

Tarquino José Orellana Roldán Msc.

El Procedimiento Administrativo Sancionador en el Ecuador

RESUMEN: El presente tiene por objeto, profundizar en el conocimiento de las reglas y principios que rigen en el Procedimiento Sancionador en materia sanitaria del Ecuador, cuyos resultados pueden derivar en sanciones que van desde las multas pecuniarias, hasta la inhabilitación en el ejercicio profesional o del establecimiento.

En el caso Ecuatoriano, con una historia acumulada de descuido del desarrollo de jurisprudencia administrativa, y caos normativo generado por el desconocimiento y ligereza de nuestros legisladores, hacen de la práctica profesional médica una especie de campo minado, en donde la falta de claridad en las conductas prohibidas, los procesos que forman la voluntad administrativa, y el caos legislativo ponen al ciudadano en una situación permanente de inseguridad jurídica, lo que, supone un problema tanto para funcionarios públicos encargados de sustanciar los procedimientos sancionadores, los profesionales de la salud en el ejercicio de su profesión, y para el ciudadano común que espera servicios de salud eficaces.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento administrativo sancionador; Poder punitivo; Derecho administrativo; Conflicto normativo.

Administrative Penalty Procedure in Ecuador

ABSTRACT: This work has the purpose to deepen in the knowledge of the principles and rules on the sanctioning procedure in Ecuador, which results may result in different sanctions from economic ones to professional disqualification, or closure of the establishment. In the Ecuadorian case, with a history of neglect in the development of administrative jurisprudence, and normative chaos, makes of the professional practice, a kind of minefield, where the lack of clarity regards the forbidden behaviors, the process which form the administrative will and the legislative chaos put the citizens in legal insecurity which means a problem for the public administration, the citizens and professionals and for the citizen that waits for medical services.

► **Tarquino José Orellana Roldán**, AMEDILEX, Asesoría médico legal. **Autor de correspondencia:** (✉) joseorellanar9@gmail.com.

KEYWORDS: Sanctioning procedure, Punitive power, Administrative law, Normative conflict.

Introducción

El Derecho Administrativo Sancionador es una expresión más del poder punitivo del Estado, es así que, desde sus orígenes, este ha tenido una relación directa con el Derecho Penal, tanto en sus principios como en sus reglas, pero que, con el tiempo han tenido que ser desarrollados de forma independiente y especializada. Durante los últimos años, el Ecuador ha tenido un cambio significativo, sobre todo en relación con el intento de organizar todos los procedimientos administrativos dispersos en varias normas orgánicas y especiales, en un solo procedimiento. El Código Orgánico Administrativo, promulgado en el año 2018 dispone derogar toda aquella normativa anterior, sin embargo, pronunciamientos de carácter vinculante, emitidos por parte de la Procuraduría General del Estado, han vuelto al procedimiento sancionador sanitario, un procedimiento deficiente el momento de garantizar los derechos de los ciudadanos, acorde a los principios garantistas de la Constitución del 2008.

Es fundamental que se entienda que, un proceso administrativo culmina en la imposición de una sanción que supone una reparación y restablecimiento de la deficiente prestación de un servicio de salud, y también en la imposición de una sanción que afecta derechos subjetivos, por lo que, la normativa y los procedimientos, tienen incidencia directa en la posibilidad de conocer la verdad de los hechos, y en reparaciones adecuadas y efectivas.

Procedimiento sancionador y Garantismo

En tiempos donde la presión social, los medios de comunicación y las redes sociales, pretenden influir de forma directa en la toma de decisiones jurisdiccionales, se vuelve necesario hablar nuestro compromiso con el garantismo constitucional como la única fórmula adecuada para proteger los derechos fundamentales, frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, que muchas veces tiende a ser un instrumento, del poder de turno o de intereses

particulares que son manejados al antojo y conveniencia de un momento político.

Así, para Ferrajoli (2006) el garantismo representa un discurso contrario al ejercicio arbitrario del poder, el totalitarismo y el absolutismo, pues, entiende que el Estado tiene una sola razón de ser, la garantía de los derechos de los ciudadanos, por lo tanto, el poder del Estado y su razón de ser como artificio racional, solo se justifica como uno de servicio a la colectividad y al ciudadano.

La constitución del 2008, declara que, «El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos», lo que, distinto al significado del Estado de Derecho, coloca a la constitución como el centro del acuerdo jurídico político de la sociedad. Es decir, se trata de dar más fuerza a la relación entre sociedad y Estado y a la vez profundizar la vigencia y garantía de derechos. Para Núñez Borja,(1971)¹ la administración pública tiene como función la regulación y el control para la productividad de bienes y servicios, u otros como Hariou, que consideran que los fines pueden ser simplificados a orden y utilidad pública, En este sentido, el Estado Garantista como modelo normativo, tal como lo define Ferrajoli, se distingue de otros, en cuanto «se propone invertir los papeles: el derecho ya no es más un instrumento de la política; ahora al contrario la política deberá ser un instrumento del Derecho, sometida en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales»²

Para Ferrajol (2006), el garantismo tiene tres acepciones, la primera, como un modelo normativo, la segunda como una teoría del derecho y finalmente como una filosofía política, sin embargo, sus principios y reglas pueden ser abordadas desde la perspectiva del derecho procesal constitucional y desde la teoría de los derechos fundamentales. En este sentido, el garantismo tiene dos objetivos principales, por un lado, proteger que el Estado no menoscabe los derechos de libertad del individuo, manteniendo el ejercicio del poder punitivo como de última ratio, es decir que, el derecho sancionador sea mal utilizado como un mecanismo de persecución, retaliación, o de violencia en contra del

