

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Posgrados

**La Caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública
en Materia de Telecomunicaciones antes de la expedición de la Ley
Orgánica de Telecomunicaciones: Excepciones de falta de competencia y
prescripción de la acción**

María Gabriela Alarcón Gómez

Dr. Fabián Corral

Director de Trabajo de Titulación

Trabajo de titulación de posgrado presentado como requisito
para la obtención del título de Master en Derecho Administrativo

Quito, diciembre 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**Colegio de Postgrados****HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

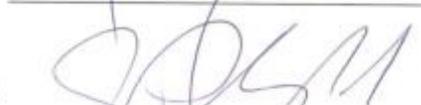
La caducidad de la potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de telecomunicaciones antes de la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: excepciones de falta de competencia y prescripción de la acción.

María Gabriela Alarcón

Fabian Corral, M.A.
Director de Tesis y Presidente del Comité de Tesis



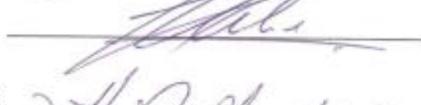
Juan Pablo Aguilar, M.A.
Presidente y Miembro del Comité de Tesis



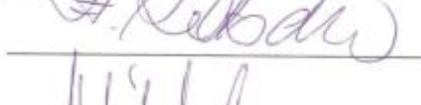
Juan Francisco Palacios, M.A.
Miembro del Comité de Tesis



Javier Robalino, M.A.
Director de la Maestría en Derecho Administrativo



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 16 de diciembre de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: LA CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES: EXCEPCIONES DE FALTA DE COMPETENCIA Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

ALUMNO MARÍA GABRIELA ALARCÓN GÓMEZ

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado

El Derecho de la Telecomunicaciones hace parte de la nueva legislación. Sus connotaciones son evidentes, si se considera la expansión y la penetración de la tecnología en la sociedad, y las modificaciones culturales, económicas, sociales y políticas que tal fenómeno ha generado. Por otra parte, las leyes, regulaciones y reglamentos sobre el tema son relativamente recientes. Las capacidades de control de las autoridades han evolucionado bajo conceptos intervencionistas bastante antiguos. Uno de esos aspectos, es la potestad sancionadora. En esa perspectiva, la tesis planteada aborda un problema de singular transcendencia, incluso si se considera la reciente expedición de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuya vigencia no resta importancia a la tesina; al contrario, afianza su transcendencia y valora aún más sus aportes.

b) Transcendencia de la hipótesis planteada por el investigador

En armonía con lo anterior, la hipótesis planteada es relevante, ya que explora, en la perspectiva del Derecho Administrativo, el ejercicio y las limitaciones (competencia y caducidad) de la potestad sancionadora. Esta potestad ha sido poco explorada en el país, y es importante profundizar en ello como la hace la tesista, porque al tiempo que se han expandido notablemente las facultades de la Administración en esa materia, son escasos los estudios académicos que permiten una comprensión objetiva del tema.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Los documentos y la información empleados en la investigación son apropiados. Se han seleccionado con rigor. La investigación explora los aspectos normativos, jurisprudenciales, regulatorios y procesales en forma idónea. El acopio de documentación y referentes es uno de los aspectos importantes de la tesina



d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada)

Encuentro que la argumentación es lógica, coherente. Apunta desde el inicio a justificar la hipótesis y logra con buen manejo de la información y con notable capacidad de síntesis, que revela, además, buen conocimiento tanto del Derecho Administrativo en general y, en particular, del derecho de las telecomunicaciones, y de sus múltiples regulaciones.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación

Hay que destacar que la tesista se ha ajustado, tanto en la etapa de investigación como en la redacción de la tesis, y en las correcciones y ajustes que se le han sugerido, a las tareas que le fueron encomendadas. Debo destacar su conocimiento de la materia y el rigor empleado en el manejo de la información y en la formulación de la hipótesis y en su justificación.

Quito, 13 de noviembre de 2015

Fabián Corral B

FIRMA DIRECTOR

© Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: _____

Nombre: María Gabriela Alarcón Gómez

Código de estudiante: 00081104

C. I.: 1714111091

Lugar, Fecha Quito, 17 de diciembre de 2015

Agradezco a:

Dios por bendecirme con la salud para poder alcanzar esta meta, y por poner en mi camino gente maravillosa que ha hecho posible este reto. Agradezco a mis padres, quienes con su amor y generosidad estuvieron conmigo para ayudarme en este camino. A mis hijos Rafaela y Matías, porque gracias a su amor y comprensión me han permitido continuar con mis metas personales, y porque han sido la fuente de mi inspiración y motivación para buscar la excelencia. A Javier por permitirme compartir con él mis logros y frustraciones, y así hacer que el camino elegido siempre haya sido el mejor posible. Al Dr. José Meythaler B. por haberme motivado y apoyado en mi formación académica y profesional. Sin duda alguna, el más sincero y enorme agradecimiento al Dr. Fabián Corral, profesor y profesional admirable, y mi Director de Tesis, quien siempre estuvo dispuesto a apoyarme en la elaboración de este trabajo académico, y sin cuyo aporte esto no hubiera sido posible; y a todas las personas de la USFQ que con su guía y ayuda permitieron la culminación de esta etapa.

A todos muchas gracias!

RESUMEN

La finalidad del presente trabajo es sustentar la aplicación de los principios generales del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, y en consecuencia, establecer un mecanismo legal que permita determinar la Caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en materia de Telecomunicaciones, en los procesos de juzgamiento iniciados por la autoridad de Telecomunicaciones, con anterioridad a la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, puesto que antes de esta Norma Legal la Legislación en materia de Telecomunicaciones, no preveía la prescripción de las acciones, y en consecuencia la autoridad ejercía de manera indefinida en el tiempo la Potestad Sancionadora pese a que está podía haber caducado.

Para esto es preciso, analizar los fundamentos técnico jurídicos de la prescripción en materia penal, su aplicabilidad a las infracciones administrativas, los principios del debido proceso y las consecuencias de la actuación de la Autoridad de Telecomunicaciones una vez que ha Caducado la Potestad Sancionadora.

De dicho análisis se desprende, que los vacíos legales en el Derecho Administrativo Sancionador, deben ser llenados con la aplicación obligatoria de los principios generales del Derecho Penal Común en lo relativo a las contravenciones. Por lo tanto, al no establecer la Ley Especial de Telecomunicaciones, la prescripción de las acciones y de las penas, es de aplicación obligatoria la prescripción establecida por el Código Integral Penal para las contravenciones.

En consecuencia, si es aplicable la prescripción a las infracciones administrativas, es indiscutible la Caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración en Materia de Telecomunicaciones, en los mismos plazos previstos para la prescripción de la acción. De ahí que, si la autoridad administrativa en Telecomunicaciones inició un proceso de juzgamiento para sancionar una infracción, cuando ha caducado su potestad sancionadora, esta actúa sin competencia, y por lo tanto el proceso es nulo.

En virtud de lo señalado, en los procesos sancionatorios en los que la Autoridad Administrativa en Telecomunicaciones haya actuado una vez producida la caducidad de la Potestad Sancionadora, es aplicable la excepción de falta de competencia y por lo tanto la de nulidad procesal.

ABSTRACT

The purpose of this Project is to support the application of the general principles of Criminal Rights to the Sanctioning Administrator Right, and consequently, to establish a legal mechanism that will allow us to determine the Expiration of the Sanctioning Power from the Public Administration in regards to Telecommunication matters, within the judgment proceedings initiated by the Telecommunication authority, prior to the issuance of the Organic Telecommunications Act, as before this Legal Norm the legislation under Telecommunication matters, did not foresee the description of the actions, and consequently the authority applied this under an indefinitely matter within the timeframe of the Sanctioning Power although such could have expired.

For this reason, it's essential to analyze the juridical technical grounds of the description in criminal matter, its enforcement towards administrative infringement, the principles of due process and the consequences of the Telecommunication Authority actions once the Sanctioning Power has Expired.

From such analysis we find that the legal emptiness within the Administrative Sanctioning Rights, must be filled-out with the application of the general principles of the Common Criminal Right related to the violations. Therefore, while the Telecommunication Special Act does not establish the description of such actions and penalties, it becomes a mandatory implementation of the provisions established by the Criminal Code for any violation.

Consequently, it's correct to implement the provisions of the administrative infringement, the Administrative Power Sanctioning Expiration is undisputed in regards to Telecommunication matters, within the same provided terms of the action. From this, the Telecommunication' administrative authority initiated a judgement process to penalize a violation, when the sanctioning power has expired, this is performed without competence, and therefore this process is null.

In virtue to what has been indicated, within the sanctioning process where the Administrative Authority in Telecommunications has acted once the Sanctioning Power expiration has been performed, the exception on lack of competence is implemented and therefore, the procedural nullity.

ÍNDICE

Introducción.....	11
-------------------	----

Capítulo I

La Potestad Sancionadora de la Administración Pública en Materia de Telecomunicaciones.....	15
A. Definición de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública.....	15
B. La Potestad Sancionadora Administrativa y su relación con el Derecho Penal.....	19
C. La Constitución y la Potestad Sancionadora de la Administración.....	24
D. Ejercicio de la Potestad Sancionadora en materia de Telecomunicaciones: Ley Especial de Telecomunicaciones.....	26

Capítulo II

La Caducidad de la Potestad Sancionadora en el Derecho Administrativo Sancionador.....	29
A. Principios del debido proceso: Principio de Legalidad.....	29
B. La Competencia como supuesto para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.....	32
C. La Caducidad de la Potestad Sancionadora.....	35

Capítulo III

La prescripción de la Acción Penal.....	43
A. Definición de la Prescripción Penal.....	43
B. Fundamento de la Prescripción de la Acción Penal.....	46
C. Naturaleza Jurídica de la Prescripción de la acción Penal.....	52

Capítulo IV

La Caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Legislación Ecuatoriana.....	57
A. La Caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Legislación Ecuatoriana.....	57
B. La Caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en Materia de Telecomunicaciones.....	61
C. Naturaleza jurídica de la Infracción Administrativa en materia de Telecomunicaciones.....	63
D. Justificación de la aplicación de la Prescripción Prevista por el Código Orgánico Penal para las contravenciones a la infracción administrativa en materia de Telecomunicaciones, y en consecuencia su aplicación como parámetro para la Caducidad de la Potestad Sancionadora.....	68
Conclusiones.....	72
Bibliografía.....	76

INTRODUCCIÓN

La realización de este estudio no ha sido concebido únicamente como un requisito Académico, sino como una reacción ante una realidad que provocó que el derecho al debido proceso sea vulnerado por el ejercicio ilimitado en el tiempo de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública bajo la Ley Especial de Telecomunicaciones, sumado a un afán intervencionista y represivo que caracteriza a la Administración Pública.

Esto generó, incertidumbre jurídica por cuanto el ejercicio indefinido en el tiempo de la Potestad Sancionadora, implica la posibilidad de ser sancionados por una infracción administrativa aun cuando si se trataría de la aplicación del Derecho Penal común, el delito ya hubiera prescrito.

El sostener que la Potestad Sancionadora del Estado en general, y específicamente en el Derecho de las Telecomunicaciones, puede permanecer indefinidamente en el tiempo, impide al administrado tener protección debida y certeza jurídica; y, podría ser la fórmula de potencializar de manera abusiva dicha potestad estatal, desconociendo así las garantías constitucionales del debido proceso.

La ausencia de un Código de Procedimiento Administrativo, y los vacíos legales respecto a la vigencia de la Potestad Administrativa Sancionadora en el tiempo, hacen necesario un análisis sobre la caducidad de dicha potestad, como garantía al debido proceso al que tienen los administrados, y que está consagrada como tal en la Constitución de la República del Ecuador, y por lo tanto es preciso referirse a la consecuencia de la caducidad de la Potestad

Sancionadora dentro de un proceso administrativo, ya que la competencia de la administración supone, que previamente estuvo habilitada para ejercer la acción.

Conforme lo señalado, la legislación vigente en materia de Derecho Administrativo y específicamente al Derecho Administrativo Sancionador en materia de Telecomunicaciones, hasta antes la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que derogó a Ley Especial de Telecomunicaciones el 18 de febrero de 2015, si bien establecía la caducidad del procedimiento administrativo, no preveía la caducidad de la Potestad Sancionadora como un elemento inherente a su ejercicio, y requisito indispensable para tener competencia, por lo que es preciso buscar un mecanismo técnico jurídico que garantice el derecho al debido proceso de los administrados.

En la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se confirma el planteamiento realizado en este estudio, con relación a la caducidad de la potestad sancionadora de la Administración Pública en Materia de Telecomunicaciones, al establecer en su Art. 135 que esta prescribe en el plazo de cinco años desde la fecha de cometimiento de la infracción, o desde que la Agencia de Regulación y control de Telecomunicaciones haya tenido conocimiento de la infracción

Sin embargo, es preciso el presente análisis puesto que todos los procesos administrativos sancionadores, iniciados con anterioridad a la expedición de dicha ley, deberán ser sujetos a la legislación anterior, en la cual no se previó la caducidad de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública en materia de Telecomunicaciones, y que como consecuencia de ello deviene la falta de competencia de la administración pública, y la consiguiente nulidad procesal a la que nos referiremos más adelante.

