o paralización en la prestación de los servicios públicos, al encontrarse tal parámetro determinado como falta grave de conformidad al artículo 48 literal j) de la Ley Orgánica del Servicio Público.<sup>127</sup> Sin embargo, es necesario apreciar que múltiples actuaciones antinormativas que pueden repercutir en una afectación al interés público debido a su grado de interferencia con la

---

<sup>126</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 42.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, art. 48 literal j.

provisión de servicios públicos, resulta en una trascendencia o escala de afectación muy baja, en consideración al caso concreto.

Tales parámetros son susceptibles de ser determinados a partir de la escala de afectación a los bienes jurídicos de los administrados a los cuales la administración pública se encuentra encaminada a proteger, por lo que debe considerarse si existe o no perjuicio a derechos de los administrados; y, en el caso de apreciarse tal elemento la consideración de su peso concreto en contraposición al nivel de afectación producido, a fin de determinar el grado del mismo.

Desde la perspectiva de la obligación que mantiene el Estado con respecto a la provisión de medidas y actuaciones necesarias para garantizar y proteger los derechos de las personas, esta concepción alcanza una esfera aún más profunda dados los elementos de gestión propios de la administración a fin de mantener una adecuada estructura de gestión u orden interno, que viabilice el desarrollo de las gestiones a que cada institución se encuentra encaminada, para cuyo efecto resulta de utilidad el apreciar la misión y visión de cada institución.

En este sentido a manera primigenia, haciendo uso de los elementos antes descritos, podemos plantearnos el ejercicio de intentar aproximarnos a la determinación del grado de afectación al interés público con la siguiente fórmula.

$$(ASx + CAx) + AGx =$$

Cuyo elementos se definen como AS afectación a los derechos de los administrados, como derechos subjetivos, CA como el comportamiento antinormativo incurrido por la o el servidor público, mientras que finalmente AG representa la afectación a la gestión interna de cada institución, sin embargo con la finalidad de arrojar mayor claridad sobre tales concepto, resulta necesario apreciar cada uno de forma puntual.

En tal virtud iniciando con el factor determinado como AS este representa la afectación a los derechos de los administrados, dentro de esta consideración a de asignarse un valor número, originado a raíz del perjuicio al derecho, sin embargo tal consideración no resulta del todo sencillo puesto que requiere la categorización de los derechos en consideración a su trascendencia, para tal efecto puede notarse la clasificación expuesta por el autor Luigi Ferrajoli, quien la siguiente clasificación:

[...] los *derechos humanos*, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo (conforme a la Constitución italiana), el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la

salud y a la educación y las garantías penales y procesales; los *derechos públicos*, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como (siempre conforme a la Constitución italiana) el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado; los *derechos políticos*, que son, en fin, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.<sup>128</sup>

el cual advierte la presencia de cuatro categorías, la primera el de derechos humanos, el segundo derechos públicos, el tercero derechos civiles y finalmente los derechos políticos. Igual consideración puede notarse en el planteamiento de generación de los derechos humanos, que encuentra tres categorías:

Los derechos de primera generación abarcan los derechos civiles y políticos, que consagran las así llamadas libertades fundamentales, como el derecho a la vida, la libertad de movimiento, de expresión, de reunión, o religiosa, así como los derechos políticos al voto, a ser elegido, a agruparse políticamente. [...] Los derechos de segunda generación son los económicos, sociales y culturales como el derecho a trabajar, a una remuneración digna, a la seguridad social, a la salud, a la educación, a un nivel de vida digno. [...]. Los de tercera generación, llamados también derechos de los pueblos, son en principio derechos difusos y abarcan el derecho a un medio ambiente sano, a la paz, al desarrollo sustentable, a la autodeterminación de los pueblos. [...]<sup>129</sup>

No obstante tales preceptos encuentran conflicto en lo relacionado a los principios de interdependencia e indivisibilidad debido a que estos: “[...] establecen relaciones necesarias entre los derechos, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados”,<sup>130</sup> sin embargo en el presente caso debe entenderse que la noción de las categorías antes mencionadas no implican la desacreditación de derecho alguno, menos aún permisión de su afectación, sino como mecanismo tendiente a generar una debida proporcionalidad entre la conducta y la sanción.

<sup>128</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 4.ª ed. (Madrid: Trotta, 2004), 40.

<sup>129</sup> Bonet de Viola, A. (2015). Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46(124), 21.

<sup>130</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al., eds., *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2014), 10.

En base al nivel de afectación o lesión a derecho puesto que sí bien la afectación es generada a la persona en su integridad y no en fracción, el nivel de perjuicio no es igualitario en todos los casos, como puede notarse que no es equiparable una afectación a la vida o integridad de los administrados en contraposición al ejercicio del derecho al voto.<sup>131</sup>

En este sentido debe considerarse la presencia de ciertos hechos cuya prosecución en el tiempo implica un empeoramiento de las condiciones de su propia afectación, nótese a tal efecto los casos inherentes al derecho a la salud donde la presencia de ciertas patologías ante la ausencia de tratamiento implicación un empeoramiento de la situación en la que se encuentra el administrado, así como aumento del grado de complicación del mecanismo de reparación, que en el caso de ejemplo plateado su tratamiento.

Tal elemento debe necesariamente originarse a raíz de la indebida o falta de prestación del servicio legalmente conminada a proveerse, toda vez que a efecto de la presente investigación se aprecia la responsabilidad individual de las y los servidores públicos y no desde la perspectiva de la gestión pública o política pública del Estado.<sup>132</sup>

Con tales apreciaciones, la presencia de clasificaciones como las antes indicadas permite de cierta manera generar una visión más amplia de la afectación y trascendencia de producirse en el caso de existir lesión a tales derechos, por lo que puede ser considerado como estándar para la valoración de la afectación producida a derechos, desde la óptica de “[...] la teoría absoluta, existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado”.<sup>133</sup>

A efecto de ello, el alcance de la lesión al contenido o núcleo de los derechos, no es igual en todos los escenarios, para lo cual se considera tres situaciones en las que presuntivamente podría producirse, la primera devenida de la ineficiencia o retardo en la provisión del servicio público, la segunda en la desprovición del servicio público siempre

---

<sup>131</sup> Sí bien frente a los derechos fundamentales y derechos humanos existencia multiplicidad de posición respecto a su escisión, a efecto de la presente investigación no se toma en consideración los planteamientos respecto al mecanismo de positivización de los mismo, sino únicamente su consideración respecto a su lesión debido a falta de respeto o protección, así como desatención al deber de facilitar y proveer.\*

\*Ibid., 5, 124.

<sup>132</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales: manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. (Nueva York: ONU, 2008), 13.

<sup>133</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 288.

que tal elemento sea susceptible de ser devuelto a la condición anterior a la lesión de manera posterior a su afectación.

Finalmente la afectación a derecho debido a la desprovición de servicio público que no es susceptible de ser devuelto a sus condiciones anteriores, el cual debido a su severidad y graduación, no corresponden al procedimiento disciplinario por falta leve, dada la severidad de la afectación, así como su vinculación a los derechos humanos, por lo que se encuentra mayormente vinculado a una falta grave.<sup>134</sup>

A efecto de lo anteriormente expuesto, debe considerarse que la lesión debe ser producida de manera directa a los derechos de los administrados, esto en razón de la prohibición de aplicación analógica o extensiva de la sanción, por lo tanto el ejercicio subjetivo de extender la conducta de manera forzada para alcanzar una categoría de afectación superior resulta en un desatino completo a una práctica legislativa adecuada, además de afectar garantías del debido proceso.

De igual forma el valor de CA o conducta antinormativa, ha de considerarse respecto al grado de incumplimiento a la normativa legal vigente, debiendo considerar que en base al principio de legalidad es necesario contemplar aquellas normas que alcanzan el rango de ley.

Para lo cual puede resultar de utilidad en el caso de la legislación ecuatoriana el orden jerárquico de las normas expuesto en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, iniciando desde la norma superior hasta llegar a la de menor jerarquía, conteniendo el siguiente orden: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”<sup>135</sup>, en base a lo cual permite apreciar el grado al cual asciende el comportamiento antinormativo.

De igual manera resulta de utilidad la concepción la valoración del peso específico del principio expuesta por el autor Robert Alexy,<sup>136</sup> así como lo planteado por el autor Ronald Dworkin al existir principios que no necesariamente han de establecer una condicionante, sino que proponen una línea de actuación a fin de adoptar una decisión.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial Suplemento No. 294, 6 de octubre de 2010, art. 48.

<sup>135</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 425.

<sup>136</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Colección El derecho y la justicia (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 89.

<sup>137</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1989), 76.

En este último caso la determinación de una contrariedad, respecto al cumplimiento de principios jurídicos se convierte en un acto de suma complejidad, puesto que como bien plantea el autor antes mencionado al referirse sobre el principio que ninguna persona puede lucrar de su propio dolo, recae sobre una universalidad demasiado amplia como para determinar dentro del proceso de valoración una conducta, por lo que resulta de mayor practicidad identificar la norma legal que contiene tal precepto y que a su vez se encuentra siendo contrariada debido a la conducta incurrida por el actor.

Sin embargo, dentro de la práctica ha de notarse la existencia de protocolos que han de ser adoptados dentro del cumplimiento de ciertas actuaciones, los cuales, si bien no alcanzan un rango de ley, debe apreciarse estos en virtud del fin que persiguen, fin que debe necesariamente encontrarse enmarcado en una norma legal, donde resulta indispensable aplicar un proceso de ponderación entre tal fin y la conducta o hecho acontecido.

Finalmente el factor AG que representa la afectación a la gestión, debe ser considerada en virtud de la amplitud bajo la cual se encuentra estructurada la institución, por lo que podemos notar tres esferas generales de gestión, la primera es una gestión institucional que es apreciable respecto a la misión y visión de la institución, donde la conducta que afecte de manera directa a esta representa una afectación grave, toda vez que inviabiliza el debido actuar de toda la institución vista como Ministerios o Secretarías, por ejemplo, debiendo considerar la existencia de otras instituciones, que mantienen en cierto grado una autonomía de gestión por lo que poseen sus propias misiones y visiones.

Bajo la cual encontramos las misiones de las unidades orgánicas de las propias instituciones vistas como direcciones o unidades, establecidas dentro de su estructura institucional, por lo que una conducta que afecte a la gestión o generación de productos dentro de la misma, que no logre de manera directa afectar a la misión o visión de toda la institución, puede considerarse como una afectación media.

De igual manera, resulta viable apreciar un comportamiento que contrarié o menoscabe el debido cumplimiento de responsabilidades u obligaciones de la o el servidor público, cuyos parámetros son susceptibles de determinación a partir de las condiciones estipuladas en el contrato y del perfil del puesto bajo el cual se desarrolla el mismo.