¹ Breve Tratado de Derecho Administrativo del Perú

² MORENO CRUZ Rodolfo – el modelo garantista de Luigi Ferrajoli pág. 829 Biblioteca Virtual De La Universidad Autónoma De México

individuo y por otro lado, busca la materialización de los compromisos sociales del Estado, mediante acciones positivas que buscan la satisfacción de necesidades vitales mínimas. El análisis a la luz del garantismo, implica el principio de la constitución y de los derechos como norma fundamental y criterio de validez sustancial de las normas, y esto nos exige realizar un control constitucional en cada uno de los momentos en los que interviene el poder punitivo, y de forma fundamental en el momento de la tipificación de las conductas prohibidas, pues, es este momento en el que el Estado encuentra su fundamento y también su límite para ejercer su imperium, su fuerza, en base a criterios racionales, técnicos, motivados y verificables, que permitan la defensa de la justicia por encima de la mera legalidad, realizando una interpretación pro derechos fundamentales, de minimización del derecho poder punitivo, transversal a todos los poderes del Estado, en pro de la democracia y la maximización de libertad y felicidad posibles, en doble vía, en favor del ciudadano, del control y de la utilidad pública e interés general.

1.1 Procedimiento Administrativo Sancionador

El procedimiento sancionador constituye una potestad otorgada por el Estado, que tiene como finalidad determinar si procede o no una sanción, ahí la importancia del desarrollo de las garantías del debido proceso, recogidas principalmente en el artículo 76 de la constitución, entre estas la garantía a un debido proceso, derecho a la defensa, la contradicción y recibir resoluciones motivadas, con el fin de evitar la arbitrariedad y el desborde del poder punitivo del Estado, manifestado en su forma administrativa.

Para Gordillo (1984) el derecho procesal administrativo «es la parte del derecho administrativo que regula las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación de impugnación de la voluntad administrativa». Estudia, por lo tanto, la participación y defensa del interesado. La finalidad del procedimiento, se refiere al establecimiento de responsabilidad del ciudadano frente a una conducta descrita previamente como prohibida. En este sentido, el debido proceso, como garantía contemplada en el artículo 76 de

la constitución, tiene la finalidad de que esta serie de pasos y fases del proceso, se lleven a cabo de forma justa e imparcial, aún en sede administrativa, donde en principio, quién tiene la potestad de sancionar, también es la persona que decide. Las garantías del debido proceso evitan que la administración desborde su poder punitivo, evitando que caiga en arbitrariedades, ya sea porque se sanciona a una persona que no es responsable, porque su conducta no se encuentra prohibida, y también para asegurar que, en caso de una sanción, esta sea proporcional al daño causado y se consigan reparaciones justas y efectivas.

Principio de legalidad

Los principios y reglas que se recogen en el artículo 76 de la Constitución de la República, son comunes a todos los procedimientos en los que se establezcan derechos y obligaciones. Para Zabala Baquerizo (2002), el debido proceso es: *«el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivo los presupuestos, principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que informan el derecho, con la finalidad de alcanzar una justa Administración de Justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad de los ciudadanos, reconocida constitucionalmente como Derecho.»*

La Corte Constitucional en el caso N.- 0261-09-EP, sentencia N.- 035-10-sep-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 294, de 6 de octubre de 2010 lo siguiente: *«El derecho al debido proceso establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República es aquel «que tiene toda persona o sujeto justiciable, de invocar al interior del órgano jurisdiccional el respeto de aquel conjunto de principios fundamentalmente procesales (excepcionalmente sustantivos) y por demás relevantes, para que una causa, pueda ventilarse y resolverse con auténtica justicia.»³*

La constitución en su artículo 226, establece lo que comúnmente conocemos como límite positivo de competencias, aplicable al Derecho Público, por el que, los funcionarios públicos o cualquier persona que ostente una potestad estatal

podrá hacer únicamente aquello que se encuentra escrito en la Ley, entendiéndose que, se encuentra prohibido, todo aquello que no está expresamente permitido. Esto representa en sí mismo el límite que existe para el ejercicio del poder, entendiéndose que existe una división de poderes, y un control de legalidad, siendo una función del Estado, en este caso, la función legislativa, quién tiene el designio de la voluntad popular para decidir en favor de sus electores, con un único límite, que es el constitucional y de los derechos humanos. Así, la función ejecutiva tiene la única función de aplicar la constitución y la Ley, como expresión de soberanía democrática, y la función judicial, finalmente que realiza un control de legalidad ulterior, cuando el administrado no esté de acuerdo con una resolución administrativa.