Sin bien es cierto, que al Estado le es inherente el ejercicio de la Potestad Sancionadora, no es menos cierto que a este le corresponde velar por los derechos de sus administrados, y en consecuencia respetar los límites del ejercicio de sus potestades, que en el caso de la Potestad Sancionadora, se vuelve mucho más relevante por cuanto su ejercicio ilimitado podría significar graves perjuicios a los administrados. Sin dejar de lado, que la competencia en razón del tiempo, es elemento fundamental para el ejercicio de dicha Potestad, y está si está regulada en nuestra legislación de manera expresa.

De ahí que, es preciso analizar qué es lo que ocurre con la vigencia de la Potestad Sancionadora en el Tiempo en la legislación ecuatoriana, respecto de a la justicia ordinaria; analizar los elementos constitutivos del ejercicio de la potestad sancionadora, en armonía con las garantías constitucionales de los administrados, que no se pueden verse afectados por inexistencia de norma expresa.

La analogía es una de las técnicas jurídicas, que en ciertos casos permite resolver estas cuestiones de derecho, para lo cual primero hay que encontrar figuras similares para poder establecer principios comunes aplicables. De ahí se puede sostener, que en materia de derecho jurisdiccional, el ejercicio de la acción penal se asemeja al ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración.

Situación que sugiere se recurra a los principios del Derecho Penal a fin de resolver en primera instancia, la permanencia en el tiempo de la Potestad Sancionadora, y específicamente la Potestad Sancionadora en Materia de Telecomunicaciones, para así garantizar los derechos fundamentales de las personas jurídicas o naturales, en condiciones tales, que se respete los principios del Debido Proceso de los cuales están asistidos, siendo el fundamental, la

competencia de la administración pública en razón del tiempo, y esto obligatoriamente tiene relación con la Caducidad de la Potestad Sancionadora.

De ahí que el propósito de esta investigación, sea fundamentar el mecanismo técnico jurídico que ante la ausencia de regulación de la caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración en materia de Telecomunicaciones, en los procesos administrativos iniciados con anterioridad a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, permita garantizar los derechos de los administrados y en consecuencia limitar el ejercicio de esta Potestad de la Administración, para hacer efectiva la seguridad jurídica, las garantías del debido proceso y una adecuada relación público privada.

En este estudio iniciaremos con el análisis de la Potestad Sancionadora de la Administración, y específicamente en materia de Telecomunicaciones; para luego, continuar con una revisión de la caducidad de dicha potestad en materia de Telecomunicaciones, y la consecuente pérdida de competencia de la Administración Pública para iniciar procesos administrativos sancionatorios. Finalmente, se determinará, si la prescripción de la acción está expresamente determinada en la legislación de telecomunicaciones, o en su defecto dar una solución jurídica que permita la aplicación de la prescripción para el juzgamiento y sanción de las infracciones en materia de Telecomunicaciones.

CAPITULO I

LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

A. Definición de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública:

Hablar de las potestades estatales, implicar referirse a su relación con la forma en la que el Estado ejerce el poder del que está investido, y al hablar de Potestad Sancionadora, es claro que se refiere al mecanismo con el que cuenta el Estado, para hacer cumplir a los administrados sus mandatos.

De ahí que concretamente a la Potestad Sancionadora, implica el ejercicio del poder punitivo que tiene el Estado respecto de sus administrados, para así hacer cumplir sus mandatos; en este sentido, José Garberí Llobregat la define como “... facultad pública de fiscalización de ciertos comportamientos de los administrados, que conlleva la facultad de imponer medidas restrictivas de ejercicio de los derechos de los administrados, ante la inobservancia de las reglas que proscriben aquéllos.”¹

En la Potestad Sancionadora del Estado, están contenidas la potestad judicial penal y la administrativa sancionadora, así lo señala Alejandro Nieto al sostener que:

¹ José Garberí Llobregat. *Derecho Administrativo Sancionador*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998, p. 24.

[La] idea del *ius puniendi* único del Estado, [...] tiene su origen y alcanza su última justificación en una maniobra teórica que en Derecho se utiliza con cierta frecuencia: cuando la Doctrina o la Jurisprudencia quieren asimilar dos figuras aparentemente distintas, forman con ellas un concepto superior y único – un supra concepto – en el que ambas están integradas, garantizándose con la pretendida identidad ontológica la unidad de régimen. Esto es lo que se ha hecho con la potestad sancionadora del Estado, en la que se engloban sus dos manifestaciones represoras básicas: la judicial penal y la administrativa sancionadora.²

Actualmente ya nadie discute, que la justicia penal está reservada para la Función Judicial, a través de sus jueces y tribunales, que tiene su fundamento en la división de los poderes del Estado; y, la Potestad Administrativa Sancionadora corresponde al Estado a través de sus órganos administrativos. Cuestión esta que no siempre estuvo fin definida. Al respecto Alejandro Nieto señala:

[Esta] es una situación totalmente generalizada que se arrastra desde el Estado absolutista, aunque en algunos países de Europa se alteró profundamente el constitucionalismo decimonónico provocando un eclipse de las facultades administrativas sancionadoras al otorgar al Juez el monopolio de su ejercicio. A partir de la Primera Guerra Mundial volvió a oscilar, sin embargo, el péndulo de la Historia restableciéndose las potestades administrativas tradicionales, que hoy se encuentran en una cota de intensidad más alta incluso que la que alcanzaron en los momentos más exacerbados del Estado de Policía.³

Así el Estado con fundamento en la potestad sancionadora, impone sanciones, y los Tribunales de justicia penas. En este sentido Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su obra *Curso de Derecho Administrativo* señalan lo siguiente:

[Por] sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa. [...] Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas los Tribunales Penales.⁴

² Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 149.

³ *Id.* p. 86.

⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1998, p. 163.

La Constitución de la República del Ecuador al referirse a las garantías básicas del debido proceso en su artículo 76, reconoce expresamente la existencia de una justicia penal, y de la potestad sancionadora administrativa, al señalar que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. Además diferencia la infracción administrativa de la penal, y en consecuencia las sanciones penales de las administrativas.

Por otra parte, al referirse al ejercicio de la Potestad de Administrar Justicia en su artículo número 167 señala “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.” De ahí que, a la función judicial le corresponde la justicia penal.

La Norma Suprema, en el Capítulo Quinto Art. 204, crea la Función de Transparencia y Control Social, a través de la cual reconoce al pueblo como el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social ejerce el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que prestan servicios o desarrollan actividades de interés público.

La Función de Transparencia y Control Social está formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

Para efectos de este trabajo, nos referiremos a las superintendencias, las mismas que de conformidad con el Art. 213 de la Constitución de la República del Ecuador, son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

La Ley Especial de Telecomunicaciones derogada en su Art. 30, establecía que corresponde al Superintendente de Telecomunicaciones juzgar al presunto infractor, graduando la aplicación de la sanción según las circunstancias, mediante resolución motivada y notificada al infractor. Siendo en consecuencia, inherente al Estado el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

El Estado a través del ejercicio de la Potestad Sancionadora, obliga a los administrados a corregir sus actuaciones cuando estas atentan contra su actividad, en este sentido Alejandro Nieto⁵ señala:

[...] la presencia de un elemento caracterizador genuino de la potestad administrativa sancionadora que le distingue sustancialmente de la correlativa potestad penal, ya que en aquella – a diferencia de lo que sucede en esta – se trata de un anejo o complemento de las facultades materiales de gestión, a cuyo servicio están para reforzar el cumplimiento eficaz con medidas represoras en caso de desobediencia.”

En consecuencia, la potestad sancionadora es competencia de las autoridades administrativas determinada a través de la ley, para imponer sanciones cuando los

⁵ Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. Óp. cit., p. 92.

administrados atenten contra su actividad y así preservar el ordenamiento jurídico. Así lo señala Carlos Mario Isaza Serrano⁶:

[La] potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos.

Cuando la potestad sancionadora administrativa tiene como función sancionar a los funcionarios públicos por sus actuaciones en el ejercicio de sus cargos, se llama potestad disciplinaria, conforme lo señala Isaza Serrano⁷:

[Esta] última suele dividirse en correctiva y disciplinaria. La potestad correctiva se aplica a la generalidad de los coasociados cuando contravienen lo ordenado por la administración y las disposiciones policivas, y la disciplinaria, a quienes desempeñan funciones públicas, cuando incurrir en comportamientos tipificados como faltas disciplinarias, por ser contrarias a la buena marcha de la administración pública.

Sin embargo de esta distinción, los principios que regulan el ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración se aplican también a la potestad disciplinaria.

B. La Potestad Sancionadora Administrativa y su relación con el Derecho Penal.

El papel represivo de la Administración traducido en el : “...mantenimiento en manos del Ejecutivo de poderes sancionatorios directos y expeditos...”⁸, tuvo su transformación con la

⁶ Carlos Mario Isaza Serrano. *Teoría del Derecho Disciplinario en Colombia*. Bogotá: Temis, 2009, p. 247.

⁷ *Ibíd.*

Revolución Francesa, con cuyos principios inspiradores, surge el Derecho Penal. Este sistema represivo que nace como un sistema racional y objetivo, poco a poco fue instituido en las monarquías de la época, coexistiendo con su potestad sancionadora. En este sentido García de Enterría señala en su obra *Curso de Derecho Administrativo* lo siguiente:

[...]tras la gran revolución del sistema represivo que supuso la adopción del Derecho Penal legalizado y judicializado (*nullum crimen, nulla poena sine lege; nulla poena sine legale iudicium*), desde los orígenes mismos de la Revolución Francesa (el primer Código Penal fue el francés de 1791, dictado en aplicación de los principios penales contenidos en la Declaración de derechos de 1789 [...]) Las monarquías del XIX, aun las más alejadas de los principios revolucionarios, se apresuraron a adoptar el sistema represivo, más racionalizado y objetivo, pero no por eso abandonaron sus propios poderes sancionatorios...⁹

Es así, como gracias a la Revolución Francesa se sentaron las bases de lo que posteriormente se desarrolló como el Estado de Derecho, y ello trajo como consecuencia la aplicación de principios como el de legalidad y proporcionalidad de las penas. Lo que generó la discusión entre la competencia de los jueces y de la administración, cuyas autoridades buscaban cumplir sus fines y para ello debían aplicar sanciones a los administrados que no contravenían el régimen impuesto. Conflicto que fue resuelto por primera por el Consejo de Estado en 1849.

[Poco] tiempo después de la entrega en vigor del Nuevo Código Penal en Real Decreto de Competencia de 31 de octubre de 1849, dictado, por tanto, sobre un Dictamen del Consejo de Estado, resolvió el primer conflicto entre la autoridad judicial y la autoridad administrativa sobre el particular. Esta decisión, capital como muy pocas para configurar nuestro sistema administrativo, sostuvo que el nuevo Código Penal, y no obstante la judicialización de las faltas en su libro III, no eliminaba en realidad los poderes represivos de Gobernadores y Alcaldes, que podían ejercer paralelamente a las penas por faltas aplicadas por el Juez.¹⁰

⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 164.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 164.

Esta decisión estuvo amparada en el la división de poderes y en la independencia que debe tener la administración de la función judicial. Definitivamente, la administración pública debe estar dotada de una herramienta, que le permita cumplir sus fines, encontrando así su justificación la Potestad Sancionadora de la Administración.

Estas discusiones doctrinarias, también tenían como objetivo el distinguir la naturaleza de las sanciones administrativas y de las sanciones penales. Sin embargo, al parecer no existió ningún fundamento para pensar que estas tenían una justificación distinta. Sin perjuicio de lo cual, si se estableció que las penas privativas de la libertad, están reservadas para la justicia penal.

Distinción que está claramente establecida en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 77, al determinar que la privación de la libertad es una pena, y por tanto solo puede ser impuesta por un juez o un tribunal, por el cometimiento de un delito.

La línea divisoria entre la judicialización de la pena, y la descriminalización, debería ser fruto de un análisis jurídico, social e institucional, a fin de determinar la conveniencia de mantener una conducta como tipo penal, y no dejar al arbitrio del legislador. Situación que actualmente se evidencia en el Ecuador, puesto que solo depende de los lineamientos adoptados en la política criminal del estado, para penalizar o despenalizar las conductas de los administrados.

La descriminalización genera la transformación de una conducta de delito a una contravención, y por tanto, conforme quedó señalado precedentemente, la competencia para establecer la sanción pasa de los tribunales penales a la administración.

De lo expuesto, se evidencia, que la Potestad Sancionadora de la Administración y del Derecho Penal, tienen una íntima relación; este segundo, nace como una herramienta de control social, adoptando principios inspirados en las Declaración de Derechos. Cuestión fundamental para este análisis.