Es importante considerar que la afectación debe ser de manera directa a los rangos antes establecidos, toda vez que de manera indirecta a través de un ejercicio de valoración, no demasiado complicado, es posible relacionar en la mayoría de los casos todos los

grados de afectación antes mencionados, pudiendo una conducta alcanzar una consideración de grave.

Lo que en un ejercicio de valoración de afectación directa no lograría alcanzar, la concepción del cálculo indirecto somete a la subjetividad del juzgador, que puede dar lugar a un juicio que no en todos los casos se ajuste a la realidad material del hecho producido.

De igual forma ha de notarse que la trascendencia del perjuicio a un grado superior determina este rango de afectación de mayor consideración, sin embargo, no en todos los casos esta concepción generalizada ha de aportar una apreciación aceptable respecto al caso en concreto, por lo que con base en los elementos específicos de cada caso resulta susceptible de una reducción en la valoración del mismo, claro está que tales consideraciones deben encontrar un asidero pertinente.

En el ejercicio del procedimiento disciplinario es importante destacar la importancia del principio de proporcionalidad, el cual se encuentra materializado en el equilibrio entre la sanción en relación a la conducta cometida, para cuyo efecto se debe partir del análisis de los tres subprincipios del principio expuesto siendo estos el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Para tal efecto debe considerarse que la sanción per se representa un gravamen, por lo que ha de entenderse que el mismo responda en la medida necesaria evitando de tal forma la impunidad que acarrearía el recaer en la persecución de conductas contraria al ordenamiento jurídico y la incursión en sanciones que resulten exageradas.

Con esta línea ha de considerarse que las sanciones acarrear por si mismas la afectación al status de las y los servidores públicos, tal es el caso de la amonestación pecuniaria, la cual genera una afectación directa a la remuneración a ser percibida por estos, por lo que su imposición ha de sujetarse a un estricto ejercicio de razonabilidad, visto como la sujeción del catálogo de derechos que circundan tal procedimiento.

Al efecto resulta de utilidad considerar lo expuesto por el autor Allan Brewer, que menciona: “En definitiva, el derecho administrativo siempre se ha explicado por el juego dialectico de esos dos conceptos contrapuestos: prerrogativa administrativa y garantiza del particular, de manera que, como decía WALINE, por una parte se evita el inmovilismo y la importancia y por otra, la tiranía”.<sup>138</sup> Como una exposición clara respecto a tal equilibrio.

---

<sup>138</sup> Allan-Randolph Brewer Carías, *Derecho administrativo*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia ; Universidad Central de Venezuela, 2005), 198.

Claro está que bajo el principio de legalidad, la aplicación del principio de proporcionalidad, no aprecia un camino claro para su aplicación directa, toda vez que las conductas y su sanción correspondiente debería encontrarse legalmente establecida, por lo que la imposición de sanción alguna se encontraría en estricto apego a la normativa vigente. Sin embargo, debido al propio progreso tanto social como legal no necesariamente las figuras existentes responderían a una auténtica realidad material y/o formal de la simbiosis existente.

Por lo cual en determinados casos la aplicación de la sanción normativamente establecida resultaría desproporcionada resultado de la observancia ciega a uno solo de los principios, ya que repercute en la falta de consideración del catálogo restante de derechos y garantías, debiendo realizarse un ejercicio de ponderación siendo de gran utilidad la consideración expuesta respecto a la fórmula de colisión de principios expuesta en líneas anteriores, a fin de obtener un resultado materializado a través de la resolución que en efecto se ajuste a los precedentes que en derecho resultan necesarios.

A efecto de permitir una mayor claridad respecto a lo antes planteado, conviene generar una ejemplificación de su aplicación, por lo que el procedimiento desarrollado sometido a conocimiento del poder judicial que a continuación se detalla resulta de gran utilidad, cuyas consideraciones resultan en lo siguiente:

En lo principal, el accionante manifiesta que el 20 de noviembre del 2007, fue notificado con el Memorando No. 2007-116-RRHH-ÁREA, de fecha 14 de octubre del 2007, en que se le hace conocer la acción de personal No. 2007-0051-RRHH-ÁREA, de fecha 1 de noviembre del 2007, indicando que se le sanciona con el 10% de la remuneración mensual unificada, por no cumplir disposiciones superiores, según resolución constante en sumario del 2 de agosto del 2007. Que el 21 de noviembre del 2007, se le entrega el oficio No. 520-UCA-JA-07, con fecha 1 de noviembre del 2007, suscrito por el Jefe del Área de Salud de Azogues en el que dispone la elaboración de la Acción de Personal en su contra, justificando en lo siguiente: “En virtud de las disposiciones constantes en los sumarios de las reuniones de área y al no haber acatado el hecho de mantener los teléfonos celulares apagados durante el transcurso de dichas reuniones, provocando con ello interrupciones en el desarrollo de las mismas [...]”<sup>139</sup>

De cuyo contenido se aprecia el desprendimiento la imposición de una sanción de amonestación pecuniaria del diez por ciento de la remuneración percibida por el servidor público, el cual nos sirve como perfecto ejemplo a fin de materializar de manera somera la presencia la determinación de una afectación al interés público.

---

<sup>139</sup> Ecuador, Segunda Sala de la Corte Constitucional, *Sentencia Nro. 1500-07-RA*, Edición Especial del Registro Oficial Nro. 102, 16 de febrero de 2009, 116.

En virtud de lo cual en apreciación al contenido de la sentencia antes citada se desprende que la conducta se determina en la siguiente: “Se llama la atención sobre las interrupciones que se produce durante la reunión, por conversaciones entre los asistentes o por el sonido de los celulares. La próxima vez quienes incumplan esta disposición serán sancionados con el diez por ciento de la R.M.U.MU.”,<sup>140</sup> lo cual engloba la conducta restringida.

Con la finalidad de dar una mayor lógica jurídica pueden catalogarse tales consideraciones apreciando que la conducta se configura en el acto de provocar interrupción de la reunión convocada gestión institucional llegase a generar, tanto mediante el hecho de conversar, como de portar equipo alguno que a través de la emisión sonido llegase a generar distracción o interrupción de dicha reunión.

Claro está que no se puede hablar de sanción por el hecho de conversar como tal puesto que encontraría contradicción a la libertad de expresión determinada en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador que refiere: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”,<sup>141</sup> igual consideración puede mantenerse con relación al portar o utilizarse cualquier equipo electrónico, dado que visto desde la perspectiva del derecho a la propiedad, se encuentra respaldado desde la óptica de: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental”.<sup>142</sup>

Sin embargo, para el caso que atañe debe mencionarse que la restricción se sostiene en el sentido de evitar la existencia de elementos distractores o de interrupción durante el desarrollo del acto de reunión, como elemento necesario para su habitual desarrollo.

No obstante a efecto de determinar los tres parámetros expuestos en líneas anteriores, es importante anotar en primer lugar respecto a la presencia de afectación a derechos subjetivos de los administrados representado con el valor de AS en el presente caso no se evidencia afectación alguna, dado su carácter de gestión interna que directamente no se vincula a la individualidad de administrado alguno, por lo tanto no se concibe valor alguno, tampoco debe considerarse valor negativo alguno, puesto que

---

<sup>140</sup> Ibid., 117.

<sup>141</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66.

<sup>142</sup> Ibid., art. 66.

resultaría en una extrapolación injustificada del acto de valoración, que jugaría una suerte de mecanismo de excepción.

En relación al segundo parámetro respecto a la conducta antinormativa representado CA, tal como se anotó anteriormente el ejercicio de conductas tales como conversar o la emisión de sonido por parte de equipo electrónico alguno ciertamente se encuentra permitidos por el ordenamiento jurídico, puesto que ha recordarse que tanto la administración pública como el ordenamiento público debe encontrar elementos suficientes de forma previa a la determinación de restricción o limitación a conducta humana alguna.<sup>143</sup>

Si bien evidenciamos la obligación de respetar las ordenes jerárquicamente superiores, debe recordarse que estas en relación al principio de legalidad así como de seguridad jurídica, se encuentran conminadas al respeto irrestricto a las garantías y derechos y a la limitación de las competencias legalmente establecidas.

Claro está, que en atención a la cobertura legal que permite la organización al interior de las instituciones a fin de garantizar su debido funcionamiento, sin embargo este tampoco viabiliza la creación de sin solemnidad alguna restricciones o sanciones de manera instantánea.

En este sentido no se aprecia la existencia de comportamiento antinormativo alguno no apreciándose la presencia de afectación al ordenamiento jurídico, de igual manera tampoco se evidencia la determinación puntual de la conducta como sujeta de sanción, por lo que bajo tales consideraciones tampoco se puede llegar a determinar valor alguna al parámetro segundo durante la presente ejemplificación.

Sin embargo con relación al tercer parámetro inherente a la afectación a la Gestión institución toma un giro las apreciaciones antes expuestas, toda vez que en sí bien no se consolida lesión a derecho o interés legítimo protegido, la presencia de elementos de interrupción durante el desarrollo de las gestiones institucionales, si implica un grado de afectación a la misma.

Con tal apreciación, conforme lo mencionado anteriormente a fin de evidenciar el grado dentro del cual se encuentra comprendida la gestión desarrollada, al regresar al considerar la finalidad de tales reunión que si bien es lógico no pueden ser desarrolladas únicamente por una sola persona, atañen la generalidad de los casos a una Dirección o

---

<sup>143</sup> Ramsés Montoya Camarena, *Interpretación de las restricciones constitucionales una visión desde la argumentación y la hermenéutica* (Santiago de Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019), 166.

Unidad, por lo que debería apreciarse la presencia de una afectación de carácter intermedio.

No obstante de igual manera el nivel de afectación a tal gestión, no únicamente el rango institucional dentro del cual se encuentra comprendido, por lo que en el caso en concreto atendido tanto la distracción como interrupción momentánea injustificada deben generar tales efectos, es decir que no deben generen la suspensión total del desarrollo de la actividad ni su paralización durante largo tiempo, puesto que en el caso de recaer sobre tal consideración los parámetros de valorización deben abarcar tal consideración.

En este sentido, pese a la generación de tal incidente es susceptible de continuación de la gestión sin la existencia de afectación mayor a finalidad a la cual se encuentra encaminada tal gestión institucional, por lo que más allá de hablarse de una autentica afectación a la gestión institucional, se plantea un mantenimiento de la debida disciplina.

Con tales parámetros es susceptible de apreciar como resultado final, la inexistencia tanto de afectación a derecho subjetivo alguno, así como carencia de comportamiento antinormativo, por lo que el único valor a considerar resulta de la gestión interna el cual no llega a sobre pasar la categorización de leve, por lo tanto del catálogo de sanciones se debe apreciar la menor graduación existente.

Por lo que en atención al artículo 43 de la ley Orgánica del Servicio Público se aprecian la siguiente graduación de sanciones: “Las sanciones disciplinarias por orden de gravedad son las siguientes: a) Amonestación verbal; b) Amonestación escrita; c) Sanción pecuniaria administrativa; d) Suspensión temporal sin goce de remuneración; y, e) Destitución [...]”,<sup>144</sup> dando que de la sumatoria de los parámetros descritos en líneas anteriores, no se supera la presencia de una afectación mínima al interés público, la sanción en el peor de los incidentes debe tratarse de una amonestación verbal.