«La vinculación del principio de legalidad a todos los poderes del Estado se da en diferentes niveles. Así, tiene una presencia mucho más fuerte en el Ejecutivo que en el Jurisdiccional y finalmente, una apenas deducible influencia en el legislativo.»⁴

[...] en cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil [...] virtud del primero [...] hace leyes [...] se llama [al] [...] último Poder Judicial, y al otro Poder Ejecutivo del Estado. [Se establece] lo que Montesquieu entendió como un sistema de frenos y contrapesos, de tal forma que, al encontrarse dividido el poder del Estado, sea el propio poder el que detenga el poder. O sea, mediante la división se pretende encontrar un sistema interno de control de la actividad del Estado, partiendo del supuesto de que la Constitución, como norma suprema, delimita los ámbitos competenciales de los diversos órganos, de manera que ninguno de ellos esté en posibilidad de ejercer de manera absoluta el poder del Estado, y, a su vez, establece sistemas que sean susceptibles de garantizar la regularidad constitucional.»⁵

El derecho, como invención racional, busca a través del principio de legalidad, establecer una relación de imputación, es decir, una conexión entre el acto, la ley, y su consecuencia, en cuanto el derecho expresa un mandato, expresión de un

⁴ Karla Pérez Portilla: Principio de igualdad: alcances y perspectivas, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, iii-ii, p.

⁵ Carlos de Silva: «El acto jurisdiccional», en Isonomía, n. o 21, México: ITAM, octubre del 2004, p. 185

«deber ser». Es decir, el principio de legalidad, establece consecuencias jurídicas a los hechos, en la forma de que, ante un supuesto hecho, la autoridad tiene la potestad de actuar, o de sancionar, de tal forma que el poder actúe únicamente en función de sus atribuciones, expresadas en la Ley, que son límite y al mismo tiempo fuente de poder. Para Rolando Tamayo (2005)⁶, el principio de legalidad opera en dos niveles: El primero de acuerdo con la regla de competencia, que supone que, toda orden, mandato o resolución del poder público supone una norma jurídica previa que le confiere de facultades y atribuciones, en este sentido, el Estado no tiene derechos, tiene potestades, tiene atribuciones legales y cada una de ellas debe ser motivada en normas y derechos de los ciudadanos. El segundo nivel, se refiere a que la legalidad tiene por objetivo el control de los actos de los funcionarios, a fin de verificar, el exceso o desvío de poder, respecto a quien, y como debe ejercerse el poder punitivo, o cualquier potestad estatal.

En el caso Ecuatoriano, el principio de legalidad está siendo cuestionado, el momento en el que se pone en duda la potestad del legislador para derogar normativas anteriores, en cuanto, el pronunciamiento del procurador general del Estado es vinculante a todas las instituciones del Estado, y significa que, el pronunciamiento en contra de Ley, y de forma arbitraria, puede decidir la aplicación de una norma anterior, pese a que, existe disposición expresa de La Asamblea Nacional al respecto al respecto, lo que es perjudicial para el ciudadano, al colocarlo en una situación de inseguridad jurídica, respecto al procedimiento sancionador. La Constitución en su artículo 132, indica que solo la Asamblea Nacional es la encargada de aprobar leyes y generales de interés común, y en su numeral 2, indicar que se requiere ley para tipificar infracciones, a lo que cabe aclarar que, el Código Orgánica Administrativo únicamente establece un procedimiento sancionador, unas autoridades y unas potestades y derechos en específico que están siendo dejados de lado, pero es la Ley Orgánica de Salud, la encargada de tipificar cada una de las conductas prohibidas. El principio de reserva de ley, significa que, todo funcionario público tiene poder en función de una normativa previa, que describa una conducta prohibida y que también entregue esa potestad al funcionario de forma expresa, es decir, lo que queda en

duda es la potestad de cada una de las autoridades que menciona el artículo 217, no las conductas que se describen como prohibidas.

En relación al principio de legalidad, como el fundamento de la competencia, en relación al tiempo, resulta pertinente reflexionar respecto a la prescripción de las infracciones administrativas, en cuanto la Ley Orgánica de Salud, no ha establecido un tiempo de prescripción, mientras que, la normativa Orgánica general, el COA, ha establecido nuevas formas de clasificarlas, según su gravedad, y ha establecido prescripción para cada una de ellas. Al no existir la misma gradación de infracciones, como leves y graves, el principio pro administrado, pro reo, nos exigirían que todas las infracciones previstas en la Ley Orgánica de Salud, prescriban en el menor tiempo previsto, esto es, un año.

Art. 245.- Prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora. El ejercicio de la potestad sancionadora prescribe en los siguientes plazos:

- 1) Al año para las infracciones leves y las sanciones que por ellas se impongan.
- 2) A los tres años para las infracciones graves y las sanciones que por ellas se impongan.
- 3) A los cinco años para las infracciones muy graves y las sanciones que por ellas se impongan.

Por regla general los plazos se contabilizan desde el día siguiente al de comisión del hecho. Cuando se trate de una infracción continuada, se contará desde el día siguiente al cese de los hechos constitutivos de la infracción.

Cuando se trate de una infracción oculta, se contará desde el día siguiente a aquel en que la administración pública tenga conocimiento de los hechos.

La distinción fundamental que resulta del COA, se da respecto a distinguir cada una de las fases del proceso administrativo, en una de instrucción, prueba y contradicción y otra de sanción. Las potestades que distinguen a cada fase del procedimiento sancionador, que regula la Ley Orgánica de Salud, es diametralmente diferente a aquella que se describe en el COA. En el caso de la Ley Orgánica de Salud, debemos distinguir que, cada una de las sanciones que se

tipifican, corresponden ser juzgadas por distintas autoridades, de acuerdo a la gravedad de la sanción que se impone, así, el artículo 217 de la Ley Orgánica de salud, establece que la potestad para juzgar y sancionar las infracciones a esta ley le corresponden a El Ministerio de Salud Pública, el Director General de Salud, los Directores Provinciales de Salud, los comisarios de salud, mientras que, el COA distingue de forma independiente y en abstracto, a la autoridad instructora de la sancionadora, las que tienen independencia entre sí, el primero para sustanciar el proceso y emitir un dictamen de no responsabilidad o sanción o modificación de la imputación y segundo para imponer la sanción, o no en base a las constancias procesales.

