



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

“LA APLICACIÓN DE LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LAS INFRACCIONES Y PENAS PECUNIARIAS ESTABLECIDAS EN LA LEY ORGÁNICA DE SALUD PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS COMERCIANTES”.

TESIS PREVIO A OPTAR
POR EL GRADO DE
ABOGADO

AUTOR:

Héctor Benito Arrobo Valle

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Rolando Macas Saritama. Mg. Sc.

Loja – Ecuador

2013

CERTIFICACIÓN.

Dr. Rolando Macas Saritama. Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA,
SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

C E R T I F I C O:

Que he dirigido y revisado la presente tesis intitulada: “LA APLICACIÓN DE LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LAS INFRACCIONES Y PENAS PECUNIARIAS ESTABLECIDAS EN LA LEY ORGÁNICA DE SALUD PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS COMERCIANTES”, presentada por el señor Héctor Benito Arrobo Valle, autor que ha realizado todas las observaciones sugeridas para mejor argumentación científica; por lo que, autorizo su presentación, sustentación y defensa ante el Tribunal de Grado.

Loja, febrero del 2013

Dr. Rolando Macas Saritama. Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA.

Todos los conceptos, opiniones, comentarios, resultados, análisis de datos, conclusiones, recomendaciones así como la propuesta legal que constan en la presente tesis titulada “*La aplicación de la debida proporcionalidad entre las infracciones y penas pecuniarias establecidas en la Ley Orgánica de Salud para garantizar la igualdad de derechos de los comerciantes*”, son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Héctor Benito Arrobo Valle

DEDICATORIA.

El presente trabajo lo dedico totalmente en primer lugar a Jehová Dios por su guía y amor incondicional que me ha sabido dar; y, de manera muy especial a mi familia en las personas de mi Padre Segundo Faustino Arrobo Celi, esposa Jenny Rodríguez León y mis amados hijos Andrés Mauricio, Héctor Adrián y Yaricsa Anahí, que siempre me han proporcionado su apoyo indeclinable, constituyéndose en el soporte de mi vida cotidiana, llevándome a perseverar y luchar por la consecución y mi feliz culminación profesional.

El Autor

AGRADECIMIENTO.

Dejo constancia de mi perenne gratitud a la Universidad Nacional de Loja, especialmente a la Modalidad de Estudios a Distancia, Carrera de Derecho, en la persona de sus dignísimas autoridades. De igual manera expreso mi gratitud a todos los docentes que participaron en mi formación personal en el magnífico campo del Derecho, para cristalizarme como profesional al servicio de la sociedad.

A las Direcciones de la Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa, Carrera de Derecho, que con sus autoridades y docentes, me brindaron el apoyo profesional y académico para participar en el Vigésimo Programa de Asesoría para la Graduación en Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja; que contribuyó a culminar un peldaño en mi vida y formarme como profesional del Derecho.

De manera muy especial, al Dr. Rolando Macas Saritama, catedrático y director de la presente tesis, quien me supo impartir con absoluta dedicación sus conocimientos de investigación científica y aplicación de las Leyes, guiándome con sus enseñanzas hasta llegar a la exitosa culminación de esta investigación científica.

El autor

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO.

2. RESUMEN.

2.1. Abstract.

3. INTRODUCCIÓN.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. Marco conceptual

4.1.1. El Principio de Proporcionalidad

4.1.2. Subprincipios de Proporcionalidad

4.1.3. La penología y la pena

4.1.4. El comercio

4.1.5. Derecho Comercial

4.1.6. El negocio.- Definición

4.1.7. Derecho a la Igualdad, discriminación.

4.2. Marco Doctrinario

4.2.1. La debida proporcionalidad entre las infracciones y penas pecuniarias.

4.2.2. Hacia una aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana.

4.2.3. Principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo sancionador.

4.3. Marco Jurídico

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

4.3.2. Tratados Internacionales

4.3.3. Código Penal

4.3.4. Ley Orgánica de Salud

4.3.5. Reglamentos

4.3.6. Legislación Comparada.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 Materiales utilizados

5.2 Métodos

5.3 Procedimientos y Técnicas

6. RESULTADOS

6.1 Resultados de la aplicación de Encuestas

6.2 Resultados de la aplicación de la Entrevista

6.3 Estudio de Casos

7. DISCUSIÓN

7.1 Verificación de Objetivos

7.2 Contratación de la Hipótesis

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

8. CONCLUSIONES.

9. RECOMENDACIONES.

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica .

10 BIBLIOGRAFÍA

11 ANEXO.

1. TÍTULO

“LA APLICACIÓN DE LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LAS INFRACCIONES Y PENAS PECUNIARIAS ESTABLECIDAS EN LA LEY ORGÁNICA DE SALUD PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS COMERCIANTES”.

2. RESUMEN.

La presente tesis, nace con la finalidad de realizar un estudio jurídico y crítico sobre el principio de proporcionalidad; esto en virtud de la necesidad urgente de establecer la debida proporcionalidad en la aplicación de la pena pecuniaria, tipificada en el artículo 154 de la Ley Orgánica de Salud, a fin de garantizar la igualdad de derechos de los comerciantes.

La Constitución de la República del Ecuador, que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otro ordenamiento jurídico; en concordancia con la normativa internacional; garantiza sin discriminación alguna la igualdad de derechos, justicia y proporcionalidad de las penas; conminando al Estado a que en todo proceso donde se determine derechos y obligaciones de cualquier índole se observará los principios y garantías establecidos en la constitución, ya que cualquier norma jurídica o acto de poder público que no tenga conformidad con esta, carecerá de eficacia jurídica.

El Art. 76, numeral 6 de la Constitución establece que en las leyes se debe aplicar el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Sin embargo esta garantía no se cuando los operadores de justicia, al sancionar a los propietarios de establecimientos sujetos a control y vigilancia sanitaria, aplican el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud que sanciona con multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general el incumplimiento, a la obtención del permiso de funcionamiento conforme lo establece el artículo 130 de la indicada Ley

La sanción mencionada es completamente desproporcional, ya que no considera el monto de inversión del establecimiento comercial; es decir no hace ninguna diferencia entre un supermercado y una tienda, entre un pequeño restaurant y una hostería, o entre una clínica y un consultorio médico particular; sancionando por igual a todos estos establecimientos que no obtengan el permiso de funcionamiento, con la pena de una multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.

La falta de proporcionalidad en pena es evidente y absolutamente incoherente ya que la multa para unos establecimientos es excesiva, a veces imposible de pagar, al punto de calificarla como injusta. En cambio para los establecimientos con grandes inversiones, es demasiado sutil y por ser la multa un monto insignificante; evaden realizar el trámite para obtenerlo, hecho que conlleva grandes peligros para la salud de los consumidores. Por lo tanto esta multa desproporcional entraña discriminación, desigualdad e impunidad; vulnerando los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República.

De lo expuesto, esta problemática tiene importancia social y jurídica, lo cual me motivó a investigar científica y jurídicamente; llegando a concluir que es necesario reformar la pena establecida en el Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud para los establecimientos que incumplan el Art. 130 de la Ley citada. A fin de que la autoridad sanitaria en el momento de sancionar a los propietarios de los establecimientos sujetos a control y vigilancia sanitaria; la Ley le faculte sancionar proporcionalmente con penas de uno a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general, haciendo uso de la

sana crítica, considerando los daños que se hayan producido o pueda producirse en la salud de las personas; la gravedad de la infracción; la calidad de reincidencia del infractor; las condiciones socio-económicas del infractor; y, el beneficio obtenido por el infractor por resultado de la infracción.

2.1 ABSTRACT.

This thesis was born in order to carry out a legal and critical to the principle of proportionality that under the urgent need for proper proportionality in the application of the pecuniary penalty, defined in section 154 of the Act Health, to ensure equal rights of traders.