Actualmente, el Derecho Penal tiene una función integradora con el ordenamiento jurídico administrativo sancionador, conforme lo señala Alejandro Pérez Nieto en su obra el Derecho Administrativo Sancionador:

[La] función integradora que en la actualidad realiza el Derecho Penal sobre el Ordenamiento jurídico administrativo sancionador es, como sabemos, relativamente reciente puesto que en un tiempo se trataba de sectores rigurosamente separados. Por otra parte desde el momento en que se establecieron canales de comunicación entre ellos, la intensidad integradora ha ido variando hasta el punto de que es fácil constatar un proceso evolutivo en tres etapas. Por así decirlo, para llegar a la situación presente la jurisprudencia y la doctrina han dado tres pasos de aproximación.¹¹

Situación determinante para la realización de este análisis, puesto que de aquí nace el fundamento para sostener que los principios del Derecho Penal son plenamente aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, y por lo tanto a la Potestad Sancionadora de la Administración, conforme se analizará más adelante.

Alejandro Pérez Nieto, señala que este proceso integrador se ha dado en tres etapas. La primera de ella, en una concepción de supletoriedad del Derecho Penal para llenar los vacíos jurídicos: “El primer paso, según puede imaginarse, fue la aplicación del Derecho Penal a las infracciones administrativas con carácter supletorio y para el llenado de lagunas.”¹², y cita la

¹¹ Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. *Óp. cit.*, p. 165.

¹² *Ibíd.*

sentencia del Tribunal Supremo de España, ponente Dr. Ángel Martín del Burgo (Ar. 3464) de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 29 de septiembre de 1980:

[La] jurisprudencia tiene sentada la doctrina de que la ausencia en el ordenamiento penal administrativo de una parte general no debe interpretarse como un apoderamiento a la Administración para una aplicación libre y arbitraria de sus facultades sancionadoras por tratarse de una laguna que ha de cubrirse con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario, lo que obliga a seguir unos mismos principios en una y otra esfera [...] ¹³

Claramente, se establece la presencia del Derecho Penal como una garantía para evitar el abuso en el ejercicio de la Potestad Sancionadora Administrativa del Estado, puesto que ante la existencia de un vacío legal en el ejercicio de esta, se debe recurrir de forma subsidiaria a los principios del Derecho Penal para suplir las lagunas que se detectaren. Sin embargo, esta supletoriedad conforme lo señala el autor Alejandro Pérez Nieto, se en segunda etapa se transforma, a una aplicación directa:

[De] aquí se saltó luego sin dificultad aparente a la tesis – sostenida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Supremo e incluso por éste antes de la Constitución – de que no sólo con carácter supletorio sino de forma directa son aplicables los principios del Derecho Penal. Este salto de la aplicación supletoria de preceptos del Código Penal a la aplicación directa de principios de Derecho Penal estaba ya absolutamente generalizado en la jurisprudencia preconstitucional de los años setenta. ¹⁴

Llama la atención, como el derecho español ya en los años setenta, había resuelto una cuestión fundamental para garantizar los derechos constitucionales de los administrados, y como en el Ecuador la administración pública, ni los tribunales contenciosos administrativos, aún no ha resuelto una cuestión fundamental, como es la vigencia en el tiempo de la potestad sancionadora de la administración.

¹³ Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador. Óp. cit.*, p. 165.

¹⁴ *Ibíd.*

El autor señala que el tercer paso de esta integración sería la constitucionalización de este proceso. La revisión de esta integración es fundamental para la solución del problema planteado en este estudio.

C. La Constitución y la potestad sancionadora de la administración.

Las Constituciones que ha regido la vida republicana del Ecuador, han reflejado la evolución de la potestad sancionadora del Estado, conforme se ha señalado precedentemente. En un inicio, se concentra todo el poder sancionador en la jurisdicción de los jueces y tribunales, sin que exista una clara división de lo que es materia contenciosa administrativa y penal.

La Constitución de 1830, solo reconoce la administración de justicia por las Cortes. En la Constitución de 1835, ya se hace una clara mención al Presidente de la República, no podrá aplicar penas privativas de la libertad.

En las Constituciones de 1843, 1851, 1852, 1861, profundizan la separación de poderes, y establecen dentro de las prohibiciones del Presidente de la República, el interferir en la administración de justicia, y en el curso de los procesos judiciales.

En la Constitución de 1946, por primera vez se establece las competencias de una instancia administrativa para imponer sanciones en caso de incumplimiento, concediéndole al Tribunal Supremo electoral, competencia para sancionar los incumplimientos a la Ley del Sufragio

En la Constitución de 1997 codificada en 1998, por primera vez se prevé a las Superintendencias, como órganos técnicos y de control, correspondiéndole esta función en materia de Telecomunicaciones a la Superintendencia de Telecomunicaciones, determinándose de esta manera la competencia administrativa de esta institución provista de potestad sancionadora para hacer cumplir los contratos y concesiones para la explotación de los servicios de telecomunicaciones.

Antes de la Constitución de 1997, codificada en 1998, la Superintendencia de Telecomunicaciones, fue creada por la Ley Especial de Telecomunicaciones, actualmente derogada.

Sin embargo, es solo a partir de la Constitución de 1998 que se hace una referencia directa a la infracción administrativa dentro de las garantías del debido proceso, sin que exista un reconocimiento expreso de la potestad sancionadora de la Administración Pública, el mismo se infiere cuando en el texto de la norma constitucional se refiere en general a las resoluciones sancionadoras de los poderes públicos.

Definitivamente la norma constitucional, pretende en último término aún cuando se trate del ejercicio de una potestad del Estado, garantizar el debido proceso de los administrados. Al respecto es pertinente citar la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, dictada por el Magistrado Ponente, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Referencia: expediente D-7928, Sentencia 401 de 2010 del veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010), que señala:

[...]a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas."

En cuanto a la Superintendencia de Telecomunicaciones, se elimina la referencia directa a

la que hacía la anterior Constitución, y solo se refiere de manera general a las Superintendencias como organismos técnicos de control.

La Constitución de la República del Ecuador, expedida por la Asamblea Constituyente en el año 2008, como ya lo señalamos precedentemente, distingue claramente que las penas privativas de la libertad, solo pueden ser impuestas por la justicia ordinaria. En esta Constitución por primera vez, se reconoce expresamente, la potestad sancionadora de la Administración Pública, cuando en su Art. 76 al referirse a las garantías del debido proceso, se refiere al juzgamiento ante un juez o autoridad competente.

Con relación a la Superintendencia de Telecomunicaciones, no existe una referencia expresa, sino de manera general a las Superintendencias, como organismos técnicos de control, para vigilar el cumplimiento legal y reglamentario, de las instituciones del sector público y privado, que presten servicios.

Es decir, queda claramente establecido que las Superintendencias son los organismos, a través de las cuales el Estado implementa los mecanismos para poder controlar el cumplimiento no solo legal y reglamentario, sino de sus mandatos.

D. Ejercicio de la Potestad Sancionadora en materia de Telecomunicaciones: Ley Especial de Telecomunicaciones.

La Ley Especial de Telecomunicaciones, vigente hasta el 17 de febrero de 2015, y derogada por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial

Suplemento No. 439 de 18 de febrero de 2015, al referirse a las sanciones en materia de telecomunicaciones, distingue entre los delitos contra las telecomunicaciones, y las infracciones contra dicha norma, las mismas que son juzgadas y sancionadas por la autoridad competente prevista en dicha ley.

Distinción que implica la separación del juzgamiento a través de la justicia ordinaria, en el caso de los primeros por estar sujetos al Código Orgánico Integral Penal; y de la potestad sancionadora de la Administración Pública, cuando se trata de las infracciones, al reservar dicha sanción al Superintendente de Telecomunicaciones, titular de la Superintendencia de Telecomunicaciones, cuya finalidad conforme lo establece el Art. 110 del Reglamento a la Ley Especial de Telecomunicaciones es:

[Art. 110].- La Superintendencia de telecomunicaciones es el organismo técnico responsable de ejercer la función de supervisión y control de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas del sector de las telecomunicaciones a fin de que sus actividades se sujeten a las obligaciones legales reglamentarias y las contenidas en los títulos habilitantes.

Corresponde a la Superintendencia: j) Juzgar a quienes incurran en el cometimiento de las infracciones señaladas en la ley y aplicar las sanciones en los casos que corresponda.

El Reglamento citado precedentemente, prevé el Procedimiento Administrativo para las sanciones, sin que conste ni en este cuerpo normativo, ni en la Ley Especial de Telecomunicaciones, ninguna norma relativa a la caducidad de la Potestad Sancionadora del Superintendente de Telecomunicaciones.

Vacío legal que ha permitido que dicha autoridad, inicie el juzgamiento de infracciones en cualquier tiempo, extendiendo de manera ilimitada su potestad sancionadora, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica de los administrados. Problema que se pretende solucionar con este estudio, al analizar la naturaleza de las infracciones administrativas, y la aplicación de los

principios generales del derecho penal de contravenciones. Cuestión que es fundamental para la seguridad jurídica de los administrados, en los procesos sancionatorios iniciados con anterioridad a la derogatoria de la Ley Especial de Telecomunicaciones.

CAPITULO II

LA CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A. Principios del debido proceso: Principio de Legalidad

El debido proceso, es un conjunto de derechos y garantías constitucionales, que pretenden garantizar al administrado un juzgamiento apegado a la ley. Al respecto el Dr. Patricio Secaira Durango, en su obra *Curso Breve de Derecho Administrativo* señala:

[...]Es una suma la seguridad que el Estado otorga a los administrados para que participen adecuadamente en los procedimientos o procesos que por cualquier motivo involucran sus derechos. Por ello este derecho nos conduce siempre a establecer la existencia de una bilateralidad jurídica que se explica por ser derecho y garantía ciudadana, de un lado y, de otro, por ser obligación o deber del Estado.¹⁵

Por otra parte, es inevitablemente cuando nos referimos al término “Principios”, nos viene a la mente la idea de que se trata de algo indispensable para la existencia de algo, en este caso la existencia de un Proceso Administrativo Sancionador por decir lo menos adecuado.

Haciendo una analogía con los Principios Generales del Derecho resulta altamente ilustrativa la siguiente reflexión: “Los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como

¹⁵ Patricio Secaira. *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Ecuador: Editorial Universitaria, 2004, p. 59.

tal, las convicciones ético –jurídicas fundamentales de la comunidad.”¹⁶ De ahí que, no es admisible aún a pretexto del ejercicio de una Potestad Estatal, inobservar los principios fundamentales del debido proceso.

Es así, conforme lo señalado precedentemente, la Potestad Sancionadora del Estado tiene un origen constitucional, de ahí que está prevista en el numeral 3 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, mismo que además establece como principios inherentes a la actividad punitiva del Estado la tipicidad y legalidad de la infracción de la pena; lo que supone necesariamente la competencia de la autoridad que ejerce la potestad sancionatorio.

Por su parte, el Art. 4 en concordancia con el Art. 101, del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo, en adelante ERJAFE, aplicable de manera supletoria a la actividad del órgano sancionador en materia de Telecomunicaciones, con anterioridad a la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece que: “Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad,....”

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, al referirse al principio de Legalidad en su obra *Curso de Derecho Administrativo* señalan:

[...]Por lo que a nuestra materia interesa, lo sustancial del mecanismo que permanece no es que la Ley sea general o singular, sino que toda acción singular del poder esté justificada en una Ley previa. Esta exigencia parte de dos claras justificaciones. Una más general y de base, la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria cuya expresión típica, como ya hemos estudiado es la Ley; ya no se

¹⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Op.cit.*, p.74.

admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostenten como atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad; todo el poder es de la Ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la Ley...”

En consecuencia, una de las garantías del debido proceso es la aplicación del principio de legalidad en virtud del cual debe actuar la administración pública para ejercer la Potestad Sancionadora, es decir, que dicha facultad debe estar otorgada por la Ley; lo que al decir de Juan Carlos Casagne en su obra *Derecho Administrativo*: “...se traduce en la exigencia de que la actuación de la Administración se realice de conformidad al ordenamiento positivo, el cual limita o condiciona su poder jurídico.”¹⁷

Al respecto es pertinente referirnos al fallo de la Corte Constitucional Colombiana C-710/01, de 5 de junio de 2001, dictado dentro del expediente D-3287, actor, Ernesto Rey Cantor, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, que respecto al principio de legalidad señaló lo siguiente:

[El] principio constitucional de legalidad tiene una doble condición, de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.

En virtud de lo expuesto, se evidencia que la Potestad Sancionadora de la Administración, y el principio de legalidad son inherentes a las garantías del debido proceso previstas en la norma constitucional, lo que implica, que el ejercicio de la potestad sancionadora, solo es posible siempre que esta esté prevista en la ley.

¹⁷ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, p.27.

En consecuencia, la administración pública en aplicación del principio de legalidad debe estar habilitada para iniciar el proceso administrativo sancionador, o lo que es lo mismo, debe tener competencia para hacerlo, caso contrario, dicha actuación carece de fundamento legal, y conforme lo analizaremos más adelante deviene en un acto nulo.