No obstante de igual manera es importante considerar si bien se llega a determinar tal afectación, el mismo no puede ser considerado de forma extensiva o analógica para ser utilizado como mecanismo de restricción o limitación de conductas de las y los servidores públicos, sino que debe ceñirse estrictamente evitar aquellas conductas que produzcan afectación al desarrollo de las actividades dentro de la institución.

---

<sup>144</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial Suplemento No. 294, 6 de octubre de 2010, art. 43.

Sí bien anteriormente no se ha hecho mayor alusión al mecanismo de tipificación apreciado en el caso sujeto a revisión,<sup>145</sup> es importante mencionar que la determinación de conductas no puede ser desarrollada en el acto, sino que debe respetarse ciertas condiciones y procedimientos para su debido establecimiento.

Por lo que sí bien el cálculo antes desarrollado permite apreciar con mayor claridad el grado de afectación al interés público, como mecanismo tendiente a determinar la lesividad producida a raíz de comisión de una conducta determinada, lo que a su vez permite generar un cuadro de debida proporcionalidad entre la conducta y la sanción a ser imponible.

En este sentido debe destacarse que el desarrollo de dicho cálculo, no debe ser sujeto para la libre interpretación o subsunción analógica de una conducta bajo otra, puesto que tal actividad repercutiría en la libre determinación de conductas y sanciones puesto que de conformidad al principio de tipicidad que refiere: “Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.”<sup>146</sup>, por lo que la libre determinación o aplicación analógica de conductas y sanciones, se encuentra restringida debiendo encontrar tanto la conducta como la sanción la debida sujeción a la ley vigente al momento de comisión de la conducta.

Tales consideraciones guardan coherencia con lo expuesto por la Segunda Sala de la Corte Constitucional quienes en la parte de las consideraciones del caso antes mencionado mencionan:

Según el Autor Martínez Nieto, califica el principio de proporcionalidad como principio general del derecho y que ha sido recogido también, como principio de estricta justicia, en el sentido que infracción y sanción se acomodan a determinados criterios objetivos, sin que ello deba significar el establecimiento de criterios aritméticos en la fijación de la pena administrativa sino como derecho de todo ciudadano a esperar que el ordenamiento punitivo este recogido por criterios de justa proporcionalidad, evitando que el legislador pueda graduar las penas de forma voluble y que la autoridad disponga si discrecionalidad en forma arbitraria. EL autor Castillo Blanco [...] recoge los tres requisitos jurisprudenciales [...] exigidos para operar como límite sobre la potestad sancionada de la administración cuyo poder ilimitado ha ido teóricamente reduciéndose: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como falta en la norma aplicable, fijándose, en orden a la interpretación del precepto sancionador, un criterio restrictivo; b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado; y, c) Que el ejercicio de dicha potestad discrecional debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. En definitiva, en el caso que se analiza, la sala constata que la autoridad ha actuado con total arbitrariedad vulnerando los derechos

---

<sup>145</sup> Ecuador, Segunda Sala de la Corte Constitucional, *Sentencia Nro. 1500-07-RA*, 116.

<sup>146</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Segundo Suplemento del Registro Oficial 31, 7 de julio de 2017, art. 29.

subjetivos del accionante conforme se ha señalado en cada [una] de las consideraciones que antecedente. [...]”<sup>147</sup>

Resolviendo conceder la acción de amparo solicitada por el actor de dicha acción, quien fue afectado por la sanción descrita en líneas anteriores, considerando como falta al principio de tipicidad y proporcionalidad de la sanción impuesta.

#### **4. Principio de oportunidad en la potestad disciplinaria**

El principio de oportunidad planteado como la potestad de reglada de no ejercer *iuspuniendi* estatal, doctrinariamente puede considerarse como una contradicción al principio de obligatoriedad, el cual se encuentra encaminado a mantener el debido orden social, sin embargo considerando su origen a partir de su propia existencia nacida del ordenamiento jurídico, encuentra su espacio guardando coherencia con el principio de legalidad.

Con tal premisa dentro del campo administrativo sancionador se encuentra con su principal limitante siendo este el bagatelismo administrativo, el cual a través de la despenalización ciertas conductas, abstrayéndolas de la competencia penal para colocarlas bajo la óptica del derecho administrativo, debiendo notarse que debido a su cierta relevancia la consideración de tales conductas no es erradicada completamente, sino que son trasportadas a otra rama del derecho lo que reduce drásticamente la sanción a la cual son sometidas.

Por lo tanto hablar de principio de oportunidad en materia administrativa resulta complejo debido que implica una reiterada concepción estatal al abstenerse de actuar sobre tales conductas, lo que en su defecto resultaría perjudicial para mantener un debido actuar de las personas.

Además de ser necesario considerar que a su vez resulta en una contraposición al derecho a la igualdad como “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.<sup>148</sup> El cual sostiene la obligatoriedad del Estado a tratar de igual forma a todas las personas al amparo de los preceptos legales establecidos.

No obstante tal como en el derecho penal donde encontramos la existencia de la pena natural, dentro del derecho administrado es susceptible encontrar elementos que

---

<sup>147</sup> Ecuador, Segunda Sala de la Corte Constitucional, *Sentencia Nro. 1500-07-RA*, 118.

<sup>148</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66 num. 4.

guardan cierta relación con tal precepto del derecho penal, en los casos en que la imposición de una sanción no genera una compostura o no produce el efecto positivo esperado de la sanción, sino que por el contrario genera un efecto abrasivo en la relación existente o bien nefasto.

No obstante en el marco del derecho administrativo, tal concepción no necesariamente guarda relación con una igualdad de concepciones que en el derecho penal, debido justamente a esta disparidad en las sanciones imponibles en ambos campos del derecho, por lo que en materia administrativa no han de producir el mismo nivel de afectación que en el derecho penal

Por lo tanto resulta compleja la concepción de abstención de imponer sanción en materia administrativa ya que existen casos donde se genera la existencia de un perjuicio ulterior superior, cuando tal conducta se encuentra legalmente establecida como sancionable, no obstante pese a su complejidad no significa la inexistencia de tales situaciones, tal como lo considerado por la Corte Constitucional colombiana al referir:

Bajo este lineamiento, se hace necesario puntualizar que: i) la prestación de los servicios públicos se rige por los principios de eficiencia y solidaridad, ii) que el agua potable, a la luz del art. 93 de la Constitución Política de 1991, en virtud de la cual se acoge como criterio de interpretación válido, la recomendación No. 15 del pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, debe considerarse como un derecho social autónomo, iii) que la misma observación en los numerales 57 y 58 indica que “*La incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales en los que se reconoce el derecho al agua puede ampliar considerablemente el alcance y la eficacia de las medidas correctivas, por lo que debe alentarse en todos los casos. Esa incorporación permite que los **tribunales juzguen** los casos de violaciones del derecho al agua, o por lo menos de las obligaciones fundamentales, **invocando directamente el Pacto**”.* “*Los Estados Partes **deben alentar a los jueces, árbitros y demás juriconsultos a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a las violaciones del derecho al agua.***” iv) que de no realizarse el procedimiento se pondría en serio peligro la salud y la vida de la peticionaria, v) que se trata de un procedimiento incluido en el plan obligatorio de salud, lo cual permite concluir que está en juego su derecho a la salud visto como derecho autónomo fundamental; vi) que es deber del aparato estatal concurrir en procura de mejorar las condiciones particulares de vida de cada uno de los asociados, garantizando su desarrollo en condiciones dignas; vii) que en el caso particular la paciente requiere realizarse el tratamiento para mantenerse con vida; y que, viii) para llevarlo a cabo exitosamente, requiere indispensablemente el consumo de los servicios públicos de agua y luz.

Adicionalmente, la Sala estima necesario precisar, que en lo que tiene que ver con la suspensión de los servicios públicos domiciliarios por parte de las empresas prestadoras, la Sala Plena de la Corporación en la sentencia C-150 de 2003, dejó consagrado el marco de excepción para los casos en que se considera legítima la suspensión de los servicios públicos; fue así como en el numeral décimo quinto de la parte resolutive de dicha providencia, se condicionó el aval de exequibilidad del artículo 130 de la Ley 142 de 1994 adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 y el artículo

140 de la misma norma, modificado por el artículo 19 de la Ley 689 de 2001, al respeto de los “*derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos*.”<sup>149</sup>

Del contenido de la sentencia se aprecia que pese a la concepción de legitimidad del obrar de la administración, el cual se encuentra respaldado en base la normativa existente, su actuar puede repercutir en un perjuicio aun mayor a un grupo de derechos superior.

Por lo que resulta visible la contradicción producida respecto al principio de obligatoriedad y legalidad, en contradicción a los principios de eficiencia y solidaridad y más allá una protección al derecho a la vida y a la dignidad humana, por lo que sopesando ambos grupos, es a todas luces apreciable, la insuficiencia del primero para desvirtuar el segundo.

Lo expuesto también implica un desacatamiento al principio de legalidad desde cierta óptica, toda vez que conlleva al incumplimiento de normas de carácter administrativo, no obstante la consideración que tanto el derecho a la vida, a la dignidad como el cumplimiento de tales normas de carácter administrativo, se encuentran comprendidas bajo la esfera de la legalidad y de normas expresas, en cualquiera de ambos escenarios representa el incumplimiento a uno de los dos, por lo que resulta plausible el sopesar cuál de los dos representa de mayor interés y cuya protección debe ser considerada de mayor importancia.

Bajo esta óptica, la exclusión en cuanto al cumplimiento de una norma de carácter administrativo, en virtud de la protección de que lo que bien se podría llamar un bien superior, que resulta en la protección de derechos que se encuentra debidamente garantizados y que alcanzan la esfera de derechos humanos, resulta viable a más de ser coherente con un ejercicio de ponderación.

Es importante considerar que en ciertos escenarios tal ejercicio puede resultar en perjuicio al interés colectivo como en el caso anteriormente citado, toda vez que *prima facie* se aprecia la configuración de una carga para la administración pública y por lo tanto a la colectividad misma por expresado de cierta forma.

No obstante considerando que una de las razones de la propia existencia del Estado, es la protección de cada una de las personas, por lo que más allá de la concepción

---

<sup>149</sup> Colombia Corte Constitucional, “Sentencia T-270/07” *Corte Constitucional de Colombia*, accedido 10 de julio de 2021, párr. 6.2, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-270-07.htm>

que *prima facie* puede apreciarse, mantiene en su trasfondo su propia concepción de existencia.

Con tales consideraciones, adentrando en la perspectiva del régimen disciplinario, inicialmente resulta necesario notar que no en todos los casos la imposición de la sanción ha de arrojar una rectificación del debido actuar o mantenimiento de la disciplina dentro de la institución, tal como lo planteado anteriormente en el apartado respecto a la construcción del tipo administrativo del presente trabajo al referirse a la consideración disminuida.