Article 76, paragraph 6 of the Constitution stipulates: "The law shall establish the proper proportionality between offenses and penalties, administrative or other nature." However, this guarantee is not met in the application of Article 254 of the Health Act which imposes a fine of five unified basic wage of workers in general, violation of Article 130 of the Act indicated that states: "The establishment subject to health control for its operation must have the permit issued by the National Health Authority. The operating permit will be valid one year". From the above, the set is completely disproportionate punishment because it does not consider the amount of investment of the shop, that is makes no difference between a supermarket and a shop, among a small restaurant and an inn, or between a clinic and physician office; sanctioning equally to all those establishments that do not obtain the operating permit, with the penalty of a fine of five unified basic wage of workers in general. The lack of proportionality in punishment is obvious and absolutely inconsistent and that the fine is excessive for some establishments, sometimes impossible to pay, to the point of qualifying as unfair. In exchange for establishments with large investments, it is too subtle and the fine amount be insignificant evade carry out the procedure to obtain

it, a fact that carries great dangers to the health of consumers. So this involves disproportionate fine discrimination, inequality and impunity, violate the rights and guarantees recognized in the Constitution of the Republic. From the above, this problem has social and legal importance, which motivated me to investigate scientifically and legally, coming to the conclusion that a reform of the penalty prescribed in Article 254 of the Health Law for establishments that comply with Article 130 of that Act. In order that the health authority at the time of sanction to the owners of establishments to control and surveillance, Act authorizing him to punish proportionally penalties of one to ten unified basic wage of workers in general, making use of sound critical, considering the damages that have occurred or may occur in the health of people, the seriousness of the offense, the quality of recidivism of the offender, the socio-economic conditions of the offender, and the benefit to the violator resulting of the offense.

3. INTRODUCCIÓN.

La presente investigación jurídica intitulada *“La aplicación de la debida proporcionalidad entre las infracciones y penas pecuniarias establecidas en la Ley Orgánica de Salud para garantizar la igualdad de derechos de los comerciantes”*; surge de un profundo análisis realizado a la normativa de la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 76, numeral 6 que estipula: *“La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”*¹. Sin embargo esta garantía no se cumple cuando se aplica el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud que sanciona con multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general el incumplimiento al artículo 130 de la indicada Ley que estipula: *“Los establecimiento sujetos a control sanitario para su funcionamiento deberán contar con el permiso otorgado por la Autoridad Sanitaria Nacional. El permiso de funcionamiento tendrá vigencia un año”*.²

La desproporcionalidad es evidente, en la sanción pecuniaria señalada, por no considerar el monto de inversión del establecimiento, no hacer ninguna diferencia entre un supermercado y una tienda, o entre una clínica y un consultorio médico particular. Así al aplicar por igual a todos los establecimientos comerciales, sean estos de inversión pequeña, para los cuales la multa es injusta por ser excesiva y muchas de las veces imposibles de pagar. En cambio para los establecimientos con grandes inversiones la

¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador 2010. Art. 76, Núm. 6

² LEY ORGÁNICA DE SALUD, Registro Oficial Suplemento. Quito, Ecuador. 2006, Art. 130

multa es demasiado sutil y al ser un monto insignificante, evaden la obtención del permiso de funcionamiento, entrañando impunidad.

En la presente Tesis los objetivos planteados como el Objetivo General, que consiste en *“Realizar un estudio jurídico y doctrinario de la proporcionalidad establecida, entre las infracciones y penas pecuniarias tipificadas en la Ley Orgánica de Salud”*; ha sido verificado con la revisión de literatura que contenida en el marco jurídico, donde se realizó un amplio estudio desde la Constitución de la República, Tratados Internacionales, Ley Orgánica de Salud y su Reglamento y Código Penal. De la misma manera en el estudio y análisis del marco doctrinario se implicaron temas concretos como: La debida proporcionalidad entre las infracciones y penas pecuniarias; Hacia una aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriano; y Principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

Seguidamente se analiza el derecho comparado de cuatro Legislaciones de Salud que norman `procedimientos adecuados para aplicar sanciones sanitarias. Concluyendo en esta verificación que la sanción establecida en el Art. 254 de Ley Orgánica de Salud por el incumplimiento del Art. 130 de la mencionada Ley es completamente desproporcional, por vulnerar el principio constitucional de proporcionalidad, al sancionar a todos los establecimientos comerciales con la misma multa sin hacer ninguna consideración del hecho que se juzga.