Al respecto Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su obra *Curso de Derecho Administrativo* señalan lo siguiente:

[El] principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima (en estos términos, por lo demás ya comunes, la Sentencia de 3 de enero de 1979: “el Derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse”).¹⁸

B. La competencia como supuesto para el ejercicio de la Potestad

Sancionadora:

“Una concreción ulterior ha de precisar que sólo podrá dictar el acto considerando aquel órgano de la Administración que tenga atribuida la competencia para ello.”¹⁹ Así manda el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador:

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

Al respecto, el ERJAFE en su Art. 84 señala:

¹⁸ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo. Op.cit* p. 432

¹⁹Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Op.cit.*, p.541.

[Art. 84].- DE LA COMPETENCIA.- La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto.”

Es decir, que depende de la competencia la capacidad que tiene la administración pública, para iniciar un proceso administrativo de sanción, y en aplicación del principio de legalidad, está solo está determinada por la ley. La razón de la competencia administrativa está dada en función de la materia, el territorio y el tiempo. Siendo este último en de interés para el presente análisis.

Al respecto, el Art. 85 del ERJAFE, dispone lo siguiente:

[Art. 85].- RAZONES DE LA COMPETENCIA.- La competencia administrativa se mide en razón de:

- a) La materia que se le atribuye a cada órgano, y dentro de ella según los diversos grados;
- b) El territorio dentro del cual puede ejercerse legítimamente dicha competencia; y,
- c) El tiempo durante el cual se puede ejercer válidamente dicha competencia.

En la norma citada, claramente consta que la potestad sancionadora solo puede ser ejercida por un tiempo determinado, y solo en función de esta previsión el ejercicio de esta es válido. En consecuencia, el sostener que el ejercicio de la potestad sancionadora es ilimitado en el tiempo, no tienen asidero legal alguno, no solo porque existe norma legal expresa que la limita, sino que atenta contra los principios del debido proceso, conforme lo hemos señalado.

Al respecto el Dr. Patricio Secaria Durango, Juez del Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, en su obra “Curso breve de Derecho Administrativo señala:

[En] razón del tiempo.-Competencia que asigna idoneidad al órgano público para que conozca y resuelva los asuntos que le están atribuidos solo dentro del periodo previamente fijado en la ley; lo cual significa que toda resolución expedida fuera de ese plazo, se la realiza cuando esta competencia ha precluídos. Preclusión que torna incompetente al órgano público, ya que el derecho a decidir terminó.²⁰

En consecuencia, la validez del ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración está determinada por la existencia de la competencia material, territorial y temporal: “Según lo expuesto en un órgano deben confluír todos los criterios de competencia (material, territorial, temporal) para que, en ejercicio de la misma, pueda dictar válidamente el acto administrativo que dicha competencia autorice.”²¹

Y este es el problema que tratamos de resolver en los procesos contenciosos administrativos iniciados bajo la vigencia de la Ley Especial de Telecomunicaciones, puesto que en esta, no se previa el plazo dentro del cual el órgano sancionador podía actuar válidamente para sancionar las infracciones; y, en consecuencia, se han dado juzgamiento de infracciones sin considerar si la administración pública se encontraba habilitada para hacerlo, en función del transcurso del tiempo transcurrido entre el cometimiento de la supuesta infracción, y el inicio del proceso administrativo sancionador, a través del cual el Estado ejerce la Potestad Sancionadora.

De ahí que es necesario, recurrir a los principios generales del Derecho Penal, sobre la prescripción de la acción, para en una aplicación analógica, equipararlo a la caducidad de la Potestad Sancionadora de la administración pública. No con esto se pretende sostener que la prescripción de la acción equivale a la caducidad de la potestad sancionadora, lo que se

²⁰ Dr. Paticio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Op. Cit.p. 130

²¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Op. cit. p. 542.

pretende, es la aplicación del mismo plazo previsto para la prescripción de la acción penal, para que opere la caducidad de dicha potestad.

C. La Caducidad de la Potestad Sancionadora:

La actuación de la administración pública, fuera del tiempo legalmente previsto para el ejercicio de la potestad sancionadora, genera la nulidad de pleno derecho del acto administrativo por falta de competencia en razón del tiempo, por cuanto ha operado la caducidad de la Potestad Sancionadora, conforme lo señala el Art. 94 en concordancia con el Art. 129 del ERJAFE:

[Art. 94].- VICIOS QUE IMPIDEN LA CONVALIDACION DEL ACTO.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho:

- a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo;
- b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y,
- c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento...

[Art. 129].- Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:
 - b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio;..

En virtud de lo expuesto, si se produce la caducidad de la Potestad Sancionadora, la administración pública pierde la competencia en razón del tiempo para iniciar un proceso administrativo sancionatorio. Sin embargo, lo que debemos resolver y el propósito de este estudio, es cuál es el plazo para la caducidad de la Potestad Sancionatoria en Materia de

Telecomunicaciones, en los procesos administrativos iniciados bajo la vigencia de la Ley Especial de Telecomunicaciones.

Es en este punto en donde obligatoriamente debemos referirnos a la aplicación de los principios del Derecho Penal, con relación a la Potestad Sancionadora, sin embargo como lo señala el tratadista Alejandro Nieto, hay que determinar cuáles principios son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, y cita a Quintero quien afirma:

[Cuando] se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace en realidad referencia a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en la Parte General del Derecho Penal, sino a aquellos a los que el Derecho Penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales.²²

Presupuesto en el que se basa este estudio, puesto que lo que se busca no es otra cosa es el mecanismo adecuado, para que la Administración Pública ejerza su Potestad Sancionadora, pero dentro de un marco de respeto a los derechos constitucionales de los administrados, entre los cuales está el derecho al debido proceso, y a la seguridad jurídica.

El tratadista Alejandro Nieto, en su obra “Derecho Administrativo Sancionador”, se cuestiona sobre si la referencia a la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo, y por ende a la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, debería referirse únicamente a los constitucionalizados?. Al respecto señala:

[Si] únicamente son aplicables los principios de Derecho Penal ya constitucionalizados, su repertorio se reduce notoriamente y, sobre todo, está fuera de duda que prevalecerán sobre las disposiciones sancionadoras aunque tengan rango de ley... Pero otra cosa ha de ser con los principios no constitucionalizados, que se aplicarán únicamente ante el silencio de la ley administrativa. Porque sino interviene la Constitución, no hay razón

²² Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador. Óp. cit.*, p. 166.

alguna para da preferencia (dentro de las normas del mismo rango) a la penal (y mucho menos a los principios de ella deducidos, cuya subordinación jerárquica viene impuesta...), antes al contrario, parece lógico que prevalezca la administrativa sancionadora ya que es más específica.²³

Es decir, que según el autor citado hay que partir de dos supuestos: el primero, que al tratarse de principios contemplados por la Constitución, los cuales por la jerarquía de normas se deben entender de aplicación común a todas las normas de carácter punitivo del Estado; y el segundo, la validez de la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, cuando exista un vacío normativo.

Siendo precisamente este segundo supuesto, el que se quiere enfocar y sostener como mecanismo adecuado para resolver problemas como la permanencia ilimitada de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en materia de Telecomunicaciones.

Nieto, justifica esta prevalencia de los principios del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador, en las siguientes razones:

[a] Cronológica. El Derecho penal tiene ya consolidados sus principios fundamentales, lo que no sucede con el Derecho Administrativo Sancionador. De aquí que sea lógico que el segundo se aproveche de las experiencias del primero, siendo además imposible, al menos de momento, la operación inversa... b) Constitucional. Los principios inspiradores del Derecho Penal son progresistas en cuanto que suponen una garantía de los derechos de los individuos. De aquí que sea más conforme con el espíritu democrático de la Constitución-y con el Estado de Derecho – la igualación por arriba de ambos ordenamientos. c) Dogmática. El Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal convencional forman parte de una unidad superior-el Derecho punitivo del Estado-, que hasta ahora venía identificándose con el Derecho Penal en sentido estricto. En rigor, por tanto, cuando se imponen al Derecho Administrativo Sancionador los principios del Derecho Penal no es porque se considere a éste de naturaleza superior, sino porque tales principios son los únicos que se conocen – hasta ahora – como expresión del Derecho punitivo del Estado.²⁴

²³ Alejandro Pérez Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, *Óp. cit.*, p. 167.

²⁴ *Ibidem*, p. 168

Volviendo a quedar de manifiesto, que la aplicación de principios dentro de un ordenamiento legal, y más aún dentro del ordenamiento punitivo, está enfocada a precautelar los derechos de los individuos, y por lo tanto no se puede aún a pretexto de resaltar la supremacía del Estado frente al administrado en el Derecho Administrativo Sancionador, pasar por alto sus derechos. Menos aún cuando, cuando dicho desconocimiento está basado en una ausencia normativa.

En el mismo sentido, se manifiesta el tratadista Juan Carlos Cassagne, en su obra “Derecho Administrativo”, al señalar respecto de la aplicación de los principios del Derecho Penal, al Derecho Administrativo lo siguiente:

[La] unidad del Derecho represivo y las garantías ínsitas en el Estado de Derecho conducen a la aplicabilidad a las contravenciones de los principios propios del Derecho Penal sustantivo. Si bien la mayor parte de esos principios provienen directamente del Código penal, su base radica en los preceptos y garantías constitucionales, tanto nominadas como innominadas. Su aplicación se efectúa, por lo general, en forma supletoria o directa, aun cuando en ciertos supuestos nada impide acudir a la técnica de la analogía, a condición de que ella opere a favor del administrado.²⁵

Precisamente, este es el mecanismo para resolver aquellas situaciones en las que podría parecer que el administrado estaría frente a una posible vulneración de sus derechos, cuando en el Derecho Administrativo Sancionador existe vacío legal y no regula la permanencia en el tiempo de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública.

Al respecto, es fundamental resaltar que la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 11, numeral 3 inciso tres, determina que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar la violación o desconocimiento de un derecho, para desechar la acción por esos

²⁵ Juan Carlos Casagne. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 575

hechos ni para negar su reconocimiento, de ahí que, no se puede desconocer que el en el caso ecuatoriano, si se aplican los principios del Derecho Penal de forma subsidiaria para el control de la potestad sancionadora de la Administración, resultará indistinto si aquellos principios son garantizados a nivel constitucional o no. Tendrán que aplicarse para cumplir con la tutela efectiva.

Los principios garantistas del Derecho Penal, que son los que definitivamente deben ser aplicados, puesto que la Potestad Sancionadora de la Administración, es también parte de la expresión punitiva del Estado. En este sentido García de Enterría y Tomás Ramón Jiménez, en su obra “Derecho Administrativo” señalan lo siguiente:

[...] De este modo, la inmensa laguna que supone la ausencia de un cuadro normativo general que definiese los Principios generales de funcionamiento de las sanciones administrativas y de su aplicación se encuentra suplida por esa remisión general (que vendría impuesta por un principio constitucional, lo que supone su superioridad sobre cualquier eventual determinación contraria a las Leyes) a los principios de orden penal, lo cual es de una extraordinaria importancia práctica como bien se comprende.²⁶

Sin embargo, es preciso tener en cuenta, que esta aplicación de los principios del Derecho Penal, al Derecho Administrativo Sancionador, como lo señala el tratadista Alejandro Nieto, no es otra cosa que: “...una tarea de integración y no de desplazamiento.”²⁷

Tarea de integración, en la que los tratadistas y la jurisprudencia coinciden en que, los principios del Derecho Penal para ser aplicados al Derecho Administrativo, debe ser flexibilizados, o matizados, esto por cuanto los fines que persigue una y otra área son de

²⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 168.

²⁷ Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador. Óp. cit.*, p. 169.

distinta naturaleza, en este sentido García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, en su obra de “Derecho Administrativo”, señalan lo siguiente:

[El] Tribunal Constitucional, desde sus primeras Sentencias de amparo en la materia (30 enero y 8 de junio 1981), hizo suya esa postura que acababa de iniciar el Tribunal Supremo: “Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como lo refleja la propia Constitución...y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo..., hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales.”²⁸

En la introducción de este estudio se señaló, que el motivo del mismo es en reacción a una realidad que ha provocado que el derecho al debido proceso, se vea vulnerado por el ejercicio ilimitado en el tiempo de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, sumado a una afán intervencionista y represivo que caracteriza a la administración pública; y el autor Nieto, para ahondar en justificativos de la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, precisamente se apoya en la situación que motiva este estudio, y señala:

[Además] los principios penales, nacieron para un Derecho que partía del principio de la mínima intervención penal con relativamente pocas conductas punibles, no para un Derecho en el que toda la intervención pública de un Estado profundamente intervencionista está respaldada represivamente. Con nada de ello pretendemos negar la conveniencia de la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador. Al contrario, esa conveniencia no es sólo tal sino una exigencia para la verdadera efectividad de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho.²⁹

Afirmación esta, que da un verdadero sustento a este estudio que como se ha señalado, no es más que el resultado de una reacción a la situación de vulneración de derechos que enfrenta

²⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 168.

²⁹ Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador. Óp. cit.*, p. 171.

el administrado, por la permanencia indefinida en el tiempo de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en materia de Telecomunicaciones.