Sin embargo, por si sola esta concepción respecto al efecto negativo que ha de producirse no es elemento suficiente a fin de desvirtuar la imposición de la sanción y como consiguiente el mantenimiento del debido actuar institucional, toda vez que ante la ausencia de elementos que ejerzan de contrapeso suficiente, resulta completamente inviable la concepción de inobservar el principio de legalidad.

Es importante considerar que, dentro de la legislación ecuatoriana en el ámbito administrativo, no se aprecia la existencia de una norma expresa que determine puntualmente la existencia del principio de oportunidad aplicado en el ámbito del régimen disciplinario, sin embargo encontramos elementos tal como el expuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, que en el numeral 6 establece:

Pro-administrado e informalismo.- En caso de duda, las normas serán interpretadas a favor de la o el administrado. Los derechos sustanciales de las y los administrados prevalecerán sobre los aspectos meramente formales, siempre y cuando estos puedan ser subsanados y no afecten derechos de terceros o el interés público, según lo determinado en la Constitución de la República.<sup>150</sup>

El cual cotejado en relación al artículo 11 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, determina un escenario, bajo el cual es susceptible ponderar entre ambos elementos.

Claro está que, en la práctica resulta en un ejercicio sumamente complicado de desarrollar, toda vez que en la gran mayoría de escenarios es difícil apreciar la existencia de circunstancias bajo las cuales la imposición de una sanción, resulta en una afectación directa al contenido esencial de los derechos no sujetos a limitación, que en el esquema legal ecuatoriano se encuentren debidamente garantizados de manera constitucional.

---

<sup>150</sup> Ecuador, *Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos*, art. 3, num. 6.

Sin perjuicio de lo expuesto se puede considerar aquello que circunda a la amonestación pecuniaria, la cual directamente repercute en contra de la remuneración del servidor, para la línea de pensamiento desarrollado representa un ejemplo fácilmente concebible, en un escenario donde la imposición de tal sanción genera una degradación del status de vida de la o el servidor, puesto que no todas las remuneraciones existentes dan lugar a una condición de vida que permita excesos financieros, por lo que tal descuento puede desembocar en la limitación de alguno de los elementos considerados como necesarios para una vida digna.

En este contexto, tales concepciones encuentran su crítica más fuerte, en la inhibición de la sanción al considerarse como elemento originado a partir de la responsabilidad de la o el servidor por un comportamiento antinormativo, así como la afectación al principio de igualdad que conmina a un trato en igualdad de condiciones a todas las personas, por lo que la inobservancia de la determinación de la misma bien puede constituir un elemento para la prosecución de conductas que resulten en perjuicio del debido comportamiento dentro de la administración pública.

Por lo que representa una doble incursión en la concepción de conflicto expuesta anteriormente, donde más allá de la línea de la esencia de los derechos protegidos, resulta en una discusión acerca del proteccionismo legal y la manutención del interés público como mecanismo de generación de servicios encaminados a la protección de los derechos de la colectividad, lo que a su vez encuentra su respaldo en la consideración superior del interés público por encima del particular.

Si bien la solución a tales interrogantes resulta de suma complejidad, puede que una respuesta más sencilla a tal planteamiento aporte una alternativa de visión más práctica para la solución de tales conflictos, siendo esta la concepción de una imputabilidad disminuida a la que se ha hecho alusión anteriormente.

Para lo cual es importante notar una diferencia con el planteamiento antes expuesto, toda vez que la motivación de la aplicación resulta de un factor diferente, con el planteamiento original tal consideración resulta de aspectos intrínsecos del propio hecho generador de responsabilidad, mientras que el presente caso es un factor extraño al hecho, cuya existencia resulta extraña al desarrollo del procedimiento sancionador.

Estos factores de manera indirecta pueden influir sobre el efecto producido por la imposición de la sanción, en este sentido la reducción de la categoría de la misma, puede bien arrojar un efecto de mayor efectividad, toda vez que al evadirse la interferencia con

el núcleo esencial de derechos en un esquema garantista y a la vez mantener el esquema de disciplina dentro de la institución.

En este contexto se presentan dos escenarios que para su correcta aplicación deben considerarse, siendo el primero en los casos donde la amonestación correspondiente consista en la sanción mínima como es la amonestación verbal, que más allá de su denominación representa un mecanismo de sanción legalmente procedente, por lo que su imposición respeta la existencia de un procedimiento y su determinación a través de resolución.

En cuyo caso un tratándose de una propuesta aunque arriesgada refleja toda la concepción antes expuesta, resultaría la inhibición de imposición de sanción alguna modificándola por un llamado de atención, el cual sí bien no existe en el esquema normativo ecuatoriano como sanción por lo que tampoco refleja la existencia de medida perjudicial alguna tras sí, no obstante representa un recordatorio a las y los servidores.

De igual forma pese a lo referido a su ausencia en el esquema normativo ecuatoriano, en la práctica laboral es una actuación ampliamente difundida, que consiste tal como su denominación establece un llamado a la atención o al debido desarrollo de actividades en atención a la normativa vigente.

El segundo escenario consiste en la existencia de un comportamiento repetitivo de la conducta en una suerte de abuso de la proteccionismo antes descrito, recae en la concepción de que nadie puede lucrar de su propio dolo, por lo que es necesario determinar parámetros bajo los cuales la aplicación de esta imputabilidad disminuida resulta pertinente conforme las líneas de derecho, como por ejemplo que la conducta no sea repetida en el transcurso de cierto periodo de tiempo, a través de lo cual se consolida que la conducta responde a un hecho aislado.

Como segunda limitación que la incursión de la conducta no responda a una voluntad positiva de actuar de forma antinormativa en ausencia de elementos de justificación que respalden lo imperioso de la misma, sí bien anteriormente de la construcción del tipo administrativo se hizo alusión a la complejidad de determinar la voluntad de las personas dentro del procedimiento administrativo.

No por ello resulta completamente imposible su determinación, sino que por el contrario es susceptible de apreciarse claramente en casos puntuales, como la de quien después de registrar su ingreso a la jornada laboral, abandona su lugar de trabajo para realizar alguna actividad particular sin relevancia alguna para el esquema garantista.

## **Capítulo tercero**

### **El tipo administrativo en el régimen administrativo sancionador ecuatoriano**

A fin de poder llevar a efecto de poder generar una adecuada incorporación del tipo administrativo, resulta necesario apreciar el esquema bajo el cual se desarrolla el procedimiento administrativo de régimen disciplinario en el esquema de la legislación ecuatoriana, así como la gestión durante el desarrollo del procedimiento disciplinario, apreciando las connotaciones generales que circundan el mismo, siendo este analizado en el primer apartado de este capítulo.

Donde se puede apreciar la escisión entre la determinación de las conductas consideradas como falta graves y leves, de cuya revisión se aprecia que en lo relativo a la sanción de destitución encuentra una formula legislativa de redacción ciertamente adecuada,<sup>151</sup> mientras que las sanciones de suspensión temporal sin goce de remuneración, amonestación pecuniaria, escrita y verbal muestran un abandono respecto a una redacción idónea para su aplicación adecuada.

Tales consideraciones resultan a raíz de la potestad producida por la cobertura legal de que se encuentran dotas las administraciones públicas para regular el funcionamiento interno de las y los servidores públicos, pese a lo cual deben apreciarse el conjunto de elementos circundantes a los efectos punitivos a fin de generar la esfera jurídica adecuada.

En este sentido en el segundo apartado del presente capítulo, para generar un esquema adecuado de funcionamiento se procede al análisis respecto a la aplicación del principio de tipicidad en materia del procedimiento disciplinario, puesto que resulta necesario plantear un mecanismo de aplicación idóneo que permita su incorporación a fin de evitar la incursión en vacíos que pudiesen llegar a producir incongruencias en la aplicación del procedimiento sancionador.

De igual manera de apreciarse que pese a los múltiples planteamientos expuestos ninguna de ellos llegar a consolidarse como medio para el abandono de las garantías y elementos requeridos en materia disciplinaria, lo que se consolida como una necesidad vinculada a este a fin de generar una tramitación que provea el mayor cuidado al

---

<sup>151</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 48.

resguardo de los derechos de las y los servidores públicos, permitiendo así trámite vinculado a estándares de un sistema objetivo y racional.<sup>152</sup>

Por lo que es necesario generar un análisis respecto a las consideraciones respecto a los tipos abiertos o de reenvío, los cuales, si bien pueden representar un efecto facilitador de la gestión de control, su indeterminación o aplicación de un esquema legislativo fallido, puede representar efectos contrarios a las garantías inherentes a la sanción, por lo que en el apartado tercero se da ciertas muestras al respecto.

Finalmente tal como se considera a razón de lo determinado en el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo<sup>153</sup> es necesario generar una construcción adecuada de estos tipos administrativos en concerniente al procedimiento disciplinario, procurando cumplir con aquellas prácticas legislativas adecuadas para la creación de figuras sancionatorias en la referida materia.

Sí bien el proceso disciplinario se origina a raíz del poder de supremacía especial lo que implica el estatus de superioridad de la administración pública frente a las y los servidores públicos, por lo que en cierta perspectiva se encuentra facultada para la determinación de conceptos deontológicos para el guardar el debido comportamiento dentro de la institución pública correspondiente.

Por lo que la incorporación del tipo administrativo dentro de la legislación ecuatoriana a más de evitar que la administración persiga procedimientos disciplinarios originados por figuras que no representen de ninguna afectación o cuyo beneficio por su sanción resulte carente de justificación alguna, debido a la presencia de normas que no encuentra una justificación adecuado.

Llegando así a un punto donde “para quienes se sitúan en un punto de vista formal, para que una norma sea jurídica, no importa que sea justa [...]”.<sup>154</sup> Por lo que resulta necesario replantear los parámetros bajo los cuales se formulan tales normas.

---

<sup>152</sup> García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 150.

<sup>153</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 29.

<sup>154</sup> Norberto Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, ed. Andrea Greppi, Colección estructuras y procesos: serie derecho (Madrid: Editorial Trotta, 2015), 63.

## **1. Diagnóstico del procedimiento sancionador previsto en el Código Orgánico Administrativo y la Ley Orgánica del Servicio Público**

En el procedimiento disciplinario bajo la legislación ecuatoriana es necesario observar lo determinado en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público en su artículo 80 determina: “Sanciones Disciplinarias.- Todas las sanciones disciplinarias determinadas en el artículo 43 de la LOSEP, serán impuestas por la autoridad nominadora o su delegado, y ejecutadas por la UATH, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en este Reglamento General.”.<sup>155</sup> No obstante de la revisión de dicho cuerpo normativo se encuentra en su artículo 90 del Referido Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>156</sup> resulta apreciable las líneas de aplicación del procedimiento de sumario administrativo, como procedimiento administrativo sancionador.