Principio de tipicidad

La diferencia de este principio con el anterior se refiere que la tipicidad significa la correcta descripción de la conducta prohibida, como límite y fuente del poder sancionador. De acuerdo a nuestra constitución este principio se recoge en el artículo 76, numeral 3 que establece que nadie puede ser juzgado por actos que en el momento de su cometimiento no se encuentren tipificados como infracción administrativa, adicionalmente se menciona que solo se juzgará a una persona ante la autoridad competente Este principio depende de la prolijidad en la que el legislador pueda expresar la conducta que se prohíbe, de tal modo que no puedan darse ambigüedades que generen un ejercicio abusivo o arbitrario del poder, ya sea respecto a la conducta o a la sanción, por lo tanto, el legislador deberá describir de forma clara los supuestos de hecho y también las consecuencias jurídicas por el cometimiento de esas conductas.

El Código Orgánico Administrativo, define al principio de la siguiente forma:

- Art. 29.- Principio de tipicidad. 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.

El código administrativo refuerza el principio de seguridad jurídica, así como normas del debido proceso, en cuanto la interpretación que haga la autoridad sancionadora, será únicamente respecto a verificar que se cumplan los elementos descritos de forma expresa en la Ley, es decir, no existe lugar a la interpretación analógica o extensiva, como si ocurre en el derecho civil, pues, tanto en el derecho penal, como en el derecho administrativo, rige el principio *in dubio pro reo*, que significa que, en caso de duda debe resolverse el caso en favor del reo, o en este caso de quién está siendo sometido a un procedimiento sancionador. Esto ocurre en razón que una interpretación fuera del texto legal daría lugar a que, la función judicial, o en este caso la función administrativa, invadan competencias que no les corresponden, respecto a legislar y establecer cuáles son las conductas prohibidas.

El artículo 18 del Código Orgánico Administrativo, señala también como principio de interpretación, el llamado «principio de interdicción de la arbitrariedad», que dispone a los organismos que conforman el sector público, emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias, es decir, fuera del texto de la norma.

Si bien, La Ley Orgánica de Salud, no define al principio de tipicidad, en su artículo 237 menciona que, «Las infracciones en materia de salud serán sancionadas de conformidad con las disposiciones contenidas en esta Ley y sus reglamentos, sin perjuicio de las sanciones civiles, administrativas y penales a que hubiera lugar», lo que nos lleva a equívocos, pues, es únicamente la Ley Orgánica de Salud, la que puede establecer sanciones de carácter administrativo.

De acuerdo al artículo 240 de la misma Ley, las infracciones administrativas consisten en multas, suspensión del permiso o licencia, suspensión del ejercicio profesional, decomiso y la clausura parcial, temporal o definitiva del establecimiento correspondiente. Las infracciones se encuentran descritas en un capítulo independiente de «INFRACCIONES», que únicamente describen las

sanciones que corresponden a cada conducta, descrita en otro capítulo de la Ley, lo que ya es desde un principio, algo confuso y desordenado.

Resulta pertinente, referirse al artículo 232 de la Ley Orgánica de Salud, que establece que:

- Art. 202.- Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de:
 - a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas;
 - b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia;
 - c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y,
 - d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional.

Si bien el legislador no ha mencionado de forma expresa que el tipo penal administrativo es uno de naturaleza culposa o dolosa, si se refiere directamente a daños causados al paciente en el ejercicio de la profesión médica, por tanto, existe una finalidad y representación causal lícita por parte del sujeto activo, que es procurar el bien al paciente, pero existe al mismo tiempo, un error en los medios empleados, es decir, se trata un tipo penal administrativo que sanciona conductas culposas, quedando las actuaciones dolosas, reservadas de forma exclusiva para el derecho penal, no obstante, cabe mencionar que, el derecho penal, también sanciona las lesiones culposas en el ejercicio de la profesión, con penas de prisión que dependen del tiempo de la lesión, incapacidad o el resultado final de muerte, por lo que, en muchos casos, estamos ante un posible juzgamiento y sanción en distintas vías, ya sea penales, civiles y administrativas, lo que pone en duda el principio constitucional de prohibición de doble juzgamiento, así como, el principio de mínima intervención penal, toda vez que, pudiendo existir otras formas de reparación distintas a las penales, se insiste en

la «venganza» que significa la prisión, o la pérdida de la libertad, aun cuando se trata de conductas que derivan en resultados no intencionados.

Texto de un nuevo párrafo Del principio de no analogía, ni extensividad, llegamos a la conclusión de que las conductas dolosas solo pueden ser juzgadas por un juez de garantías penales, mientras que las culposas podrían ser sancionadas por el Estado, tanto en la vía penal como administrativa, lo que significa un absurdo y evidencia del abuso del ejercicio punitivo del Estado, derivado de una legislación desactualizada y que no encuentra armonía con los principios constitucionales ni las normas orgánica pertinentes.