Ahora bien, ya concretamente respecto de que principios del Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo, y por lo tanto a la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, todos los tratadistas coinciden que uno de ellos es la Prescripción.

La naturaleza jurídica de la prescripción, ya se analizó precedentemente, y cuyo ámbito de discusión se centró en el Derecho Penal, puesto que este no la ve como obvia; por el contrario, esta discusión no ha sido un planteamiento propio del Derecho Administrativo Sancionador, puesto que este y la jurisprudencia, al decir del tratadista Alejandro Nieto: “ha encontrado múltiples explicaciones lógicas – de sentido común y de justicia – que justifican la existencia de la prescripción de las infracciones y de las sanciones.”³⁰

Este autor señala como justificativos de la existencia de la Prescripción en el Derecho Administrativo Sancionador, las siguientes:

[Bien] sea por comparación con las faltas y delitos, “ya que no sería justo que sean de pero condición que las tipificadas en el Código Penal” (STS 15 de noviembre de 1998; Ar. 9084; García Estartús); bien sea “por la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción y su permanencia en el Derecho material sancionador” (STS 14 de diciembre de 1998; Ar. 9390; González Mallo); o bien sea, en fin, porque “cuando pasa cierto tiempo se carece de razón para el castigo, porque en buena medida, al modificar el tiempo las circunstancias concurrentes, la adecuación entre el hecho y la sanción principal desaparecen” (STS 16 de mayo de 1989; Ar. 3694; Rosas).³¹

Es decir, que la prescripción de la acción y de la pena, definitivamente existe en Derecho Administrativo, no solo por una aplicación de los principios del Derecho Penal, sino

³⁰ *Ibid.* P. 538

³¹ Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador. Óp. cit.*, p. 538.

por la principal necesidad de garantizar derechos, tales como la seguridad jurídica, limitando el ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública; en este sentido, el autor Alejandro Nieto señala:

[Aunque] sea referida al ámbito disciplinario militar la STS de 7 de julio de 2003 (Ar. 6486) ha teorizado que la prescripción “representa una autolimitación del Estado en la persecución de las faltas disciplinarias en virtud de la cual el transcurso del tiempo desapodera a la autoridad con potestad sancionadora para ejercerla imponiendo el correspondiente correctivo.”³²

Conforme lo señalado precedentemente, la necesidad de recurrir a la prescripción de la acción penal, es para poder subsanar el vacío legal existente en la Ley Especial de Telecomunicaciones, respecto al plazo aplicable a la caducidad de la Potestad Sancionatoria; y como conclusión, llegamos a que al Derecho Administrativo Sancionador, si le son aplicables los principios del derecho penal en cuanto a la prescripción de la acción. En consecuencia, lo que se plantea es aplicar el tiempo previsto para la prescripción de la acción penal, a las infracciones administrativas en materia de Telecomunicaciones, y en consecuencia, establecer que la caducidad de la Potestad Sancionadora del Superintendente de Telecomunicaciones con la vigencia de la Ley Especial de Telecomunicaciones, es el mismo tiempo aplicable para la prescripción.

De ahí que, es preciso analizar la Prescripción de la Acción Penal.

³² *Id.* p. 539.

CAPITULO III

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

A. Definición de la Prescripción Penal:

La prescripción en Derecho Penal, es una institución que determina la extinción en el tiempo de la acción y de la pena, imposibilitando al Estado de ejercer su potestad punitiva, que es ejecutada a través de la potestad represiva, en el caso del derecho penal común.

Son múltiples las definiciones sobre la prescripción en Derecho Penal, pudiendo llegarse a afirmar, que existen tantas definiciones como tratadistas de derecho penal existen, teniendo todas como factor común su efecto extinguidor de la acción y la pena; sin embargo, en cuanto a su justificación, las posiciones son variadas.

Francisco Muñoz Conde define a la prescripción como: “una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos.”³³ Definición que se refiere al posible efecto de la prescripción respecto del infractor, y no al efecto respecto de la potestad represiva del Estado; lo que en nuestro sistema penal contemplado en el Código Orgánico Penal equivale a la prescripción de la pena.

³³ Francisco Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis, 1999, p. 136.

El tratadista Guillermo Torres de Cabanellas da varias acepciones de la prescripción, siendo una de ellas, la “Cesación de la responsabilidad penal por el transcurso de cierto tiempo sin perseguir el delito o falta; o luego de quebrantada la condena.”³⁴ Acepción que coincide con la del tratadista Muñoz Conde. Sin embargo, cuando Cabanellas se refiere de modo concreto a la prescripción de la Acción Penal, dice: “No puede ejercerse eficazmente ésta una vez transcurrido cierto tiempo desde el momento de haberse delinquido.”³⁵ Es decir, que completa su definición al tratar también el efecto de la prescripción respecto del Estado.

Estos dos tratadistas coinciden en el hecho de que la prescripción extingue la responsabilidad penal, sin embargo, existen otros autores que no comparten dicho criterio, y establecen que el simple paso del tiempo no puede extinguir la responsabilidad penal, en razón de que aquello no es algo que se inicia y luego cesa o termina por causa alguna.

En este sentido el doctor Ricardo Vaca, se refiere a la prescripción de la siguiente forma:

[La] prescripción de la acción penal es un caso de prescripción extintiva porque la posibilidad de que un proceso penal se inicie, si es que todavía esto no ha acontecido, o de que el proceso penal ya iniciado concluya, se extingue, desaparece, haciendo imposible que se cumplan los objetivos de la acción penal. En otras palabras y recogiendo los términos de CABANELLAS, debido a la renuncia, abandono, desidia, inactividad del órgano jurisdiccional, caduca y se extingue de modo extintivo el derecho que tiene el Estado para verificar procesalmente la existencia de un delito, identificar a los responsables, declarar su culpabilidad en sentencia y sancionarlos.³⁶

³⁴ Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta, 1998, p. 316.

³⁵ Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. *Óp.cit* p. 136

³⁶ Ricardo Vaca Andrade. *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2003, p. 235.

Este autor aclara, que es así como debe entenderse el efecto primordial de la prescripción y no como sugiere Cabanellas cuando dice que “cesa la responsabilidad penal por el transcurso de cierto tiempo sin perseguir el delito o falta”; además afirma que:

[...] la responsabilidad penal de una persona no cesa porque opera la prescripción, ya que aquella tiene su fundamento en la imputabilidad y su capacidad de responder ante la sociedad por los actos cometidos. Y éste es un estado o una capacidad subjetiva del individuo que puede variar con el transcurso del tiempo pero cuyo análisis se retrotrae al momento de la comisión del delito.”³⁷

En este sentido, el autor citado aclara, que la prescripción que opera por el transcurso del tiempo lo que cesa es la posibilidad de declarar procesalmente la responsabilidad penal de una persona.

En consecuencia, la prescripción en derecho penal equivale a la imposibilidad del Estado de ejercer la acción penal por el transcurso de un tiempo determinado en iniciar el respectivo juzgamiento; o una vez iniciado este, la imposibilidad de sentenciar al juzgado, también por el transcurso del tiempo, que en esta ocasión manda la terminación del proceso.

Esto en cuanto a la prescripción de la acción penal, puesto que con relación a la prescripción de la pena, esto implica, la imposibilidad del Estado, por el transcurso del tiempo, de exigir el cumplimiento de una pena legalmente impuesta, los tratadistas de derecho penal, han cuestionado en repetidas ocasiones el fundamento de la prescripción de la pena.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, acoge la prescripción como medio de extinción tanto de la acción penal, como de la pena; y, castiga la falta de inactividad del órgano jurisdiccional a causa de la cual operó dicha prescripción.

³⁷ *Ibid* p. 235.

El Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, trata de manera compleja la prescripción de la acción y de la pena, al no hacerla depender solo del transcurso del tiempo, sino de la clase de delito de que se trate, si es de acción pública o privada; si se ha iniciado o no el proceso penal; y, si es un delito reprimido con prisión o reclusión.

Para el caso de este estudio, interesa la prescripción de la Acción Penal, en comparación con la Potestad Sancionadora del Estado, en el presente caso de análisis ejecutada a través de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Además, es preciso analizar la infracción administrativa, para fines de aplicación de la prescripción, para la cual, como se justificará más adelante, hay considerar, la prescripción penal establecida por el Código Orgánico Integral Penal para las acciones y penas de las contravenciones previsto en el numeral 6 del Art. 417 del Código Orgánico Penal antes citado.

B. Fundamento de la Prescripción de la Acción Penal

Los tratadistas han discutido ampliamente sobre los fundamentos tanto para la prescripción de la pena como de la acción, existiendo quienes niegan absolutamente la prescripción como institución del derecho penal, y quienes le han buscado fundamento dentro del derecho penal y fuera de él.

Al decir del tratadista Eugenio Zaffaroni: “Quienes pretendieron hallarle fundamento fuera del derecho penal, lo hicieron fundados en que bastaba el mero transcurso del tiempo o bien

argumentando con base en puras consideraciones de índole procesal.”³⁸ El mismo tratadista replica esta tesis diciendo que:

[...]el mero transcurso del tiempo no puede justificar la prescripción. Ésta sólo puede verse a través de conceptos que son tomados del derecho penal, como son la pérdida de necesidad de la pena o la imposibilidad de cumplimentar su objetivo. Dicho más claramente: pretender explicar la prescripción en el puro transcurso del tiempo implica no explicar nada.”³⁹

Ante la debilidad de la tesis que fundamenta la prescripción en el solo paso del tiempo, hubo quienes recurrieron a encontrarle su fundamento en la teoría de la prueba, en realidad en la imposibilidad o ineficacia en la que cae la prueba luego de transcurrido mucho tiempo de cometida la infracción, tanto para el acusador, como para aquel que quiere demostrar su inocencia. Al decir de Zaffaroni, “En general, se trata de una teoría que no tiene defensores y que sólo puede usarse como complemento de otras.”⁴⁰

La teoría de los tratadistas que buscan el fundamento de la prescripción dentro del derecho penal, responde a la teoría de la pena que propugnen. Así, aquellos tratadistas de teorías de la pena absolutas no han podido fundamentar coherentemente la prescripción, puesto que esta está en contradicción con la teoría de la pena. Y recurren a explicaciones tales como la teoría de la expiación de la culpa del infractor, por el haberse mantenido durante el transcurso del tiempo sujeto al temor permanente de enfrentarse a una pena.

Sin embargo para el análisis de este estudio, lo que interesa es el fundamento de la prescripción de la Acción Penal, encontrando en las teorías extrapenales del fundamento de la

³⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal Parte General V*. Argentina: Ediar, 1988, p. 24.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*

prescripción, argumentos relativos a la oportunidad de la prueba, a la seguridad jurídica del individuo y a la necesidad de cesar la actividad punitiva del Estado, cuando este no ha actuado de manera diligente.

La prueba es en todo proceso, el elemento sustancial tanto para un adecuado ejercicio del derecho a la defensa, como para el éxito de aquel que ejerce la acción acusatoria. El paso del tiempo afectaría a la calidad de dicha prueba, y en algunos casos incluso su desaparición, dejando así a los administrados en el caso del ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración, en la indefensión, o al menos vulnerando de manera importante el derecho al debido proceso.

En este sentido el tratadista Oscar Vera Barros en su obra *La Prescripción Penal en el Código Penal*, al referirse al fundamento a las teorías extraprocesales sobre el fundamento de la Prescripción penal señala:

[Sostienen] el carácter transitorio de la prueba, vale decir, que con el tiempo, las pruebas se debilitan hasta tornar imposible un proceso. Más que las pruebas de cargo, desaparecen las que resguardan la inocencia de los inculpados. Binding, principal sostenedor de esta posición, expresa que éste es el único fundamento de la prescripción de la persecución penal.⁴¹

Con relación a la prueba, vale la pena referirnos al "Instructivo de aplicación del proceso de juzgamiento administrativo de las infracciones tipificadas en la Ley Especial de Telecomunicaciones, Ley de Radiodifusión y Televisión, Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos y en otras normas del sector de las telecomunicaciones", en cuya Disposición General Primera, determinaba que: "...En lo que no estuviere previsto en el presente instructivo, y siempre que no contraviniera al mismo, se

⁴¹Oscar Vera Barros. *La Prescripción Penal en el Código Penal*. Buenos Aires: Bibliográfica, 1969, p.30.

observarán las siguientes fuentes del derecho, en el orden de prelación que sigue: ... el Código de Procedimiento Civil con respecto a las pruebas... ”

De conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil en su Art. 121 las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes, grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología, entre otros.

La práctica de estas pruebas, con el transcurso del tiempo, se pueden volver de imposible consecución, no solo porque el administrado pudo haber dejado de tomar la previsión debida para la conservación de la prueba, sino porque las autoridades responsables de juzgar la conducta pueden cambiar del titular, lo que impediría una confesión judicial, o una prueba testimonial, por la ausencia de los involucrados en el tema.