Pese a lo cual mediante reforma introducida mediante Suplemento del Registro Oficial Nro. 1008 de 19 de mayo del 2017 se introdujo la siguiente modificación al artículo de la Ley Orgánica del Servicio Público: “Es el proceso administrativo, oral y motivado por el cual el Ministerio del Trabajo determinará el cometimiento o no de las faltas administrativas graves establecidas en la presente Ley, por parte de una servidora o un servidor de una institución pública e impondrá la sanción disciplinaria correspondiente[...]”.<sup>157</sup> Delimitando por lo tanto el campo de actuación del sumario administrativo únicamente en lo atinente a las faltas graves, quedando en el más auténtico vacío legal el procedimiento para el desarrollo del régimen disciplinario por falta leve.

En vista de tal carencia se ha procurado sanear la misma a través de los reglamentos internos de las instituciones públicas estableciendo en ellas un procedimiento administrativo a fin de sustanciar el procedimiento para las faltas leves, si bien tal actuación no necesariamente encuentra una afectación al derecho a la seguridad jurídica.

Toda vez que el procedimiento de alguna forma encuentra un asidero en la normativa administrativa previamente implementada, con efecto general, no en todos los casos se encuentra debidamente desarrollada.

---

<sup>155</sup> Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 80.

<sup>156</sup> *Ibíd.*, art. 90.

<sup>157</sup> Ecuador, *Registro Oficial*. 2017. “Suplemento del Registro Oficial Nro. 1008” de 19 de mayo <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/registro-oficial/item/9190-registro-oficial-no-1008>

A fin de poder evidenciar de manera más práctica lo antes expuesto resulta necesario esquematizar en fases el procedimiento de régimen disciplinario, es decir su división en etapas en el siguiente orden, en primer lugar es necesario entrar en conocimiento del hecho o conducta normativamente sancionable, por parte del órgano competente, que en muchos casos resulta en la Unidad o Dirección de Talento Humano.

Lo que se consolida como elemento inicial del procedimiento, lo cual puede ocurrir través de los múltiples canales, que bajo la legislación ecuatoriana encuentra tres formas, estas son la petición razonada, orden superior o denuncia<sup>158</sup> y de igual forma el mismo órgano facultado para iniciar el procedimiento puede realizarlo a través de iniciativa propia,<sup>159</sup> lo que refleja la posibilidad de iniciarlo mediante cualquier novedad que llegase a su conocimiento.

Una vez tomado conocimiento de la existencia de presunta falta se debe proceder al análisis de los elementos puestos en conocimiento, indistintamente del mecanismo a través del cual hubiesen sido remitidos, debido a que en ciertos casos puede presentarse elementos incongruentes, como por ejemplo que la conducta descrita no acarree responsabilidad administrativa alguna, lo que a su vez refleja un resguardo de la administración ante el hecho de iniciar investigaciones o procedimientos administrativos cuyo resultado final no refleje ningún efecto productivo.

Por lo que se apareja a un parámetro de economía ante el desgaste innecesario y la destinación del recurso humano a la ejecución de tal procedimiento, no obstante es importante considerar que al no presentarse en todos los casos las mismas connotaciones existen ciertas situaciones en las cuales el ejercicio de la subsanación<sup>160</sup> puede canalizar un debido desarrollo del procedimiento.

La figura de la subsanación, mantiene su consistencia a grandes rasgos en la aclaración del requerimiento inicial a fin de determinar los parámetros indispensables para la ejecución debida del procedimiento, no obstante se debe tener en cuenta que no toda consideración sobre el mismo es legalmente viable, debido por lo tanto considerar como elemento inicial, que el administrado no se encuentra constreñido a una carga de prueba o a la presentación de elementos de probatorio.

---

<sup>158</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, arts. 85, 86 y 87.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, art. 184.

<sup>160</sup> *Ibíd.*, art. 140.

Por lo que tampoco es procedente la utilización de tal consideración para la desacreditación y archivo de la petición lo cual se encuentra determinado de conformidad al artículo 141 del Código Orgánico Administrativo.<sup>161</sup>

De igual manera, es importante considerar que la administración pública se encuentra prohibida de requerir o solicitar requisitos no establecidos en una norma tal como se aprecia de lo establecido en la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos.<sup>162</sup>

Sin embargo en el presente caso de la redacción de los artículos 185 y 187 del Código Orgánico Administrativo,<sup>163</sup> se aprecia la existencia de tales requisitos al establecer la necesidad de indicar los hechos que motivan el requerimiento que en el presente caso consisten en aquellos que indiquen la existencia de conductas contrarias a la normativa.

A más de lo indicado es precisamente en este punto donde inicialmente adquiere vital importancia el estudio de la presente investigación, toda vez que el petitorio inicial cumpla con los requisitos de ley, la conducta expuesta en el mismo debe encontrarse adecuada a la tipificación establecida, dado que de no encontrarse como tal el resultado final de toda la investigación arrojaría que al no encontrarse debidamente establecida la conducta como sujeta de sanción, no sería procedente la imposición sanción alguna.

Considerando de tal forma que el efecto de no darse atención a la subsanación es el archivo del procedimiento, con lo cual se evita la iniciación de procedimiento que en su momento puede arrojar resultados que, por plantearlo de alguna forma llegar aún a lo peyorativo, por lo cual se propone una radicación del principio de eficacia administrativa, que estima la necesidad de obtener resultado como fin del procedimiento.

No obstante tal fin no debe ser considerado como la imposición de la sanción, puesto ello recaería en un procedimiento parcializado y con un fin centrado en castigar, resultando necesario considerarse que el resultado de tal actuación en la resolución del asunto que puede bien tratarse de la determinación tanto en la no determinación de elementos de convicción, como en encontrar elementos suficientes a para la imposición de la sanción.

---

<sup>161</sup> *Ibíd.*, art. 141.

<sup>162</sup> Ecuador, *Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos*, art. 34, num. 1.

<sup>163</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, arts. 185 y 187.

Este ejercicio de adecuación no significa un prejuizgamiento o la determinación de responsabilidad alguna, toda vez que lo único realizado es la determinación de si la aún presunta conducta coincide con las conductas normativamente establecidas, resguardando por lo tanto el derecho a la seguridad jurídica.<sup>164</sup>

Dando como efecto mediato que al momento de poner en conocimiento al presunto implicado la determinación clara de la conducta motivo de la investigación que posibilita en la o el servidor de poder ejercitar un auténtico derecho a la defensa, elemento que será analizado más adelante.

Una vez evidenciados todos los elementos antes indicados es necesario realizar cierta consideración respecto al impulso procedimental en conjunción con la prueba administrativa, en donde encontramos un elemento de interés en lo consistente al periodo de prueba, debido a que no en todos los casos resulta menester la apertura de un periodo de prueba,<sup>165</sup> elemento propio del procedimiento judicial.

Lo cual adquiere sentido mediante múltiples consideraciones entre las que encontramos, que la prueba en el procedimiento administrativo ecuatoriano es aportada conjuntamente con el pedido inicial<sup>166</sup>, que por lo general tiende a tratarse de prueba documental la cual dentro de tal procedimiento no encuentra la necesidad de ser practicada bajo los parámetros judiciales.

De igual forma, la determinación de un periodo de prueba en los casos donde no aporte eficiencia alguna al procedimiento, produce un retardo en la ágil gestión del procedimiento, además de incurrir en una erogación de gasto que no encuentra la justificación suficiente, no obstante claro está que en ciertas circunstancias resulta necesaria tal como en los casos de la prueba pericial y testimonial.<sup>167</sup>

En cuyos casos denota más allá del establecimiento legal la necesidad de su práctica, conforme a lo cual es apreciable que la pertinencia de la práctica del periodo de prueba se encuentra sujeto a los elementos intrínsecos del procedimiento y no a una imperatividad de practica en todos los casos, sino por el contrario sujeto a un estándar de eficacia.

En este sentido en lo que refiere al aporte de prueba por parte del solicitante cabe considerar en lo relacionado a la carga de prueba a que se encuentra sujeta la

---

<sup>164</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 82.

<sup>165</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 194.

<sup>166</sup> *Ibíd.*, art. 194.

<sup>167</sup> *Ibíd.*, art. 197.

administración, tal como lo determina el artículo 195 del Código Orgánico Administrativo,<sup>168</sup> la cual en los casos en los que puede llegarse agravar la situación de alguna persona pesará sobre la administración.

Es decir está se encuentra conminada a generar la carga de prueba suficiente a fin de llegar a determinar la existencia de responsabilidad, de manera previa a la imposición de la sanción, en tal virtud que desvanezca la presunción de inocencia existente.

En este punto se encuentra un elemento de interés para el procedimiento en general, toda vez que la prueba que no haya sido sometida a contradicción de los implicados en el procedimiento, no puede servir como prueba dentro del mismo, tal como lo establece el artículo 196 del mismo cuerpo normativo.<sup>169</sup>

Sin embargo en el caso que de forma inmediata sea puesta la petición inicial a conocimiento del implicado a fin de que ejerza su defensa, esta no se encontraría acompañada de ningún otro elemento probatorio, por lo que implicaría la necesidad a posterior de tener que poner a conocimiento del implicado la prueba producida dentro del procedimiento, debiendo notarse que tal actuación de no encontrar contradicción alguna puede ser unificada en un solo requerimiento.

En este sentido a fin de dar mayor claridad a lo antes expuesto, debe comprenderse que de manera previa a poner en conocimiento del presunto implicado el requerimiento inicial resulta de mayor eficiencia que una vez recibida la solicitud inicial, conjuntamente con su análisis se proceda a generar los elementos de prueba que la administración considere necesario a fin de evidenciar la realidad de los hechos puestos a conocimiento.

En tal sentido una recopilada toda aquel conjunto de elementos es susceptible el poner en conocimiento del presunto implicado, a fin de que puede ejercer su derecho a la defensa, tal comportamiento más allá de producir un procedimiento más eficiente también produce la capacidad de poder mantener una debida defensa, al conocer a profundidad los hechos de que se le acusan, por lo que puede producir un ejercicio de defensa en conjunción con las líneas garantías constitucionalmente establecidas.

Claro está que tal planteamiento representa una ruptura con el esquema judicial de juzgamiento, no obstante, debe considerarse que el procedimiento administrativo es diferente al judicial por lo que sus fases o etapas diferirán del mismo, lo que por supuesto no puede implicar una distanciamiento de las líneas constitucionalmente establecidas, tales como derechos y garantías, así como a los principios aplicables al mismo.

---

<sup>168</sup> *Ibíd.*, art. 195.

<sup>169</sup> *Ibíd.*, art. 196.