En cuanto a la parte objetiva, el primer requisito que debe verificar la autoridad sancionadora administrativa, es la existencia de una relación causal entre conducta (acción u omisión), para lo cual requiere necesariamente del auxilio de las ciencias naturales, por medio de peritos, o técnicos especialistas, para luego pasar debe a un juicio normativo, también conocido en el mundo del derecho penal como «imputación objetiva», en el que se debe verificar varios elementos, entre estos, la creación de un riesgo no permitido o tolerado por el ordenamiento jurídico, y que este se vea reflejado en el resultado.

En la mayoría de casos, establecer una relación causal entre la acción y el resultado no resulta complicado, por ejemplo, una persona que fallece por haber sido aplicado un tipo de sangre incompatible, esta muerte puede ser atribuida a la persona que tenía el rol legal del manejo de fluidos, por ejemplo el anesthesiólogo, sin embargo, existe casos en lo que puede existir problemas causales que, de no explicarse científicamente por la autoridad sancionadora, deben resolverse en favor del profesional. Por ejemplo, en casos de causalidad acumulada, en el que varias condiciones independientes provocan un mismo resultado, causalidad alternativa, cuando cada una de las condiciones es suficiente para provocar el resultado, intervención en un proceso causal en marcha, cuando existe un riesgo ya existente, etc. Para lo cual es necesario acudir a las llamadas teorías de la causalidad, siendo las más trascendentes, la teoría de la equivalencia de condiciones, las teorías individualizadoras, de la adecuación, y conditio sine qua non y otras.

El procedimiento de la llamada «teoría de equivalencia de condiciones» para verificar cual es la causa del resultado, consiste en suprimir mentalmente la condición, y si eso hace que el resultado desaparezca, esa condición es la causa. (Larrauri, 2002). Sin embargo, esto resulta en el equívoco, de poner al mismo nivel todas las causas, por lo que la causa, ya no es solo la intervención médica errónea, sino también los fabricantes de los instrumentos quirúrgicos, quienes construyeron el hospital, etc., por lo tanto, no se selecciona ni se pone límite entre las innumerables condiciones que existen para un resultado final, sino por el contrario, son consideradas equivalentes, de ahí su nombre. En respuesta a estos problemas, surgieron las llamadas teorías individualizadoras, que intentan diferenciar entre causas y condiciones, siendo la causa, aquella que antecede al resultado o la más preponderante. (Vargas González 1998). Entre estas, la teoría de la adecuación establece que no toda condición es causa en sentido jurídico sino solamente aquella que es normalmente adecuada para producir un resultado, en base a un juicio de probabilidad o previsibilidad desde una perspectiva «ex ante» de la producción de un resultado típico. Así, la responsabilidad administrativa descansa sobre dos requisitos, nexo causal entre acción y daño, relevancia del nexo causal y que sea consecuencia de un actuar contrario al que se le exige a otro profesional de la salud en la misma situación.

La teoría de la imputación objetiva, desarrollada principalmente en el campo del derecho penal, consiste en verificar que la conducta humana haya creado un riesgo jurídicamente no permitido y que este se haya realizado en el resultado, ello requiere por consiguiente, que la autoridad sancionadora deba comprobar que, el profesional creó un riesgo jurídicamente no permitido, toda vez que, la medicina en sí misma es una profesión de aplicación de medios en un contexto de riesgos, por lo que, el riesgo debe ser contrario a la *lex artis* aplicable, y que este riesgo se vea reflejado en el resultado final de lesión o muerte. En este sentido Roxin (2002), se refiere a la imputación objetiva como la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido. Esto debido a que la sociedad, para su funcionamiento normal asume ciertos riesgos, como por ejemplo el tráfico de vehículos, o en el caso en particular, la práctica profesional

de la salud. Finalmente, el último criterio al que se refiere la imputación objetiva, se relaciona con el ámbito de protección de la norma, por ejemplo, si una actuación médica llevada a cabo de forma imprudente causa la lesión de un paciente, y esta a su vez, causa una impresión en la madre del paciente, que la lleva a la muerte, este resultado no se puede atribuir al sujeto activo, lo mismo ocurriría en casos de por ejemplo, incumplir con la norma de consentimiento informado aplicable, respecto a graficar la intervención, no tendría relación con una infección y sepsis, causada por olvidar instrumentos quirúrgicos en el cuerpo del paciente.

Una vez que se resuelve el tema de la causalidad, debemos verificar que se cumpla también, cualquiera de las condiciones descritas en los literales, a, b, c y d. En el caso del literal a) del artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud, estamos frente a lo que la teoría define como tipos penales en blanco, en cuanto el legislador no describe los elementos del supuesto de hecho, sino se remite a otras disposiciones legales del mismo o inferior rango, que funcionan como complemento del tipo principal, sin especificar qué tipo de normas, dejando abierta la interpretación hacia la generalidad, desde ley orgánicas hasta reglamentos, acuerdos, etc.

Por un lado, los defensores de los tipos penales en blanco, manifiestan que estos impiden la «petrificación» de la Ley, pues se considera que se refieren a otras ramas del conocimiento que se desarrollan de forma más veritiginosa que la Ley, como por ejemplo, la medicina,, mientras que sus detractores lo consideran una violación al principio de legalidad y la división de poderes, en cuanto permitiría que, por medio de reglamentos (dictados por el ejecutivo) y otras normas inferiores se terminen por tipificar sanciones, fuera de la Ley.