Dentro de los objetivos específicos está el primero que consiste en: *“Demostrar la vulneración del principio de proporcionalidad establecido en numeral 6 del artículo 76 de la Constitución, al aplicarse la sanción impuesta en el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud por incumplimiento del artículo 130 de la indicada Ley”*, se verifica mediante la revisión del marco jurídico, especialmente el análisis profundo al numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República. Sumándose a este análisis los resultados de las respuestas a la tercera pregunta de entrevista, donde el 100% de los entrevistados concuerdan que se vulnera el principio de proporcionalidad al aplicar la misma multa a todos los establecimientos comerciales, sin ninguna diferenciación. Demostrándose de esta forma que el principio de proporcionalidad es vulnerado al aplicar el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, para sancionar el incumplimiento al artículo 130 de Ley indicada.

El segundo objetivo específico que consiste en: *“Identificar los efectos que produce la falta de la debida proporcionalidad de la sanción impuesta en el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, por incumplimiento al artículo 130 de la indicada Ley”*; se ha verificado realizando un análisis pormenorizado de los resultados obtenidos en la cuarta pregunta de la encuesta, donde los encuestados coinciden que los efectos son múltiples y vulnera los derechos fundamentales como: Igualdad ante la Ley, la no discriminación y la debida proporcionalidad en la aplicación de penas.

De igual manera el tercer objetivo específico que consiste en *“Presentar una propuesta legal para reformar el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, estableciendo sanciones de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del establecimiento sujeto al control y vigilancia sanitaria”*, se ha plasmado en la presentación de una propuesta de reforma al Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud que permite y permita una sanción de acuerdo al principio de proporcionalidad, la misma que se fundamentó en el marco jurídico, donde se realizó el análisis profundo al principio de proporcionalidad y la inherencia de este en las infracciones y sanciones penales, administrativas o de cualquier naturaleza. Adicionalmente, se verificó con los resultados obtenidos en las preguntas 6, tanto de la encuesta como de la entrevista planteada, en donde se determinó un elevado porcentaje que confirma el presente objetivo; así como, el estudio de casos, llegando a concluir que la misma multa impuesta a los establecimientos es totalmente desproporcional, por lo tanto es pertinente reformar el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, estableciendo la debida proporcionalidad en el momento de aplicar sanciones pecuniarias a los propietarios de establecimiento sujetos a control y vigilancia sanitaria y que incumplan el artículo 130 del cuerpo legal en mención.

La presente tesis también cuenta con la siguiente hipótesis *“Las penas pecuniarias de las infracciones tipificadas en la Ley Orgánica de Salud, son desproporcionales porque se impone la misma multa por incumplimiento del permiso de sanidad del negocio del pequeño comerciante, al igual que los*

propietarios de grandes negocios, lo cual genera desigualdad y discriminación ante la Ley”; la misma que fue contrastada con el desarrollo del marco jurídico, particularmente con el análisis de los artículos Art. 254 y 130 de la Ley Orgánica de Salud y numeral 6, del artículo 76 de la Constitución de la República. Adicionalmente, se verificó positivamente la presente hipótesis con los resultados obtenidos en las preguntas No. 2 y 3 de la encuesta y resultados a las respuestas de las interrogantes 1, 2, 3 y 5 de la entrevista, al considerar el 98% de los encuestados y 100% de los entrevistados que no existe la debida proporcionalidad al momento de sancionar pecuniariamente los negocios.