Sin embargo pese que lo antes expuesto, representa un esquema de actuación plausible, no inhibe que a posterior pueda resultar necesario la recopilación de nuevos elementos de prueba, tal como puede desprenderse del ejercicio a la defensa del presunto implicado, por lo que de ser el caso deberá acudir a la recopilación o practica de las pruebas que para tal efecto sean solicitadas, siempre que las mismas respondan al procedimiento ejecutado y arrojen elementos conducentes dentro del mismo, tal como lo planteado para el proceso judicial donde la prueba debe ser útil, pertinente y conducente.<sup>170</sup>

No obstante dentro del marco normativo ecuatoriano se establece la siguiente regla: “Solo pueden declararse improcedentes aquellas pruebas que, por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor de la o del presunto responsable”.<sup>171</sup> Cuyo espíritu se encuentra directamente compaginado con lo antes expuesto.

Puesto que la capacidad de que pueda modificar la resolución final se encuentra aparejado a la utilidad pertenencia y conducencia del elemento probatorio, si bien anteriormente se ha sostenido la existencia de diferencias entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo, ciertas nociones o concepciones resultan de gran utilidad resultando en una relación pragmática que permita su avance y evolución.

Una vez evacuada tal etapa, corresponde al órgano instructor que hasta este momento ha llevado el avance e impulso del procedimiento, la generación de un informe de cuyo contenido se describe el completo desarrollo del mismo, los hallazgos realizados así como la valoración de tales hechos, en general todo lo atinente al procedimiento hasta tal momento.

Claro está que el mismo debe responder de manera completa al principio de legalidad y de debida motivación, toda vez que del contenido del mismo debe emitirse una conclusión o recomendación respecto a la situación legal del hecho puesto a conocimiento, que en el caso de la legislación ecuatoriana se encuentra descrito como dictamen,<sup>172</sup> el cual a su vez deberá ser puesto a conocimiento de la autoridad nominadora para la emisión de la resolución correspondiente conjuntamente con todo el expediente generado.

---

<sup>170</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 160.

<sup>171</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 256.

<sup>172</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art 257.

Esta última actuación, guarda en su trasfondo la escisión entre órgano instructor y órgano resolutor, evitando de tal forma la incursión en la constitución de convertir un mismo órgano en juez y parte, lo cual a su vez se encuentra determinado como garantía del procedimiento,<sup>173</sup> procurando generar un procedimiento sumido en la mayor legalidad libre de cualquier clase de apasionamiento que pudiese haber producido durante el trámite, claro está que el órgano resolutor mantiene la posibilidad de rehusarse de acoger la recomendación o conclusión determinada en el dictamen, lo cual a claras luces debe guardar estricta consideración a los principios que atañen en general al procedimiento administrativo y a la debida legalidad.

En dicha resolución ya deberá emitirse la exposición clara respecto a la existencia con el correspondiente archivo de la investigación o en su defecto la inexistencia de responsabilidad y en el caso de esta última la determinación de la sanción correspondiente, en cuyo caso entra en aplicación directa uno de los motivos de la presente investigación, toda vez que tanto la conducta como la sanción a ser impuesta debe encontrar en base al principio de legalidad y de tipicidad.

Cuya determinación clara y concisa a fin de que esta cumpla con los parámetros que en derecho resultan menester para tales situaciones, puesto que de no encontrarse la conducta debidamente preestablecida resulta difícil divisar las consideraciones bajo las cuales ha de apreciarse a un servidor como responsable, tornándose en tal sentido aún más complicado determinar la sanción a ser impuesta, más allá de la falta crasa al derecho a la seguridad jurídica y la amplitud de otros derechos implicados.

De igual forma es importante mencionar que a lo largo del procedimiento puede suscitarse la existencia de una modificación en la consideración respecto a la conducta a ser investigada o sancionada, es decir en cualquier punto puede producirse la apreciación que los hechos puestos a conocimiento resultan ser diferentes o sujetos a connotaciones distintas, por lo que el proseguir con la investigación resulta en una actuación sin sentido, por lo que resulta más eficiente modificar la consideración inicial de la investigación.

Lo que a su vez implica la necesidad de iniciar una suerte de nuevo procedimiento puesto que es menester volver a aplicar el procedimiento antes expuesto, a fin de garantizar que el mismo cumpla con los parámetros legales aplicables, lo cual más allá de generar dicho esquema de protección permite la viabilidad de poder ejercer en debida forma el derecho a la defensa, al modificarse la adecuación del hecho investigado es

---

<sup>173</sup> *Ibíd.*, art. 248, num. 1.

susceptible que los elementos considerados a fin de ejercer la defensa del presunto implicado sufran de la misma consideración.

## **2. Incorporación del tipo administrativo en la legislación ecuatoriana**

Para efecto de consolidar la necesidad de incorporar dentro de la legislación ecuatoriana las concepciones antes expuestas, resulta importante considerar lo determinado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley[...]”.<sup>174</sup> De cuyo contenido se coligen dos parámetros claramente apreciables.

El primero que la conducta debe encontrarse debidamente establecida en la ley y el segundo, que la sanción debe encontrarse expresamente establecida mediante ley, lo cual a su vez desemboca en una ruptura completa con el planteamiento respecto a la determinación de la sanción a través de los reglamentos internos de las administraciones públicas, este último planteamiento expuesto en reiteradas ocasiones a lo largo de la presente investigación, refleja un ejercicio de determinación torpe.

Debido a que el planteamiento contenido en la Ley Orgánica del Servicio Público en su artículo 43 en su último inciso refiere: “Las sanciones se impondrán de acuerdo a la gravedad de las faltas”.<sup>175</sup> Al no determinarse dentro de la misma ley o el Reglamento general a la Ley Orgánica del Servicio Público, el mecanismo o medio para la valoración de las sanciones, resulta en una labor desarrollada a medias tintas.

Toda vez que sí bien determina las sanciones susceptibles de ser aplicadas, no se plantea los casos dentro de los cuales deben ser aplicadas, así como tampoco un mecanismo legal para su determinación, más allá de referir de manera escueta en referencia a la gravedad de la falta, sin embargo tal concepción tampoco encuentra ejercicio alguno para su correcta determinación.

Sumiéndose por lo tanto en el libre arbitrio de la administración pública, en este sentido a manera de solventar tal impase en el artículo 81 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público se ha establecido que: “Las faltas leves son las determinadas en el artículo 42 de la LOSEP y en los reglamentos internos, por afectar o

---

<sup>174</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76 num. 3.

<sup>175</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 43.

contraponerse al orden interno de la institución, considerando la especificidad de su misión y de las actividades que desarrolla”.<sup>176</sup> Lo que únicamente aporta dos elementos la que no logran generar una concepción sentada respecto a la valoración de la sanción, puesto que indirectamente puede correlacionarse cualquier conducta como una afectación a ambos parámetros, ante la ausencia clara en la ley.

Por lo que la falta de determinación del hecho susceptible de sanción, esto es las condiciones circundantes a una acción u omisión que *per se* que configuren un comportamiento anti normativo, no se encuentran determinados en una ley, el autor Santiago Mir Puig lo plantea como un error, respecto a la aplicación en materia penal de la consolidación de tales consideraciones en un cuerpo normativo diferente a la ley penal, expresando lo siguiente:

En cuanto al error plantean idénticos problemas todos los casos en que el supuesto de hecho esté definido en una ley no penal tras considerarse estos casos como de error de derecho extrapenal exculpante, en la actualidad se equiparan a las demás hipótesis de error: habrá que distinguir entre error sobre los elementos del supuesto de hecho de la norma no penal (error de tipo) y error sobre la existencia o límites de dicha norma (error de prohibición). Ya se comprende que esta problemática alcanza por igual a todos los casos en que el complemento de la ley en blanco se halla en una norma no penal, aunque sea del mismo rango.<sup>177</sup>

Sin embargo, si bien el planteamiento antes expuesto refiere a materia penal tal concepto encuentra su símil con el campo administrativo, toda vez que ambos comparten la intencionalidad sancionatoria, por lo que la técnica legislativa encuentra amplia similitud compartiendo por lo tanto el mismo error expuesto, donde tal ejercicio desemboca en una diversificación de conductas, cuyo establecimiento mediante reglamentos internos no necesariamente refleja una necesidad de actuación del *imperium* estatal y su consiguiente sanción.

Sí bien en materia penal se encuentra debidamente planteado el principio de mínima intervención penal, lo que a su vez desemboca en el bagatelismo administrativo derivando el conocimiento de ciertas conductas al campo administrativo.

Sin embargo el abuso de determinación de conductas sancionables, que no encuentren una sólida razón de existir, da lugar a la apreciación de un estado autoritario

---

<sup>176</sup> Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánico del Servicio Público*, art. 81.

<sup>177</sup> Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*, 2.<sup>a</sup> ed. (Montevideo: B de F, 2002), 39.

y no un estado de derechos, más aun cuando la determinación de conductas mediante reglamentos internos, no encuentra requisito alguno para su formulación.

De igual forma respecto al segundo planteamiento, respecto a la determinación de sanción en un cuerpo normativo diferente, tal como en el caso analizado donde la graduación de la sanción se encuentra establecida en los reglamentos internos, es decir en un cuerpo normativo que más allá de resultar de menor grado, es distinto a una ley, en este sentido el mismo autor expone lo siguiente:

Concepto en cualquier caso distinto al de ley penal en blanco es el de las disposiciones que precisan el supuesto de hecho y remiten a otro lugar la fijación de la consecuencia jurídica. Este supuesto que JIMÉNEZ DE ASÚA denomina “ley en blanco al revés”, es para RODRÍGUEZ DEVESA “una mera cuestión de técnica legislativa equivocada”, pues el operar normalmente señalando a un hecho la penalidad que se fija para otro en distinto lugar [...], lleva al peligro de que se olviden las necesarias diferencias de gravedad entre ellos”. A esto añadiré que si la remisión tiene lugar a instancia inferior se renuncia a la exclusividad en la precisa fijación de la pena que, como garantía constitucional, corresponde indeclinablemente a la ley.<sup>178</sup>

Por lo que el establecimiento a la deriva de las sanciones aplicables en materia de régimen disciplinario, poca lógica arroja a la graduación de la sanción a ser impuesta, lo que así mismo puede reflejar en el establecimiento desproporcionado de sanciones con respecto a las conductas, más con la falta de determinación de las mismas conforme lo expuesto en líneas anteriores.

De igual forma encuentra la misma crítica toda vez que desde un punto de vista amplio cualquier conducta sería susceptible de aplicación de la sanción más grave o más leve al mismo tiempo, lo que se ve reforzado ante la ausencia de mecanismo alguno para su determinación.

Como es claramente apreciable, la técnica legislativa determinada mediante la Ley Orgánica del Servicio Pública, da claras muestras de necesitar una intervención drástica a fin de evitar la incursión en el doble error expuesto, esto es la identificación de la conducta y la determinación de la sanción correspondiente.

En este sentido la República de Colombia ha demostrado un avance significativo en tal material, al establecer la Ley 1952 de 2019 al establecer un Código General Disciplinario,<sup>179</sup> dentro del cual se encuentra subsanadas las falencias antes expuestas,

---

<sup>178</sup> *Ibíd.*, 40.