Respecto al literal b) el legislador se refiere a la impericia, entendida como la falta de conocimientos técnicos o experiencia, lo cual resulta ambiguo, y abierto a la interpretación ¿Cuál es la experiencia suficiente que requiere el legislador? ¿Es suficiente la certificación de estudios completados?

Finalmente, en los supuestos descritos en los literales c) y d) no existe claridad en cuál es el parámetro exigible, quedando abierta la posibilidad de interpretaciones anti técnicas, por lo que, consideramos que todo se podría resumir en el incumplimiento de la Lex artis aplicable, de modo que la autoridad sancionadora deba necesariamente recurrir a auxiliares técnicos que le ayuden a descubrir si efectivamente la conducta merece una pena administrativa o no, una vez verificado el nexo causal entre acción y resultado, y que la conducta no tenga fundamento en la Lex Artis.

Principio de Contradicción

Este principio es una de las garantías básicas de cualquier procedimiento sancionador, y consiste en que, las partes tengan la misma oportunidad de participar en el proceso, en cuanto a la presentación de argumentos, pruebas, alegatos, etc. que ocurren en la sustanciación del procedimiento. Este principio se encuentra en relación con el principio constitucional de igualdad, en cuanto permite a todos los ciudadanos los mismos mecanismos de defensa, sin restricción alguna. Este principio se encuentra reconocido en el artículo 76 de la constitución de la República, numeral 7 que describe a esta garantía procesal, del siguiente modo: «Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de aquellos, que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las presentadas en su contra».

Cabe destacar que, en el procedimiento sancionador, la carga de la prueba le corresponde a la administración, siendo esta la que debe demostrar que el administrado cumple con todos los elementos objetivos y subjetivos para la imposición de una sanción administrativa, y para esto cuenta con el «imperium» estatal que le conceden sus competencias para investigar y reunir pruebas para la imputación de una falta administrativa.

Art. 139 (COA). - Impulso procedimental. A las administraciones públicas les corresponde el impulso oficial del procedimiento administrativo.

Al solicitar las diligencias o trámites que deban ser cumplidos por otros órganos administrativos, debe indicarse el término para su cumplimiento.

El órgano competente debe corregir las omisiones o errores de derecho en que incurran las personas que intervienen en el proceso, que no se refiera a la pretensión, con excepción del procedimiento administrativo sancionador.

La persona interesada podrá también impulsar el procedimiento administrativo, particularmente, en lo que respecta a las cargas y obligaciones en la práctica de la prueba.

Art. 195.- Cargas probatorias. La prueba se referirá a los hechos controvertidos.

En todo procedimiento administrativo en que la situación jurídica de la persona interesada pueda ser agravada con la resolución de la administración pública y en particular, cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública. En todos los demás casos la carga de la prueba le corresponde a la persona interesada.

La administración pública no exigirá de la persona interesada la demostración de hechos negativos, la ausencia de responsabilidad, su inocencia o cualquier otra forma de prueba ilógica o físicamente imposible. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018).

Es importante destacar que, la carga de la prueba en cualquier procedimiento sancionador le corresponde a la administración, sin embargo, existe excepciones expresas, relativas a las llamadas «eximentes de responsabilidad», descritas en el artículo 337 como: el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero. Sin embargo, en la práctica, ante la imputación de una supuesta falta administrativa que ha causado daño a un paciente, al profesional de la salud le corresponde probar que se ha cumplido con su rol, de manera técnica, en cumplimiento de la *lex artis* y protocolos medios aplicables al caso en concreto, o que, el daño proviene de otra condición distinta a la conducta.

De acuerdo a la Ley Orgánica de Salud, la fase procesal para la contradicción ocurre en la audiencia de juzgamiento descrita en los artículo 228 y siguientes, a la que, la administración convoca luego de imputar una infracción en el auto inicial al administrado, así, en la práctica, la administración tiene mucho más tiempo para investigar y recabar prueba, mientras la infracción no esté prescrita,

mientras que, el administrado tiene únicamente diez días, que deberán ser activados por el administrado, mediante petición expresa, caso contrario, se pasa directamente al juzgamiento y resolución.

Por otro lado, el procedimiento establecido en el Código Administrativo es diametralmente diferente, en cuanto se separa una fase de instrucción de una de juzgamiento, siendo la fase de instrucción, el espacio de contradicción y aportación de pruebas y alegatos.

Art. 255.- Actuaciones de instrucción. La o el inculpado dispone de un término de diez días para alegar, aportar documentos o información que estime conveniente y solicitar la práctica de las diligencias probatorias. Así mismo podrá reconocer su responsabilidad y corregir su conducta.

La o el instructor realizará de oficio las actuaciones que resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e información que sean relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2018).

Cabe destacar que, de acuerdo al COA, la administración pública tiene un tiempo de seis meses para notificar con el inicio del procedimiento sancionador, desde el inicio de las actuaciones previas, bajo riesgo de caducidad de los informes puestos en conocimiento de la autoridad instructora, lo que no está previsto en la Ley Orgánica de Salud, sin embargo debería aplicarse como normativa general a todos los procedimientos, en cuanto la caducidad, la prescripción y las fases, son garantías y derechos que el legislador ha establecido en favor del administrado para procurar un procedimiento justo, proporcional y motivado.