A efectos de esta reflexión nos vamos a referir concretamente a la siguiente infracción: “La producción de daños a la red de telecomunicaciones como consecuencia de conexiones o instalaciones no autorizadas;”, es evidente que para determinar la existencia del daño causado se va a requerir de una inspección judicial en el momento que persista el daño, caso contrario, sería imposible determinar si este existió, cuáles fueron sus causas, y si el administrado fue el responsable del mismo

Sin embargo, si el proceso de juzgamiento no es oportuno, el administrado se quedaría sin la posibilidad de demostrar su inocencia, y esto es precisamente lo que se pretende precautelar

con el presente análisis que en último término sostiene la Caducidad de la Potestad Sancionadora como garantía del debido proceso.

Esta posición también está relacionada a la certidumbre y seguridad jurídica con la que se llevaría a cabo el proceso, posición que coincide con el problema que se plantea en este estudio, respecto a la situación de inseguridad jurídica a la que se somete a los administrados, cuando se admite la permanencia ilimitada en el tiempo de la Potestad Sancionadora de la Administración, al respecto el mismo autor citado precedentemente señala: “En el mismo sentido debe anotarse el fundamento de la prescripción en los orígenes germánicos: la necesidad de asegurar la tranquilidad del individuo, librándolo del peligro de juicios inciertos”⁴².

Y mucho más interesante a efectos de este análisis, resulta la posición de quienes dentro de esta Teoría Extrapenal, consideran que la prescripción es una pena a la negligencia de los responsables de ejercer la acción:

[También] deben ubicarse dentro de los que esgrimen argumentos de este orden, aquellos que consideran que la prescripción es una pena a la incuria del encargado de ejercer la acción. El origen de esta teoría se encuentra en las iniciaciones del derecho romano destinadas a evitar la prolongación de los procesos, a cuyo efecto, el juez fijaba un término al acusador dentro del cual debería terminar el proceso, pasado el cual la acción se extinguía, Vale decir, que como lo sostiene Manzini, la razón genética de la prescripción de la acción penal parece haber sido la idea de castigar la negligencia o la molicie del acusador.[...] En el mismo sentido ya estaba Filangieri: nada más difícil que defenderse de una acusación cuando ésta es, en años, posteriores al delito. El tiempo, que ha borrado la memoria de las circunstancias que lo acompañan, priva al acusado de los medios de justificarse.⁴³

⁴²Oscar Vera Barros. *La Prescripción Penal en el Código Penal*. Óp. cit. p. 30

⁴³ *Ibid.* pp. 30, 31.

Las Teorías Mixtas, para encontrar un fundamento a la prescripción, combinan elementos de orden penal y procesal, siendo estos los que predominan, así como los que son relevantes para este estudio. Carrara uno de los exponentes de esta teoría, citado por el tratadista Vera señala:

[Y] en lo que respecta al argumento de índole procesal, pone de relieve que un largo lapso después del hecho criminoso, pone al acusado casi en la imposibilidad de poder justificar su inocencia sobre imputaciones que pueden ser el producto de la perfidia de un enemigo que ha demorado maliciosamente en lanzar el dardo de la calumnia para estar más seguro del éxito de su cobarde agresión, contando con que el prolongado espacio de tiempo ha tornado imposible la justificación. Después de varios años, él mismo ha olvidado lo que ocurrió entonces, los documentos que lo habrían purgado de toda mancha se han extraviado, los testigos han muerto o si viven todavía, han olvidado las circunstancias oportunas.⁴⁴

En consecuencia, si bien se ha discutido ampliamente sobre la necesidad de que la prescripción sea considerada como una institución del Derecho Penal, es innegable que los tratadistas citados, le han dado su fundamentado, en cuestiones sustanciales e inherentes a los derechos de los individuos, de contar con seguridad jurídica, respeto al debido proceso, y, cuestión no menos importante, para regular la actividad estatal en cuanto a su obligación de prestar tutela oportuna a los derechos que podrían haber sido conculcados con el cometimiento de una infracción. Es decir, su fundamento está en la garantía de los individuos para el respeto de sus derechos constitucionales.

Situación que se vuelve relevante para este estudio, puesto que la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, no puede estar exenta de velar por estas máximas del derecho. No existe fundamento alguno que justifique la existencia de la prescripción únicamente para la

⁴⁴ Oscar Vera Barros. *La Prescripción Penal en el Código Penal*. Óp. cit p. 32.

Potestad Represiva del Estado, ejercida a través del Derecho Penal Común, y no para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, como lo se analizará más adelante.

C. Naturaleza Jurídica de la prescripción de la acción penal

Como se ha expuesto a lo largo de este estudio, la preocupación principal es la permanencia ilimitada en el tiempo de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, y sobre todo en materia de Telecomunicaciones; situación que sería contrarrestada si se llegaría a determinar que la prescripción es aplicable al ejercicio de dicha Potestad.

De ahí, que para este análisis es fundamental conocer la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal, con la finalidad de obtener elementos que permitan establecer, si esta institución del derecho penal común, pertenece al derecho material o al procesal, es decir, si está relacionada únicamente a la desaparición de la punibilidad del hecho y de la pena; o, si constituye un impedimento procesal para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

Como es de suponer, respecto de la naturaleza jurídica de la Prescripción de la Acción Penal, existen diversos criterios, los mismos que se han canalizado a través de las teorías material, procesal y mixta o ecléctica. El tratadista Vera citado anteriormente dice que hay quienes sostienen que: "...la prescripción es un instituto de derecho material, porque lo que

caduca con el transcurso del tiempo es la pretensión punitiva del Estado: su derecho a castigar en el caso concreto.⁴⁵

Sin embargo, esta teoría no está enfocada a sostener la eliminación de la acción penal, sino a la supresión del derecho material o sustantivo, trata a la prescripción como una causa de revocación de la pena, conforme dice el mismo autor: “...en cuanto a la persecución misma y a la de las reclamaciones penales del Estado. Importa, por tanto, la supresión de la punibilidad del hecho conminado con pena.⁴⁶” Es decir, que la prescripción es configurada como una causa de supresión de la pena.

Esta teoría tiene su fundamento, que el transcurso del tiempo elimina el propósito de la pena como base del derecho social de castigar. Así el autor Vera cita a Lorenz quien señala:

[Lorenz], últimamente, sostiene que el efecto más importante de la prescripción es la extinción de la pena, sea que en general, no se imponga una pena, por no haber sido iniciado o continuado el procedimiento penal, sea que no haya sido ejecutada una pena ya impuesta. El transcurso del tiempo deja sin efecto la finalidad de la pena, tanto bajo el aspecto de retribución como del de la prevención. El hecho punible ya no puede ser considerado ni antijurídico, ni un perjuicio a la sociedad. Ha desaparecido el derecho de reclamación del Estado y el delito ha quedado jurídicamente cancelado.⁴⁷

⁴⁵ Oscar Vera Barros, *La Prescripción Penal en el Código Penal*, *Óp. cit.* p. 39.

⁴⁶ *Ibid*

⁴⁷ *Id.* p. 40.

Es decir, que justifican la imposibilidad del Estado de imponer una pena, por cuanto el transcurso del tiempo, habría eliminado el impacto que dicha pena estaba destinado a causar en la sociedad, en este sentido Vera cita a Malagarriga quien señala que: “El castigo tardío se hace inútil, se ha borrado el recuerdo del hecho culpable, la necesidad del ejemplo ha desaparecido y la peligrosidad no puede ya ser tomada en cuenta, con todo lo cual cesa el derecho de la sociedad a castigar.”⁴⁸ También participa de esta misma teoría al decir del tratadista Vera, el profesor Jiménez de Asúa.

El autor Alejandro Nieto en su obra *Derecho Administrativo Sancionador*, sostiene que:

[En] la actualidad puede considerarse que la tesis dominante es la sustantiva, ya que tanto la prescripción del delito como la prescripción de la pena aparecen en el Derecho Penal español como instituciones de Derecho sustantivo, en cuanto que supone una renuncia por parte del Estado al derecho de castigar basada en razones de política criminal aunadas por el transcurso del tiempo, que incide en que aquel considere extinguida la responsabilidad criminal y, por consiguiente, el delito y la pena.”⁴⁹

Nieto cita en su obra antes mencionada, la sentencia de 10 de marzo de 1987 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España, ponente Dr. Rodríguez García, (Ar. 10184), porque en ella se hace referencia a la materia disciplinaria, puesto que al decir del autor: “...sirve, por tanto, como puerta de entrada a la trasposición de estos problemas al Derecho Administrativo Sancionador, que es definitivamente lo que importa.”⁵⁰ Dicha sentencia, concluye que es innegable la naturaleza sustantiva de las normas en materia de prescripción.

⁴⁸ Oscar Vera Barros, *La Prescripción Penal en el Código Penal*, *Óp. Cit.*, p. 40.

⁴⁹ Alejandro Pérez Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, *Óp. cit.* p. 535.

⁵⁰ *Ibid.*

Quienes propugnan la teoría procesal, le dan a la prescripción carácter de impedimento para el inicio del proceso penal, como señala el tratadista Vera: “No anula el derecho de castigar, no suprime la punibilidad, sino que crea, tan sólo, la imposibilidad de perseguir el castigo del delito, a pesar de la subsistencia de la culpabilidad.”⁵¹

Frente a estas dos teorías, está la Tesis Mixta, que considera que la prescripción pertenece en parte al derecho material y en parte al derecho procesal, como lo señala el tratadista Vera:

[Vale] decir, que a la par de ser una causa de revocación de la pena es un impedimento procesal. Frank, es este sentido, manifiesta que lo que sucumbe por el transcurso del tiempo es en primer lugar, la pretensión punitiva del Estado, por esto, la prescripción constituye en primera línea un motivo de exclusión de la pena. Sin embargo, agrega, si ella fuera sólo esto, se opondría sólo al castigo y no también a la persecución. Pero, por el transcurso del tiempo, se extingue también, sin duda, el derecho a la persecución. Mediante la prohibición de la persecución se quiere garantizar la no punibilidad del hecho. Por ello la prescripción tiene carácter procesal, y más precisamente, el significado de un impedimento procesal.⁵²

En nuestra legislación, la prescripción está regulada por el Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, es decir por la ley material, y la considera como impedimento procesal, al establecer en su Art. 416 citado anteriormente, que entre las causas de la extinción de la acción penal es la prescripción.

El Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, hace una distinción para la aplicación de la prescripción de la acción, dependiendo del tipo de delito del que se trate, si es de acción pública o si es de acción privada, y en los dos casos de si el proceso de juzgamiento inició o no, estableciendo . Así mismo hace una distinción respecto de la prescripción en las contravenciones, tanto de la acción como de la pena.

⁵¹ Oscar Vera Barros, *La Prescripción Penal en el Código Penal*, Óp. cit. p. 39.

⁵² Oscar Vera Barros, *La Prescripción Penal en el Código Penal*, Óp. cit. p. 41.

El Código Orgánico Integral Penal, COIP, también considera a la prescripción como causa de extinción de la pena, por lo que se evidencia la aplicación de la tesis mixta respecto de la naturaleza jurídica de la prescripción.

La prescripción de la acción penal de conformidad con lo establecido por el Art. 417 del COIP, podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte. En dicho Cuerpo Legal, en el Art. 419, se prevé la interrupción de la prescripción del ejercicio de la acción penal previo al vencimiento del plazo, a la persona se le inicie un proceso **penal por otra infracción**.

Este tratamiento de la interrupción de la prescripción de la acción penal, se contrapone al fin último de la prescripción, que es restringir la potestad punitiva del Estado, y garantizar el derecho a la defensa efectiva de los ciudadanos, la misma que por el paso del tiempo se puede ver afectada, por la imposibilidad de preservar elementos probatorios fundamentales para la defensa.

CAPÍTULO IV

LA CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

A. La Caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Legislación Ecuatoriana

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la norma que regula el procedimiento administrativo de la Administración Pública, es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, expedido mediante Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002, en adelante ERJAFE. En este instrumento normativo, además se establece normas sobre la responsabilidad administrativa de los funcionarios que pertenecen al gobierno central.

Como su nombre lo indica, el ERJAFE es de cumplimiento obligatorio para la Función Ejecutiva, y de aplicación supletoria para las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva que a partir de la Constitución del 2008, es el caso de las Superintendencias (en

Telecomunicaciones a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones la ARCOTEL) que no pertenecen a la Función Ejecutiva, sino a la Función de Transparencia y Control Social.

En cuanto a los actos administrativos de la Función Ejecutiva, el ERJAFE establece que estos son impugnables en sede administrativa o judicial, siendo el primer caso obligatorio la aplicación de ERJAFE, y en sede judicial la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, conforme consta en el Art. 69 de dicho Cuerpo Legal.

En cuanto al Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva, el ERJAFE lo trata en el Libro II y determina la obligación de resolver de la administración pública, y hace una referencia a que en los casos de prescripción, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia ocurrida, como se desprende del Art. 115.

Del análisis del Art. 115 del ERJAFE se infiere que, es obligación del órgano administrativo de expedir una resolución dentro de un espacio de tiempo determinado, para brindar tutela jurídica efectiva, aún cuando exista prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevinida del objeto del procedimiento; en cuyo caso, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

De ahí que, la prescripción de la acción y de la pena, es en el derecho administrativo una institución válida para la terminación del juzgamiento de una infracción, lo que limita la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, incluso una vez iniciado el proceso

administrativo sancionador, en caso de que no se haya interrumpido de la prescripción de la infracción.