De conformidad a un estudio científico, la Tesis se estructura de la siguiente forma: Revisión de literatura constituida por un marco conceptual, doctrinario y jurídico; marco conceptual que analiza las temáticas relacionadas con el principio de proporcionalidad y sus subprincipios, Infracciones, Penología y la Pena, el Comercio, Derecho Comercial, el Negocio y Derecho a la no discriminación; en el marco doctrinario analizo las nuevas tendencias del principio de proporcionalidad como la debida proporcionalidad entre infracciones y penas pecuniarias, Hacia un aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación jurisdiccional ecuatoriana, y el principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo sancionador; en el marco jurídico analizo e interpreto la normativa legal relacionada a la problemática y que consta en la Constitución de la República, Tratados Internacionales, Código Penal, Ley Orgánica de Salud, el Reglamento para Otorgar el

Permiso de Funcionamiento a los Establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario; y legislación comparada.

En lo concerniente a materiales se ha utilizado los siguientes: La Obra Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales de Carlos Bernal Pulido; la Obra Principio de Proporcionalidad de Rubén Sánchez Gil; Constitución de la República, Instrumentos Internacionales, Código Penal, Ley Orgánica de Salud y Reglamento.

Dentro de los métodos utilizados, fue indispensable la aplicación del Método Científico, que define y diferencia el conocimiento, la ciencia de otros tipos de conocimientos y excluir todo aquello que tiene la naturaleza subjetiva. Además se aplicó los métodos inductivo y deductivo, que tienen como característica ir de la general a lo particular o viceversa; y, de esta manera a través de estos métodos obtener, conocer, analizar y concluir en base a conocimientos jurídicos de varios profesionales relacionados con al tema objeto de investigación. Es importante señalar también que fue necesaria la aplicación de los métodos histórico, descriptivo, analítico, sintético, exegético, estadístico y mayéutico, los cuales facilitaron la comprensión y señalamiento de los aspectos más relevantes de la investigación.

Las técnicas utilizadas fueron las encuestas y entrevistas. Las encuestas se aplicaron a los profesionales de Derecho de Zamora Chinchipe con un banco de 6 preguntas; y, las entrevistas de igual forma se aplicaron a Funcionarios Públicos de la Dirección de Salud y profesionales del Derecho con un banco de seis preguntas. Finalmente, se realizó un estudio de tres casos prácticos

que fueron sancionados en la Dirección Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, los mismos que tienen estrecha relación con la problemática.

En lo concerniente a los resultados está compuesto con las derivaciones de las encuestas, las entrevistas y el estudio de casos. Los resultados de las encuestas el 100% de los encuestados como de los entrevistados apoyan la propuesta de reforma al artículo 245 de la Ley Orgánica de Salud para garantizar la aplicación de sanciones pecuniarias acorde al principio de proporcionalidad a los contraventores de la Ley; porque la multa actualmente por contravenir el Art. 130 vulnera la garantía constitucional reconocida en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República.

La discusión está compuesta por, la verificación de objetivos, contrastación de hipótesis y la fundamentación jurídica, esta última elaborada desde un punto de vista doctrinario jurídico y de opinión en donde abarca los resultados obtenidos en la investigación de campo, que fundamentaron la propuesta de reforma al artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud.

Finalizando esta investigación, dejo constancia de mi trabajo determinando algunas conclusiones y recomendaciones; elaboración del proyecto de Ley de reforma al artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, que garantice la aplicación de una debida proporcionalidad en la imposición de las penas pecuniarias a los comerciantes; la bibliografía que esta compuestas por obras jurídicas, científicas, leyes, páginas de internet, que sirvieron para el desarrollo y ejecución de la presente tesis; y, por último los anexos de los formatos de preguntas de las entrevistas y encuestas, y del proyecto de tesis

aprobado por las autoridades de la carrera de derecho; poniendo el presente trabajo a vuestra consideración y de esta forma contribuir con los estudiosos y profesionales del derecho para guía y fuente de consulta.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. Principio de Proporcionalidad y sus Subprincipios.

“La historia del derecho, el constitucionalismo y los derechos humanos es la historia de una larga lucha en contra del absolutismo del poder, fuente de guerras y desigualdades y de la ley del más fuerte que sería propia del estado de naturaleza y atenta en contra de los derechos de las personas y una adecuada protección por la ley misma”³.