Una vez iniciado el procedimiento, y que el administrado haya sido notificado con el auto de inicio, en donde consta la imputación de una conducta prohibida, de acuerdo al COA, este tiene un término de diez días para dar contestación por escrito, en donde el administrado se pronuncia respecto a la imputación aceptando o negando su responsabilidad, y también aportando los documentos y pruebas que considere pertinente para probar lo que afirma, la Ley

Orgánica de Salud, establece que la contestación se da directamente en una audiencia de juzgamiento, que ocurre de forma oral. Si bien, esta distinción aparentemente protege la intermediación entre la autoridad y el ciudadano, en el caso de los procedimientos que se sustancian ante la autoridad del Salud, con fundamento en la Ley Orgánica de Salud, la audiencia de juzgamiento ocurre a modo de un ritual, más que, un procedimiento racional, en cuanto, la contestación se da de la misma forma en la que se podría contestar por escrito, en cuanto la prueba tampoco se produce en la misma, sino únicamente se anuncia y de requerirse por parte del administrado, se abre el término de seis días para que se practiquen las pruebas que anuncie en la contestación. Respecto a la prueba, el Código Orgánico Administrativo establece una fase obligatoria de prueba, por el término de diez días, lo que protege y garantiza de la fase de contradicción, en conformidad el artículo 76 de la Constitución.

Por otro lado, el Código Orgánico Administrativo, establece de forma expresa un procedimiento de notificación de inicio del procedimiento y también la posibilidad de reconocer la responsabilidad y acogerse a beneficios por esto, lo que no está previsto en la Ley Orgánica de Salud, de esta forma el poder punitivo es racionalizado por el COA, mientras que, en la Ley Orgánica de Salud se vuelve un instrumento de sanción recaudación, más que de corrección o carácter preventivo.

Art. 255. (Código Orgánico Administrativo)- Actuaciones de instrucción. La o el inculpado dispone de un término de diez días para alegar, aportar documentos o información que estime conveniente y solicitar la práctica de las diligencias probatorias. Así mismo podrá reconocer su responsabilidad y corregir su conducta.

La o el instructor realizará de oficio las actuaciones que resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e información que sean relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción

Art. 253.- Reconocimiento de responsabilidad y pago voluntario. Si la o el infractor reconoce su responsabilidad, se puede resolver el procedimiento, con la imposición de la sanción.

En caso de que la o el inculpado corrija su conducta y acredite este hecho en el expediente se puede obtener las reducciones o las exenciones previstas en el ordenamiento jurídico.

El cumplimiento voluntario de la sanción por parte de la o del inculpado, en cualquier momento anterior a la resolución, implica la terminación del procedimiento. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2017).

Una vez que se da contestación y se evacuan todas las pruebas que fueron anunciadas oportunamente, en el caso del procedimiento descrito en el Código Orgánico Administrativo, el funcionario sancionador elabora un dictamen, que puede solo recomendar la sanción al órgano sancionador cuya resolución puede ser apelado ante la autoridad superior de cada institución del Estado, en el caso de la Ley Orgánica de Salud, esta posibilidad dependerá de cada una de las infracciones que están descritos, pues, algunas de ellas son conocidas directamente por la máxima autoridad, lo que imposibilita la posibilidad del llamado «principio de doble conforme» , garantizado también por nuestra constitución e irrespetado por la Ley Orgánica de Salud, que resulta en la imposibilidad de plantear por ejemplo, el recurso extraordinario de revisión. Por otro lado, el Código Orgánico administrativo prevé tres instancias administrativas de autocontrol de legalidad de los actos y resoluciones, siendo estos, el recurso de apelación, ante la autoridad superior, el recurso de revisión también ante la autoridad superior de la institución y finalmente los recursos de revisión de oficio, lo que tampoco ocurre en el caso de la Ley Orgánica de Salud. Siendo la apelación y el principio de doble conforme un asunto de derechos y no de forma, es decir, sustantivo y no procesal, la norma vigente debería ser aquella que más proteja el derecho del ciudadano y la garantía constitucional a un debido proceso, por tanto, todos los recursos que describe la normativa general deberían ser aplicables también al procedimiento administrativo sanitario.

Principio *nom bis in ídem*

Es importante mencionar que, la posibilidad de un dictamen de modificación como describe el Código Orgánico Administrativo, no supone un nuevo juzgamiento, sin embargo, que esto no sustancialmente cierto, pues, además que, la administración tiene a su favor todas las herramientas que le concede el aparato estatal, y hasta un tiempo de seis meses para iniciar un procedimientos, desde iniciadas las actuaciones previas, y hasta cinco años para investigar antes que las infracciones prescriban, cuando se le notifica con un auto inicial, ya existe una imputación, ya existe una fase de prueba, ya existe un gasto de recursos, por lo que, el dictamen de modificación que ordenaría el archivo y el inicio de un nuevo procedimiento violaría el principio constitucional de prohibición de doble juzgamiento.

Art. 258.- Modificación de los hechos, calificación, sanción o responsabilidad. 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.

En este supuesto, la o el instructor expedirá nuevo acto de inicio, dispondrá la reproducción íntegra de las actuaciones efectuadas y ordenará el archivo del procedimiento que le precede. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2017).