El ERJAFE, prevé además la prescripción de las infracciones y de las sanciones, estableciendo que los plazos para la prescripción comienzan a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido conforme consta en su Art. 197, es decir adopta la posición objetiva, a diferencia del ordenamiento jurídico español, que establece que la prescripción de las infracciones administrativas, se contabiliza desde el momento en que la autoridad tuvo conocimiento de su existencia.

Como señala de Alejandro Nieto la posición adoptada por nuestro sistema, es la que da seguridad jurídica: “El legislador se ha inclinado, pues, por una opción concreta: la más objetiva y la que mejor sirve a la seguridad jurídica, ya que tanto el infractor como la Administración saben con exactitud a que atenerse.”⁵³

El citado autor continúa al respecto, y señala:

[En] el Derecho Penal está muy claro que “el término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”...En el Derecho Administrativo Sancionador, sin embargo, el Tribunal Supremo se estaba inclinando por la solución opuesta, es decir, que el plazo empieza a contar el día en que la Administración tiene conocimiento de la infracción, no desde que se cometió..⁵⁴

Si bien, el ERJAFE coincide con lo establecido por el Código Orgánico Integral Penal respecto de la forma de contabilizar los plazos para que opere la prescripción de la Potestad Sancionadora de la Administración, no solo que no prevé cuales son los plazos para que opere

⁵³Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador. Óp. cit.*, p. 543.

⁵⁴ *Ibíd.*

la prescripción, sino que remite a lo que prescriban las leyes en caso de que las establezcan; sin embargo, el caso ante el cual nos encontramos respecto de la Ley Especial de Telecomunicaciones, es que no establece la caducidad de la Potestad Sancionadora, ni la prescripción de la acción.

Esta es precisamente la situación, que motiva el presente estudio. Ya que la administración pública en materia de Telecomunicaciones, ha llevado esta expresión de la norma, al extremo de considerar que si su ley no establece la prescripción, esta no operara, como lo analizaremos más adelante.

Importante cuestión de análisis esta, puesto que cuando se regresa a los fundamentos de la prescripción, y sobre todo a la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, siempre queda como conclusión que en ambos casos la justificación es: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS.

De ahí que resulta inadmisibles, la interpretación de que si una ley no establece la caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración, esta no opera, generando en los administrados incertidumbre e inseguridad jurídica, puesto que por una parte el administrado queda ilimitadamente sujeto en el tiempo, a que en cualquier momento la administración ejerza su Potestad Sancionadora, quedando sobre todo limitada la posibilidad de generar elementos de prueba; y por otra parte, por el efecto del transcurso del tiempo ni los administrados ni la administración tendrán certeza de cuando se cometió la infracción. En consecuencia, es evidente la vulneración de los derechos constitucionales de los administrados.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la discusión del inicio de los plazos para que opere la prescripción, a pesar de la existencia de una norma de Derecho Administrativo que lo prevé expresamente, es relevante por la jerarquía de normas. Como se ha señalado anteriormente, no hay discusión que los principios del Derecho Penal, son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, cuando existe un vacío legal. En este caso existe una ley orgánica, como lo es el Código Orgánico Integral Penal, y por otra parte un Decreto Ejecutivo. Esta problemática será analizada cuando se refiere a la solución del problema motivo de este estudio.

B. La caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en materia de Telecomunicaciones con la vigencia de la Ley Especial de Telecomunicaciones.

Conforme lo expuesto precedentemente, el ERJAFE regula la aplicación de la prescripción de la infracción, y por lo tanto la solución propuesta es que el mismo tiempo de la prescripción es el aplicable a la caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración, en el numeral 1 del Art. 197, y señala que: “Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan.”

De ahí que, para establecer el plazo en el que prescribe una infracción administrativa, y la caducidad de la Potestad Sancionadora en materia de Telecomunicaciones, conforme lo sugerido en este estudio, hay que remitirse a la prescripción de la acción penal establecida para las contravenciones por el COIP.

La Ley Especial de Telecomunicaciones, actualmente derogada, no establecía la caducidad de la Potestad Sancionadora, solo preveía la caducidad del proceso administrativo sancionador, conforme consta en el Art. 33 de dicha Ley situación que ha generado inseguridad jurídica para los administrados, cuyos procesos sancionadores han sido iniciados con anterioridad a la expedición de la Ley Especial de Telecomunicaciones, puesto que como se ha señalado precedentemente, estos quedan sujetos ilimitadamente en el tiempo a que la autoridad en materia de Telecomunicaciones, este es el Superintendente de Telecomunicaciones, ejerza su Potestad Sancionadora.

Problema, que como lo hemos señalado precedentemente, ha sido resuelto en la vigente Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en la que se establece que la ARCOTEL puede ejercer su potestad sancionatoria en un máximo de 5 años, contados a partir del cometimiento de la infracción, de acuerdo con el artículo 135 de dicha Ley.

Esta situación es la que merece el análisis que se ha realizado precedentemente, puesto que como se ha señalado, el sistema punitivo del Estado, está regulado por principios que lo que buscan es garantizar los derechos de los administrados, sea que se enfrenten a un proceso penal de juzgamiento, o ante un proceso administrativo sancionatorio.

De ahí que para sustentar la solución establecida para la aplicación de la caducidad de la Potestad Sancionadora del Órgano de Control, bajo la vigencia de la Ley Especial de Telecomunicaciones, es preciso, analizar la naturaleza jurídica de las infracciones en materia de Telecomunicaciones.

C. Naturaleza jurídica de la Infracción Administrativa en materia de Telecomunicaciones

De lo expuesto precedentemente, se concluye en cuanto a la caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en materia de Telecomunicaciones, que está no estuvo regulada por la Ley Especial de Telecomunicaciones, que únicamente se refirió a la caducidad del procedimiento administrativo sancionatorio.

Situación, que vulnera los derechos de los administrados, por cuanto no hay seguridad jurídica respecto de cuanto tiempo, este tendrá que estar sujeto a la posibilidad de que la autoridad administrativa de control, inicie un proceso administrativo sancionatorio, enfrentándose además, al riesgo de no poder ejercer adecuadamente el derecho a la defensa, por los efectos que el transcurso del tiempo pueden tener sobre las pruebas de descargo.

De ahí, que como ya se ha señalado precedentemente, es necesario considerar la aplicación de los principios sobre la prescripción, contemplados en el Código Orgánico Integral Penal, con el afán de que se garantice los derechos constitucionales de los administrados. Sin embargo, para ello hay que considera, que el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, tiene un tratamiento diferenciado en cuanto a los plazos para que opere la prescripción en los delitos y en las contravenciones. Por lo que es preciso previamente analizar la naturaleza jurídica de la infracción administrativa en materia de Telecomunicaciones.

Para ello, es pertinente recordar cual es el objetivo de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, puesto que de este se desprende la naturaleza de las infracciones administrativas. De ahí que si la potestad sancionadora es competencia de las autoridades

administrativas determinada a través de la ley, para imponer sanciones cuando los administrados atenten contra su actividad y así preservar el ordenamiento jurídico, estas tienen una connotación represiva y preventiva, distinta a la del ilícito penal. Al respecto el autor Juan Carlos Cassagne señala lo siguiente:

[...] represivos y preventivos que tienden a sancionar tanto el incumplimiento del deber de los particulares de contribuir o colaborar con la Administración - deber que imponen las leyes por razones concernientes al bien común y o interés general – como las infracciones al orden público cuya protección la ley confiere primariamente a la Administración.⁵⁵

Por su parte, el autor Alejandro Nieto señala que las infracciones administrativas: “...tienen su sitio natural entre el delito y la responsabilidad civil...Porque, en efecto, si se han producido daños, entre en juego la responsabilidad civil; y, se ha cometido un ilícito, es competencia del Código Orgánico Integral Penal.”⁵⁶

Sin embargo, es clara la diferencia entre la infracción administrativa y el delito penal, no solo por la gravedad sino, por el bien jurídico protegido. Juan Carlos Cassagne al respecto señala: “Las infracciones o contravenciones administrativas se trata de la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la Administración Pública, afectando solamente al interés de tipo administrativo.”⁵⁷

Este autor resalta claramente que las infracciones administrativas, no son otra cosa que las llamadas contravenciones, las mismas que tienen naturaleza penal, y por lo tanto, a estas le son plenamente aplicables los principios del Código Orgánico Integral Penal. En este sentido el

⁵⁵ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 566.

⁵⁶ Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador. Óp. cit.*, p. 181.

⁵⁷ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo. Óp.cit* p.567.

autor Juan Carlos Cassagne continua y señala lo siguiente: “... toda vez que si las sanciones poseen naturaleza represiva, por menos graves que ellas fueran, las contravenciones contienen en estos casos idéntica sustancia penal que los delitos...”⁵⁸

En esta misma línea, el penalista Osca Vera en su tratado “La prescripción penal en el Código Penal”, señala que en Derecho Administrativo, la infracción no es otra cosa que la contravención:

[Así] como en el derecho penal común se protegen los bienes jurídicos, con el derecho penal disciplinario se protege el orden, con el derecho penal administrativo se protege la actividad de la administración en cuanto tal. La obstaculización de esta actividad constituye la contravención e importa una falta de cooperación de los particulares al feliz éxito de las reglas de buen gobierno que conforman el objeto de aquella actividad...La contravención es, pues, la violación de la organización y funcionamiento de la actividad de la administración puesta en juego para proteger los derechos o bienes jurídicos, y para ayudar a los gobernados a desenvolver prácticamente sus derechos en un ambiente de prosperidad bienestar social.⁵⁹

El juzgamiento de las contravenciones, está reservada a autoridades administrativas, diferencia adicional con los delitos, autoridades que pertenecen al poder ejecutivo, tal como lo señala el autor Jairo Rodrigo Hernández Vásquez:

[Por] un lado su represión corresponde a la policía, que en este caso es la propia Rama Ejecutiva, a través de sus organismos, llámense institutos descentralizados, ministerios o superintendencias; de otra parte, porque el procedimiento para llegar a su penalización debe ser rápido y fácil, lo cual coincide con el señalado para las contravenciones. Por este motivo, no se tipifican como delitos, pues ello implicaría un proceso dilatado y largo, al cabo del cual ya no surtiría efecto a la sanción que se impusiera, porque ésta se requiere en forma rápida con el objeto de suprimir los efectos desfavorables que la conducta contravencional ha ocasionado.⁶⁰

⁵⁸ *Id.* p. 568.

⁵⁹ Oscar Vera Barros. *La Prescripción Penal en el Código Penal*. Óp. cit. pp. 60, 61.

⁶⁰ Jairo Rodrigo Hernández Vásquez. *El derecho Penal Administrativo en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1973, p.127.

En la distinción que realiza el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, entre delitos y contravenciones, señala que estas últimas son infracciones penales sancionadas con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días, conforme consta en el Art. 19 de dicho Cuerpo Legal.

En la tipificación realizada por el Código Orgánico Penal de las contravenciones, se observa, que una misma conducta puede ser considerada delito pero por su cuantía es tratada como contravención. Por otra parte, se evidencia claramente que las conductas sancionadas, atentan en contra de la actividad administrativa, en contra del orden establecido, o contra la seguridad de las personas, como es el caso de las contravenciones de tránsito y de las tipificadas en los artículos 393 y siguientes de dicho Cuerpo Legal.

Tipificación esta obligatoria, en aplicación del principio de reserva de ley consagrado en el Art. 132 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, y por su carácter penal precisamente, les son aplicados los principios generales para los delitos, y entre estos la prescripción. Es preciso tener en cuenta que dicho Cuerpo Legal, que data de 1971, es anterior al ERJAFE y a la Ley Especial de Telecomunicaciones, y precisamente lo que hizo es tipificar infracciones administrativas, que actualmente son reguladas por las ordenanzas municipales.

Sin embargo, en un estado intervencionista es de esperar, que se intensifique la tipificación de infracciones administrativas, no solo para salvaguardar el cumplimiento de sus

finés, sino incluso para modificar las relaciones sociales. En este sentido Alejandro Nieto señala:

[La] intensificación del intervencionismo administrativo no es, con todo, el dato más importante, puesto que el aumento meramente cuantitativo vino acompañado de un fenómeno cualitativo. Se trata, en efecto, de una intervención de un nuevo signo. Para el Derecho Penal y para los jueces que lo aplican las relaciones sociales son un dato externo, que se acepta de antemano tal como es y sobre las que sólo se interviene para garantizar la integridad de los bienes jurídicos sobre los que se asientan. Pero a lo largo del siglo XIX y hasta hoy la intervención pública ha transformado sus objetivos. Ya no se trata de preservar desde fuera lo existente, sino de algo muy distinto: el Estado deja de considerar las relaciones sociales como un dato externo y, a través de su brazo administrativo, penetra en su interior con la inequívoca intención de modificarlas para acomodarlas a lo que se define como intereses generales.⁶¹

Esta modificación de los objetivos del Estado, hace indispensable, que la aplicación de la prescripción que tiene como fin precautelar los derechos de los administrados, tengan plena aplicación y efectividad.