<sup>179</sup> Colombia, Función Pública, “Ley 1952 de 2019” *Función Pública*, accedido 27 de julio de 2021, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90324>

toda vez que dentro del mismo se establecido con claridad tanto las conductas como el mecanismo de valoración de las sanciones.

En virtud de lo cual sí bien el establecimiento de un código disciplinario resultaría ser la mejor solución para los impases expuestos, la ejecución del mismo resulta compleja, debido a la amplia variedad de reglamentos existentes, así como la cantidad de instituciones existentes.

No obstante pese a su complejidad no resulta en una actividad imposible, no obstante como mecanismo a corto plazo resulta en la incorporación dentro de la Ley Orgánica del Servicio Público de un estándar de valoración de la sanción, si bien tal comportamiento no da solución a la falta de determinación normativa de las conductas sancionables, si persigue determinación los parámetros de graduación de la sanción y consecuentemente el encausamiento de las conductas que han de ser consideradas.

Este último planteamiento recae reiteradamente sobre las concepciones que rodean al tipo penal abierto como analogía, encuentra cierta solución en algunos casos puntuales comprendidos en la Ley Orgánica del Servicio Público donde el establecimiento tanto de conducta como de sanción, mediante tipos abiertos tales como la afectación a la gestión interna de la institución.

Figuras instauradas a fin de mantener un correcto cumplimiento de las condiciones que han de cumplirse, cuyo caso contrario repercute en la consideración de un comportamiento antinormativo sin que ello implique abandono de la graduación de la sanción, tal como lo expuesto a continuación.

### **3. Advertencias ante el tipo abierto y el tipo de reenvío en el derecho administrativo**

Con relación al tipo penal abierto o norma penal en blanco el autor Eugenio Zaffaroni, sostiene la existencia de dos tipos uno en sentido amplio y otro estricto, refiriéndose sobre ellos en la siguiente forma: “Las primeras serían aquellas en que para determinar la prohibición debe acudir a otra ley, pero emergida del mismo órgano o pedir legiferante, [...] El segundo sentido – el estricto- es el que plantea los problemas más actuales: cuando para determinarse la prohibición debe acudir a otro órgano legiferante (Poder Ejecutivo, Municipio, etc.)”,<sup>180</sup> en este sentido se aprecia que dicho

---

<sup>180</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal: parte general*, Vol. 3, 189.

tipo penal busca refugio para la determinación de las conductas en otros cuerpos normativos, tanto en su sentido amplio como en su sentido estricto.

Sin embargo tal como se planteó anteriormente la práctica de determinar sanciones en otros cuerpos normativos, a una escala penal resulta inviable tal como lo plantea el mismo autor al mencionar: “el [Poder Ejecutivo] no puede crear infracciones penales y si una ley penal remite a tales infracciones es absolutamente inconstitucional, Mientras que el tipo se complete con normas que emanan de la esfera legislativa (en sentido material) competente, no habrá ninguna delegación de poder y el tipo será perfectamente constitucional”,<sup>181</sup> en este sentido debe notarse que en materia penal se encuentra confluído por el principio de mínima intervención penal, el cual no encuentra su connotación administrativa.

No obstante tal como se refirió con anterioridad, el aspecto de tipicidad establecido tanto en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador,<sup>182</sup> dentro del cual se trata respecto a las sanciones imponibles, lo que a su vez vinculado al principio de tipicidad determinado en el artículo 29 de Código Orgánico Administrativo, que expresamente manifiesta: “Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. [...]”,<sup>183</sup> crea una estructura donde la ley debe prever tanto la conducta como la sanción aplicable.

En virtud de lo cual resulta complicado divisar el planteamiento especificado en los artículo 43 de la Ley Orgánica del Servicio Público, donde se establece los tipos de sanciones más no los casos en los cuales resulta aplicable, es en este punto donde se identifica el principio de taxatividad.

El cual consistente en: “La exigencia de clara *determinación* de las conductas punibles se expresa en el denominado *principio de taxatividad* o mandato de certeza [...]”.<sup>184</sup> En este sentido, retornamos al planteamiento anterior donde de lo expuesto en la Ley Orgánica del Servicio Público, presenta la ausencia de conducta y procedencia de la sanción, determinando únicamente los tipos de sanciones, lo que a su vez encuentra su consolidación a través del principio de legalidad en el campo administrativo.

En este sentido se esboza el tipo de reenvió en materia penal, consistente en que la conducta ha de ser determinada en un lugar diferente de la misma ley o a través de otros

---

<sup>181</sup> *Ibíd.*, 191.

<sup>182</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76 num. 3.

<sup>183</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 29.

<sup>184</sup> Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal*, 105.

cuerpos normativos, técnica que procura dar cierta viabilidad ante la gran variedad de comportamientos o conductas, perspectiva bajo la cual resulta concebible el planteamiento expuesto, en este sentido esta formulación dentro de cuyo contenido presenta la redirección a otra norma a fin de completar su estructura, permite el abarcar en mayor medida las conductas que denotan una característica de perjuicio.

Con tal perspectiva dentro del campo disciplinario, considerando la cantidad normas administrativas presentes para el correcto desenvolvimiento de adecuado de una institución, permite el abarcar en conjunto las mismas, sin embargo tal justificación encuentra su contraposición, en el momento en que cualquier comportamiento puede ser determinado como infracción, sin el mismo encuentre un elemento justificativo de fondo que determine la necesidad de configurar conducta u omisión como infracción administrativa.

En este sentido la presencia de conductas que se encuentran enteramente sujetas a la interpretación subjetiva del juzgador, generan un escenario de inseguridad, toda vez que virtualmente cualquier conducta puede ser atada como infracción, lo que se encuentra producido debido a la ausencia de elementos de configuración que en efecto determinen la presencia de un perjuicio y por ende la necesidad de movilización del aparato administrativo.

Como por ejemplo se desprende del “desarrollo inadecuado de actividades dentro de la jornada laboral”,<sup>185</sup> tal como anteriormente fue planteado, puede vincularse con cualquier comportamiento, ante la ausencia de elemento que permita su determinación puesto que carece de una construcción que configure su aplicación en los casos que en efecto resulten necesario, debido apreciarse en reiterada forma la determinación de la sanción a la que ha de ser sometido.

Con tal precedente sí bien la tipificación a través de este mecanismo, permite en cierta medida considerar en su conjunto la multiplicidad de conductas perjudiciales que pueden producirse, procurando arrojar un debido desarrollo y comportamiento dentro de la institución, la carencia de dos elementos en su construcción como los estándares de valoración y la sanción aplicable, sumen al procedimiento disciplinario en la arbitrariedad del juzgador.

Por lo tanto, la aplicación del tipo de reenvió, así como el tipo abierto, que sí bien responden a una escuela del derecho penal, se aprecia con toda claridad dentro del campo

---

<sup>185</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 42, literal a.

del procedimiento disciplinario, no obstante, su construcción encuentra múltiples incongruencias lo que arroja serias contradicciones con lo que en efecto debe considerarse como adecuado dentro de un debido procedimiento.

#### **4. Propuesta de tipos administrativos y sanciones**

Como se ha expuesto anteriormente la necesidad de una modificación dentro de la legislación aplicable para el procedimiento disciplinario, resulta claramente evidente, en este sentido que, si bien la utilización de un mecanismo de tipificación abierta puede arrojar ciertas luces para mantener el debido orden un funcionamiento dentro de la institución, es necesario determinar ciertos parámetros a los que se encontrará sujeto.

Para cuyo efecto, inicialmente debe considerarse que las conductas sujetas a sanción, deben en sí generar un perjuicio a la administración lo que a su vez permita apreciar la necesidad de imponer una sanción.

Sin embargo tal perjuicio debe considerarse como la afectación al desarrollo de las actividades dentro de la institución, sujeto a la habitualidad de actividades desarrolladas, así como encontrarse directamente vinculado a otra norma, por lo que su configuración encuentra un comportamiento anti normativo.

Siendo necesario aclarar que más allá de la consideración literaria sobre lo que resulta indebido, en ausencia de norma jurídica que permita su configuración, se carece de elemento alguno para su configuración como infracción, repercutiendo en una falta al derecho a la seguridad jurídica, con tal consideración puede apreciarse que la premisa del debido desarrollo de actividades debe responder en esencia a la protección al desarrollo de actividades en base a lo determinado en otra norma jurídica.

En este sentido la segunda norma jurídica antes aludida se consolida en el fondo o elemento protegido, a través de la norma que consolide su infracción, puesto que en ausencia de este fondo la presencia de su consideración como infracción se plasma en un acto arbitrario, puesto que consolida la imposición de una sanción ante la incursión en una conducta considerada como infracción sin que responda a un elemento antinormativo.

De igual forma como elemento indispensable durante la construcción normativa de la infracción debe considerarse el grado de afectación a producida, para tal efecto es susceptible de utilización de la fórmula de afectación al interés público, lo que arroja cierta luz sobre la gravedad de la conducta, abarcado elementos tales como afectación a la prestación del servicio público, el cumplimiento de obligaciones laborales entre otras.

Tal elemento permite de manera directa la determinación de la sanción dentro de la estructura del articulado que establezca la sanción, esto es dentro de la Ley Orgánica del Servicio Público, lo que a su vez permite una consolidación de *lex certa* y garantía de lo determinado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, que en su parte correspondiente refiere: “ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”.<sup>186</sup>

A tal efecto el ejemplo antes citado respecto al: “desarrollo inadecuado de actividades dentro de la jornada laboral”.<sup>187</sup> Puede reconstruirse como: La servidora o servidor público que desarrolle sus actividades de manera contrario al ordenamiento jurídico, genere productos inferiores a la calidad habitual que para tales casos es requerida o incumpla las obligaciones de su cargo, siempre que responda a una afectación leve será sancionado como amonestación verbal.

Si bien el planteamiento anterior puede ser sometido a una mejora en su construcción, a efecto gráfico del mismo se desprenden los elementos antes expuestos, tal como la relación pragmática entre la conducta y la afectación al ordenamiento jurídico, así como la determinación de la sanción a que ha de ser sometida tal conducta.

Sin embargo, el mismo encuentra un elemento de subjetividad siendo este la afectación, por lo que resulta necesaria la determinación normativa de que deberá ser considerado como afectación al interés público, que conforme a lo anteriormente indicado puede desglosarse en leve, medio y grave, no obstante, con la finalidad de evitar la reincursión de la subjetividad absoluta, se deben establecer los parámetros para su consideración.

Entre tales parámetros debe considerarse, la existencia de derechos subjetivos vulnerados, interferencia con la prestación de servicios públicos, si la afectación responde a nivel de las obligaciones del servidor, responsabilidades de la unidad u órgano administrativo o incumplimiento a la misión institucional, el grado de responsabilidad del disciplinado.