Esto no ocurre en la Ley Orgánica de Salud, que establece un único procedimiento, sin que exista la posibilidad de someter al administrado a un proceso más de una vez por la misma causa. No obstante, el Código Orgánico Administrativo, establece en favor del administrado, la garantía de no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, aunque este pueda ser calificado de distintas formas. El artículo 235, aclara que, *«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»*, mientras que la Ley Orgánica de salud, adopta una posición diametralmente distante, al

manifestar que: «En la concurrencia de más de una infracción a las disposiciones de esta Ley y sus reglamentos, la persona será juzgada por todas las cometidas»

Por otro lado, resulta positivo en favor de un procedimiento racional, neutro, e independiente, la distinción de dos fases, una de sustanciación del procedimiento, de una de sanción, pues mantiene cierta independencia, racionalidad y equilibrio en la decisión, frente a otro procedimiento que está en manos de una sola autoridad, encargada de practicar y evacuar todas las pruebas y también de imponer la sanción, lo que naturalmente le hace defender sus propias actuaciones.

Conclusiones

El Código Orgánico Administrativo establece múltiples reglas y principios que resultan incompatibles con la Ley Orgánica de Salud y su procedimiento sancionador, sin embargo, el pronunciamiento realizado por la procuraduría general del estado, en lugar de aclarar el panorama, sembró más dudas y confusiones que ahora se perpetuarán hasta que exista un pronunciamiento constitucional al respecto o se dicte nueva normativa de salud acorde a los principios y garantías constitucionales reconocidos en la constitución del 2008 y el Código Orgánico Administrativo. Mientras tanto, el procedimiento sancionador seguirá siendo el que es regulado por la Ley Orgánica de Salud. Esta conclusión resulta especialmente absurda si consideramos que, el legislador ha establecido de forma expresa la derogatoria de cualquier procedimiento sancionador que exista en normativa especial previa a la publicación del Código Orgánico Administrativo.

CPRIMERA. - Deróganse todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando.

Por lo tanto, no existe un conflicto normativo entre normativa especial anterior y normativa general posterior como fundamenta el criterio vinculante de la procuraduría, pues, toda la normativa relativa al procedimiento sancionador está derogado expresa y tácitamente, por la vigencia del Código Orgánica Administrativo. Este pronunciamiento, rompe con el principio de legalidad, en cuanto solo el legislador puede legislar, y los pronunciamientos de la procuraduría general del Estado, no pueden ir en contra de esta potestad constitucional, caso contrario ¿cuál es el sentido de establecer una normativa que intenta agrupar todos los procedimientos administrativos en uno solo y para ello, derogar expresamente las normativas anteriores?

El pronunciamiento No. 02145 emitido por el Procurador General del Estado provoca que el Código Orgánico Administrativo sea aplicado de forma supletoria o subsidiaria en todo aquello que no está regulado de forma expresa lo que nos lleva a inconsistencias como las que hemos descritos en las páginas anteriores pues, simplemente existe incompatibilidad entre ambos procesos, haciendo prevalecer una normativa especial desactualizada y «botando al tacho» las intenciones del legislador de unificar todos los procesos dispersos en varias normativas especiales, siendo el más afectado el ciudadano, pues, no tiene seguridad jurídica respecto al proceso que sirve para formar la voluntad administrativa, ni tiene las garantías suficientes, acorde a lo descrito en el artículo 76 de la constitución.

Conflicto de intereses: El autor declara que no tiene ningún posible conflicto de intereses. **Aprobación del comité de ética y consentimiento informado:** No es aplicable a este estudio. **Contribución de cada autor:** T.O. desarrolló las ideas y escribió el artículo. Ha leído y aprobado el manuscrito final. **Contacto:** Para consultas sobre este artículo debe dirigirse a: (✉) joseorellanar9@gmail.com.

Referencias

Asamblea Nacional del Ecuador (2014). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial - Órgano Del Gobierno Del Ecuador. <https://www.mendeley.com/import/>.

Constitución de la República del Ecuador (2015). Constitución Del Ecuador. Iusrectusecart. https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf%0Ahttp://library1.nida.ac.th/termpa_per6/sd/2554/19755.pdf%0Ahttp://iusrectusecart.blogspot.com/2015/11/art1-de-la-constitucion-del-ecuador.html.

De Silva, Calos 2004: «El acto jurisdiccional», en Isonomía, n. o 21, México: ITAM

«Ley Órganica de Salud Del Ecuador».2015 Registro O: 13. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/LEY-ORGÁNICA-DE-SALUD4.pdf>.

Ferrajoli, Luigi. 2006. «Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia». Editado por Trotta

Gordillo, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo». Editado por www.gordillo.com

Larrauri, E .2002. «Introducción a la imputación objetiva. En Imputación objetiva y antijuridicidad». Estudios de Derecho Penal. Primera edición. Editorial Jurídica Bolivariana.

Portilla, Karla. 2005. «Principio de igualdad: alcances y perspectivas», México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, iii-ii, p.

Tamato, Iando y Salmorán, 2005. «Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente, México: UNAM», Excursus II, p. 214

Zabala, Jorge. 2002 «El debido proceso penal». Editorial Endino.

Información sobre el autor/a/es

► **Tarquino Orellana** es Magíster en derecho penal por la Universidad de Cuenca. Abogado en libre ejercicio, con experiencia en el sector público, y socio de AMEDILEX, Asesoría médico legal. Sus áreas de interés son el Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Penal. **Contacto:** AMEDILEX Asesoría y Auditoría Médico Legal Cía. Ltda. — (✉): joseorellanar9@gmail.com.

Como citar este artículo

Orellana, Tarquino. (2022). «El procedimiento administrativo sancionador en el Ecuador». *Analysis* 33, pp. 1–23.