La tipificación de infracciones administrativas dentro de este contexto, obedece a la necesidad del Estado de salvaguardar con medidas preventivas el orden colectivo y social, situación que ratifica el fin de la infracción administrativa. En este orden de cosas, resulta interesante la posición de Alejandro Nieto:

[El] intervencionismo público es consecuencia de una ideología determinada: el Estado asume la garantía de la intangibilidad de determinados bienes sociales y colectivos – a los cuales da rango jurídico -, que pretende salvaguardar con medidas de prevención que cristaliza en la conminación e imposición de castigos a los infractores. Éste es el dato más común a todo el *ius publicum puniendi*. Pero, a partir de aquí, las técnicas se diversifican.⁶²

La forma de prevención del Derecho Administrativo Sancionador, definitivamente no solo radica en la tipificación de infracciones, sino en la aplicación de sanciones represivas con una

⁶¹ Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionado. Óp. cit.*, p. 181.

⁶² Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador, Óp. cit* Id. p. 181.

finalidad disuasiva para el cometimiento de la infracción. “No se trata, en definitiva, de evita la lesión, sino más bien de prevenir la posibilidad de que se produzca.”⁶³

De lo expuesto se desprende claramente, que la infracción administrativa o contravención, tiene naturaleza penal, como lo señala Juan Carlos Cassange:

[La] consecuencia de todo ello es que si las contravenciones o faltas poseen naturaleza penal se diferencia con los delitos constituyen, en principio, una cuestión de grado y, por tanto, cuantitativo, siendo aplicables en materia contravencional y en los llamados delitos administrativos, las reglas y principios que prescribe el Código Penal.⁶⁴

De todo lo expuesto, se desprende que la infracción administrativa en materia de Telecomunicaciones no es otra cosa que la contravención cuya naturaleza jurídica es penal, y por lo tanto le son plenamente aplicables los principios establecidos en el Código Penal para las Contravenciones.

D. Justificación de la aplicación de la prescripción prevista por el Código Orgánico Penal para las contravenciones a la infracción administrativa en materia de Telecomunicaciones, y en consecuencia su aplicación como parámetro para la caducidad de la Potestad Sancionadora.

En este Capítulo, se ha analizado la prescripción de la Acción Penal, como punto de partida, a fin de exponer elementos que permitirán sustentar la aplicación de la prescripción de

⁶³*Ibid.*, p. 182.

⁶⁴ Juan Carlos Ca (Vaca, 2003) (Vera, 1960)ssagne. *Derecho Administrativo. Óp. cit.* p. 568.

la acción penal de las contravenciones, a las infracciones administrativas de telecomunicaciones, previstas en la Ley Especial de Telecomunicaciones, y en consecuencia, aplicar el mismo plazo para la determinar la Caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración en materia de Telecomunicaciones.

En este estudio, se ha evidenciado las siguientes situaciones:

1. El ERJAFE, norma a la cual está sujeta la actividad administrativa de la autoridad de Telecomunicaciones, el Superintendente de Telecomunicaciones, si bien prevé la prescripción de la Potestad Sancionadora de la Administración, no prevé los plazos en los que esta debe operar, sino que se remite a las leyes en las que estuviere prevista la prescripción. Generando la posibilidad de que si en determinada materia, no está prevista la prescripción de la Potestad Sancionadora de la Administración, esta simplemente no se aplicaría.
2. En la Ley Especial de Telecomunicaciones, no se prevé la prescripción de la infracción ni la caducidad de la Potestad Sancionadora, de ahí el nacimiento del problema del ejercicio ilimitado en el tiempo de dicha Potestad por parte de la autoridad de control.

Para resolver la segunda situación, hay que obligatoriamente remitirse al acápite D, del Capítulo II de este estudio, en el que se trató sobre la Prescripción de la Potestad Sancionadora en el Derecho Administrativo Sancionador. En dicho acápite, se concluyó lo siguiente:

- a) La prescripción aun cuando sea considerada como una institución del Derecho Penal, tiene su fundamentado en cuestiones sustanciales e inherentes a los derechos de los individuos, tales como el derecho de contar con seguridad jurídica, el acceso a un

debido proceso; y, cuestión no menos importante, la prescripción regula la actividad estatal en cuanto a su obligación de prestar tutela oportuna a los derechos que podrían haber sido conculcados con el cometimiento de una infracción. Es decir, el fundamento de la prescripción de la acción penal, es la garantía de los derechos constitucionales de los administrados.

- b) Los principios del Derecho Penal son una garantía para evitar el abuso del ejercicio de la Potestad Sancionadora Administrativa del Estado, y ante la existencia de un vacío legal son plenamente aplicables al Derecho Administrativo Sancionador.
- c) En aplicación de los principios del Derecho Penal, la prescripción definitivamente existe en Derecho Administrativo, con la finalidad de garantizar los derechos de los administrados, limitando el ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública.

Una vez analizada la naturaleza jurídica de la infracción administrativa en materia de Telecomunicaciones, se concluyó que esta es una contravención. Nuestro Código Orgánico Penal en su Art. 417 numeral 6 prevé, que en el caso de contravenciones, el ejercicio de la acción prescribirá en tres meses, contados desde que la infracción se comete. De haberse iniciado el proceso por una contravención, la prescripción operará en el plazo de un año, contados desde el inicio del procedimiento. En consecuencia, la administración pública puede ejercer, la potestad sancionadora dentro de los plazos antes señalados.

El Código Penal, vigente antes de la expedición del Código Orgánico Penal, hacía referencia a la “acción de policía”, por cuanto esta terminología corresponde a lo que se

conocía en el pasado, como “Derecho Penal de Policía”, el mismo que en la actualidad se conoce como “Derecho Administrativo Sancionador”, en el cual ya no se habla de acción de policía, sino de la “Potestad Sancionadora de la Administración Pública”. Alejandro Nieto al referirse a la terminología de Derecho de Policía y Derecho Administrativo Sancionador, señala lo siguiente:

[Durante] mucho tiempo ha venido considerándosele como una simple manifestación o aspecto del Derecho de Policía. Más adelante, cuando llegaron a España las ideas de James Goldschmidt – particularmente vulgarizadas a través de la obra castellana de Roberto Goldschmidt - , estuvo en auge la expresión de “Derecho Penal Administrativo”, que todavía se mantiene en algunas sentencias aisladas y en las monografías de autores penalistas. En la actualidad, sin embargo, se ha impuesto el término de “Derecho Administrativo Sancionador”, que es el habitual en la Jurisprudencia y que la doctrina ha aceptado sin dificultades...La utilización de esta denominación implica, pues, una ruptura deliberada con concepciones del pasado: se abandonan los campos de la Policía y del Derecho Penal para asentarse en el Derecho Administrativo. La expresión adquiere así el valor de un emblema y de una confesión doctrinal.⁶⁵

De ahí que, en aplicación del Art. 417 del Código Orgánico Penal antes señalado, y por cuanto la Ley Especial de Telecomunicaciones, no regula la prescripción de la infracción ni la caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, se debe estar a lo dispuesto en el Art. 417 antes señalado, y en consecuencia, que la Potestad Sancionadora de la autoridad de Telecomunicaciones vigente a la época de inicio de los procedimientos sancionadores, anteriores a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, caduca conforme lo antes señalado.

⁶⁵ Alejandro Pérez Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador. Óp. cit.*, p. 172.

CONCLUSIONES

La seguridad jurídica como uno de los objetivos del Derecho, tiene ciertas consecuencias prácticas como la extinción en el tiempo de los derechos y de las acciones, pues no hay derecho que pueda ser exigido indefinidamente o acción que pueda ser iniciada sino dentro de cierto plazo. De ahí que existe la prescripción como uno de sus efectos prácticos, y no existe rama alguna del Derecho, incluido el Derecho Administrativo, en el que deje de aplicarse la prescripción como institución jurídica.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, posiblemente los dos tratadistas de Derecho Administrativo más citados por nuestra Corte Nacional de Justicia, señalan que dentro de la unidad estructural que es el ordenamiento coexisten una serie de distintas fuentes del Derecho, estableciendo con ello que el Derecho Administrativo es un ordenamiento jurídico antes que un conjunto de normas de derecho positivo, y es por ello que junto a las normas, como fuentes formales del Derecho Administrativo, así señalan que "...juegan un papel otras fuentes que no están publicadas en las Gacetas o Boletines Oficiales, la costumbre, la jurisprudencia y, de manera especial, los principios generales del Derecho"⁶⁶. Siguiendo a estos mismos autores, "son estos principios los que sostienen y animan un ordenamiento".

Podríamos concluir en este punto, que en el Derecho Administrativo las fuentes del mismo la componen el conjunto de normas de derecho positivo vigentes a determinada fecha, pero también son fuentes del mismo la costumbre, la jurisprudencia y, en especial, los principios

⁶⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Op.cit.*, p.61.

generales del derecho. Uno de estos principios es la búsqueda o consecución de la seguridad jurídica, cuya consecuencia práctica es la vigencia de la prescripción de las acciones.

García de Enterría y Tomás Fernández, que citan el fallo No. 18 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español de 8 de junio de 1981, dictada dentro del Recurso interpuesto por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de don Adriano Angel Blanco López, don Manuel María de Santamaría, don Ricardo Bermejo Prieto y don Federico Contreras Ortiz, bajo la dirección del Letrado don José Ramón Parada Vázquez, contra las resoluciones del Gobierno Civil de Barcelona de fecha 14 de febrero de 1980, referido a una aplicación coherente en el Derecho Administrativo de las normas penales en todo aquello que tiene que ver con el derecho penal administrativo o sancionador. Ese fallo, señala: *"Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado ... De este modo - reflexionan los tratadistas- la inmensa laguna que supone la ausencia de un cuadro normativo general que definiese los principios generales de funcionamiento de las sanciones administrativas y de su aplicación se encuentra suplida por esa remisión general a los "principios del orden penal", lo cual es de una extraordinaria importancia práctica, como bien se comprende"*⁶⁷.

Estas reflexiones doctrinarias nos permiten llegar a una segunda conclusión, la cual es que en materia de Derecho Penal Administrativo o Sancionador, se aplican de manera directa los principios y normas del ordenamiento penal común cuando hay ausencia normativa específica

⁶⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 168.

en el campo administrativo, tal y como precisamente sucede con la prescripción de las acciones. Y la aplicación supletoria de esas normas, significa que en el Ecuador efectivamente existe la prescripción de las acciones administrativas sancionadoras y que el tiempo de las mismas son las señaladas en el Código de Penal para las contravenciones, en razón de que el Estatuto no ha señalado un plazo para que la prescripción opere.

Todo esto, nos permite determinar, que ante el vacío legal de la Ley Especial de Telecomunicaciones, respecto de la caducidad de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, se debe aplicar por analogía el tiempo previsto para la prescripción de las acciones en materia de contravenciones. En consecuencia, no es sustentable la posición de la autoridad de control, respecto a ejercer indefinidamente en el tiempo la Potestad Sancionadora.

Este ejercicio ilimitado, tiene como consecuencia que esta lo haga sin competencia, puesto que, conforme hemos señalado, la competencia se pierde en razón del transcurso del tiempo. De ahí, que los administrados dentro de los procesos sancionatorios, iniciados bajo la Ley Especial de Telecomunicaciones, tienen a su favor la excepción de falta de competencia de la autoridad de control, como consecuencia de la Caducidad de la Potestad Sancionadora.

A su vez, la falta de competencia provoca la nulidad procesal, la misma que conforme lo determina el ERJAFE es insubsanable. Esto revela, que el ordenamiento jurídico debe ser aplicado dentro de la jerarquía y prevalencia de las normas para de esta manera garantizar el debido proceso, y por lo tanto la certeza jurídica a la que tienen derecho todos los administrados.

Las Potestades Estatales, tienen que ser ejercidas dentro de marco de la legalidad, caso contrario no solo que vulneran derechos constitucionales, sino que generan actos administrativos, que pueden ser susceptibles de generar responsabilidad administrativa, y por lo tanto la obligación de indemnizar por daños y perjuicios a los administrados.

BIBLIOGRAFÍA

- Cabanellas, G. (1998). *Diccionario Jurídico Elemental*. Colombia: Heliasta S.R.L.
- Cassagne, J. C. (1996). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. (1996). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Perrot.
- Fernández, E. G. (1998). *Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Garberi, J. (1998). *Derecho Administrativo Sancionador*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Hernández, J. (1973). *El Derecho Penal Administrativo en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Isaza, C. (2009). *Teoría General del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Temis.
- Muñoz, F. (1999). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis.
- Pérez, A. (2003). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Pérez, A. (2006). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- RamonFernandez, E. G. (1998). *Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Secaira, P. (2004). *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Universitaria.
- Vaca, R. (2003). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vera, O. (1960). *La prescripción Penal en el Código Penal*. Buenos Aires: Viamonte.

Zaffaroni, E. (1988). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.