Cuyo cálculo debe realizarse a un nivel normativo, a fin de viabilizar durante la ejecución del procedimiento se realice únicamente la adecuación de la conducta a la base normativa existente, considerando para tal efecto las conductas que en efecto responda a un aspecto de perjuicio, lo que a su vez vinculado a la prohibición de uso extensivo

---

<sup>186</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76 num. 3.

<sup>187</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, art. 42 literal a.

restringe la adecuación de conductas no consideradas a fin de proceder a su sanción, indistintamente de la razón que motive tal comportamiento.

## Conclusiones

Conforme se ha expuesto en el trabajo que precede, la necesidad de una reforma legal resulta imprescindible, toda vez que la técnica legislativa empleada, llega a generar grandes vacíos, dejando lugar a la arbitrariedad dentro de los casos sujetos al procedimiento disciplinario.

La construcción de un tipo administrativo, responde a la existencia del principio de tipicidad, que dentro del procedimiento disciplinario ha sido sobremanera descuidado, lo que ha producido una libre determinación de sanciones arbitrarias, dentro de la administración pública.

La libre consideración de conductas establecidas como infracción, sin la existencia de parámetros de graduación, así como determinación somete a las y los servidores públicos a la libre determinación de la autoridad de turno tales consideraciones, de igual forma permite que conductas que no responden a un aspecto de perjuicio o afectación al servicio público sean consideradas como causales de amonestación, repercutiendo en la discrecionalidad absoluta sobre tal consideración.

La libre determinación de la sanción imponible, en razón de la comisión de infracciones, no responde al espíritu normativo indicado, respecto a la garantía de debido proceso establecido en la Constitución de la República del Ecuador, por lo que la técnica empleada por la Ley Orgánica del Servicio Público resulta una apreciación demasiado amplia sobre la debida imposición de la amonestación.

La implementación de los tipos abiertos dentro de la construcción del tipo administrativo, permite amparar la mayor parte de los comportamientos anti normativos, sin embargo, la implementación del mismo sin la debida técnica legislativa, produce vacíos legales, que en la búsqueda de ser suplidos repercute en conceptos viciados.

La judicialización del procedimiento administrativo disciplinario dentro del Código Orgánico Administrativo genera ciertamente la existencia de incongruencias dentro de la aplicación de los procedimientos administrativos sancionadores, tal como se aprecia dentro del régimen disciplinario.

La carencia de un concepto determinado en lo que atañe al interés público, produce subsecuente la ausencia de elemento que permita la determinación de la afectación al interés público, como elemento necesario a fin de generar una debida proporcionalidad entre la conducta incurrida y la sanción a ser impuesta.

La implementación de una responsabilidad disminuida expuesta en el presente trabajo, permitiría arrojar un ambiente orientado a la protección de los derechos de las y los servidores, orientando por lo tanto al procedimiento disciplinario una determinación de responsabilidad en mayores parámetros de legalidad.

La consideración de parámetros psicológicos de las y los servidores dentro de la sustanciación de los regímenes disciplinarios, genera un estatus de resguardo a la salud e integralidad de los mismos, cuyos parámetros de consideración y efectos a repercutir dependerán en gran medida de las condiciones a las que se encuentran sometidos, así como a la necesidad de la debida ejecución de actividades por parte del trabajador social de la institución.

## Bibliografía

- Alexy, Robert. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministro de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alfredsson, Gudmundur, y Asbjørn Eide, eds. *The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers ; Sold and distributed in North, Central, and South America by Kluwer Law International, 1999.
- Ávila Santamaría, Ramiro, Alberto Acosta, y Esperanza Martínez. *El neoconstitucionalismo transformador el estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala, Universidad Politécnica Salesiana : Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Barak, Aharon. *Proporcionalidad los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra editores, 2017.
- Barrero Rodríguez, Concepción, Pedro Escribano Collado, y Francisco López Menudo. *Lecciones de derecho administrativo*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2019.
- Baumann, Jürgen. *Derecho penal conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- Beccaria, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Historia del derecho 32. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015. [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado\\_beccaria\\_hd32\\_2015.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf).
- Berlin, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1988.
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 4.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Blanco, Alejandro. *Derecho Administrativo Identidad y transformaciones*. Santiago: Ediciones UC, 2018. doi:10.2307/j.ctvvngj1.4.

- Blanquer, David. *Derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Bobbio, Norberto. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Editado por Andrea Greppi. Colección estructuras y procesos: serie derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2015.
- Bosena, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.
- Brewer Carías, Allan-Randolph. *Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia ; Universidad Central de Venezuela, 2005.
- . *Tratado de derecho administrativo derecho público en Iberoamérica*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2013.
- Canales Cortés, Luis Alberto, Edwin Duarte Delgado, Sergio J. Cuarezma Terán, Diego Cuarezma Zapata, y Sharon Helena Bravo González, eds. *El debido proceso como un derecho humano*. Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigacion Juridica (INEJ), 2018.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7.<sup>a</sup> ed. Vol. I. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002.
- . *Derecho administrativo*. 7.<sup>a</sup> ed. Vol. II. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002.
- Claus, Roxin. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- Ecuador, Código del Trabajo. Suplemento del Registro Oficial 167, 26 de septiembre de 2005.
- . Código Orgánico Administrativo. Segundo Suplemento del Registro Oficial 31, 7 de julio de 2017.
- . Código Orgánico Integral Penal. Suplemento del Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014.
- . Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . Ley Orgánica de Empresas Públicas. Suplemento del Registro Oficial 48, 16 de octubre de 2009.
- . Ley Orgánica del Servicio Público. Registro Oficial Suplemento No. 294, 6 de octubre de 2010.
- . Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos. Segundo Suplemento del Registro Oficial 353, 23 de octubre de 2018.

- . Ley Orgánico del Servicio Público. Suplemento del Registro Oficial 294, 6 de octubre de 2010.
- . Reglamento General a la Ley Orgánico del Servicio Público. Suplemento del Registro Oficial 418, 1 de abril de 2011.
- . Corte Constitucional. “Sentencia 025-16-SIN-CC”. *Caso No. 0047-14-IN*, 6 de abril de 2016.
- . “Sentencia 067-14-SEP-CC”. *Caso No. 1626-10-EP*, 9 de abril de 2014.
- Fernández Ruiz, Jorge, Miguel Angel Osorio Chong, y Pedro Salazar. *Derecho administrativo*. Ciudad de México: Secretaría de Gobernación: Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- Ferrada Borquez, Juan Carlos, ed. *Estudios de derecho público el principio de separación de poderes: actas de las XL Jornadas de Derecho Público, 2010*. Santiago: AbeledoPerrot: Thomson/Reuters, 2011.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2014.
- Fontan Balestra, Carlos. *Derecho penal introducción y parte general*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1998.
- Fraga, Gabino, y Manuel Fraga. *Derecho administrativo*. 40.<sup>a</sup> ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2000.
- Gamero Casado, Eduardo, y Severiano Fernández Ramos. *Manual básico de derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 2019.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.
- García Ureta, Agustín. *Temas de derecho administrativo*. Vol. II. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Gordillo, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- Izquierdo, Alejandro, Carola Pessino, Guillermo Javier Vuletin, y Inter-American Development Bank. *Mejor gasto para mejores vidas: cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos*. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2018.
- Laguna de Paz, José Carlos. *Derecho administrativo económico*. Madrid: Civitas: Thomson Reuters, 2019.

- López García, Ángel. *Pluricentrismo, hibridación y porosidad en la lengua española*. Madrid: Iberoamericana Vervuert, 2010.
- Maurer, Hartmut, y Gabriel Doménech Pascual. *Derecho administrativo parte general*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Medina Alcoz, Luis. *Libertad y autoridad en el derecho administrativo derecho subjetivo e interés legítimo una revisión*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Mexico, ed. *Colección del sistema universal de protección de los derechos humanos*. 17.<sup>a</sup> ed. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.
- Mezger, Edmund. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Pellegrini, 1958.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal concepto y método*. 2.<sup>a</sup> ed. Montevideo: B de F, 2002.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho Penal*. 8.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Muñoz Conde, Francisco. *De la Tolerancia cero, al Derecho penal del enemigo*. Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2009.
- Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general*. Vol. XIII. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018.
- Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5.<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2018.
- Ojeda Segovia, Lautaro. *Políticas de bienestar social y participación social en el Ecuador*. Quito: ILDIS, 1988.
- . *Seguridad ciudadana, sociedad y estado: Ecuador en el año 2005*. Quito: Corporación Metropolitana de Seguridad y Convivencia Ciudadana, 2006.
- Pais Rodríguez, Ramón. *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Dykinson, 2019.
- Parada, Ramón. *Derecho administrativo parte general*. Vol. I. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Parada Vázquez, José Ramón. *Derecho administrativo I*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Parejo Alfonso, Luciano, y Allan Randolph Brewer-Carias. *El concepto de derecho administrativo*, 2019.
- Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del delito*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

- Pozo Silva, Nelson. *Imputabilidad penal y mente*. Colección Derecho y sociedad. Santiago: ARCIS, Universidad de Artes y Ciencias Sociales, 2010.
- Real Academia Española, y Consejo General del Poder Judicial. “Principio de eficiencia”. <https://dej.rae.es/lema/principio-de-eficiencia#targetText=Regla%20o%20criterio%20de%20gesti%C3%B3n,los%20recursos%20empleados%20para%20conseguirlos.>, 22 de octubre de 2019.
- Rebollo Puig, Manuel, Diego J Vera Jurado, Mariano López Benítez, y Manuel Izquierdo Carrasco. *Derecho administrativo*. Vol. III. Madrid: Tecnos, 2019.
- Rebollo Puig, Manuel, y Diego José Vera Jurado. *Derecho administrativo*, 2019.
- Rivero Ortega, Ricardo. *Derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.
- Rivero Ysern, Enrique. *El daño en el derecho administrativo*. Porto: Juruá Editorial, 2018.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Quito: Libresa, 2000.
- Roxin, Claus. *Derecho penal parte general*. Madrid: Civitas, 1997.
- Serra Rojas, Andrés. *Derecho administrativo*. 8.<sup>a</sup> ed. Ciudad de México: Porrúa S.A., 1977.
- Silvestroni, Mariano. *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del puerto, 2004.
- Spiegel, Ludwig. *Derecho administrativo*. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019.
- Stiglitz, Joseph E. *La economía del sector público*. 3.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Antonio Bosch, 2000.
- Terragni, Marco Antonio. *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1981.
- Trayter, Joan Manuel. *Derecho administrativo parte general*. Barcelona: Atelier, 2019.
- Welzel, Hans. *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.
- . *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- Yépez Andrade, Mariana. *Principio de oportunidad en Ecuador*. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2010.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- . *Tratado de derecho penal parte general*. Vol. I. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- . *Tratado de derecho penal parte general*. Vol. III. Buenos Aires: Ediar, 1999.
- . *Tratado de derecho penal parte general*. Vol. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999.
- Zavala Baquerizo, Jorge. *El debido proceso penal*. Quito: Edino, 2002.