De lo señalado, los principios del derecho son una garantía frente a prácticas de marginación y desigualdad en la aplicación de justicia o a la indebida aplicación de una norma. Así la existencia de medios y mecanismos de impugnación judiciales extraordinarios como el principio de proporcionalidad, garantizan la verdadera aplicación del derecho, constituyéndose en un claro mecanismo de apoyo frente a abusos de poder.

Si bien es cierto, que el principio de proporcionalidad como técnica de interpretación constitucional tiene como objetivo tutelar los derechos expandiéndolos en su ámbito de aplicación, no es menos cierto que dicha expansión tiene que dejar de lado la compatibilidad que entre ellos debe existir. En esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. Las interrogantes principales de la temática planteada, tienen que ver con la falta de destreza

³ FERRAJOLI, Luigi, Derechos fundamentales, Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2007, Pág. 87

teórica al momento de resolver los conflictos de derechos fundamentales, de ahí que existan sentencias de los más altos tribunales que contienen errores de interpretación, por lo que jueces constitucionales se encuentran bajo nuevos parámetros de interpretación, y en consecuencia, su razonamiento judicial se vuelve más complejo.

Otra de las valiosas conquistas del Derecho Penal moderno ha sido, sin duda, la formulación del principio de proporcionalidad cuya influencia resulta decisiva en el funcionamiento de la administración de justicia. Esta garantía debe estar en todo el proceso de toma de decisiones, en el momento de fijación, aplicación y ejecución de las penas y las medidas de seguridad, e implica que la respuesta del Derecho Penal al fenómeno de la delincuencia deberá ser proporcional a la afectación que sufren los bienes jurídicos; es decir, como se trata de modalidades de reacción que pueden conllevar a restricciones importantes para los sujetos comisores, deberán utilizarse cuando resulten imprescindible para garantizar el cumplimiento de los propósitos de la Ley Penal, Administrativa o de otra naturaleza pero siempre de una manera adecuada y consecuente con el hecho que las deriva.

Respecto a lo que se asegura, y a su utilidad del principio de proporcionalidad, Ignacio Villaverde lo prescribe: *“En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco.*

*A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental, vulnere en su aplicación su contenido esencial*⁴.

A más de estar estipulada o prevista en la normativa de un país, la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere además que sea una medida idónea, necesaria y proporcional en relación con un fin legítimo; y, de acuerdo a este criterio Villaverde señala: *“Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada, por*

⁴VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, La resolución de conflictos entre derechos fundamentales, Principios de Proporcionalidad y la interpretación Constitucional, Quito, 2008, Pág. 182.

*derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*⁵.

De lo expuesto, surge la necesidad, de un efectivo ejercicio ponderativo sobre la eficacia de la aplicación como sanción de una norma a un hecho o caso concreto, mucho más cuando los jueces deben trabajar con valores constitucionalmente reconocidos y que requieren un razonamiento hermenéutico que los aplique de forma justificada y razonable a ese caso. En consecuencia, ¿qué hacer por ejemplo cuando la pena impuesta por el juez o tribunal carece de proporcionalidad frente al delito cometido? ¿Qué remedios procesales puede utilizar el justiciable para hacer valer su derecho a una sentencia justa? ¿Cuáles son los parámetros en los que se sustenta un medio de impugnación, sea acción o recurso, que puede ser incluso de carácter extraordinario, por la evidente violación de un derecho?

La autora Ivonne Yenissey Rojas denomina también “*al principio de proporcionalidad como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la proporcionalidad de las leyes ligándolo con el principio de Estado de Derecho y, por ende, con*

⁵ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, Ob. Cit. Pág. 183

el valor justicia. El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho”⁶.

De acuerdo a estas concepciones sobre el principio de proporcionalidad se aprecian dos vertientes: Que la pena ha de ser necesaria, que se materializa en la idea de que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir su fin, y por otra parte la pena tiene que ser infalible, que en la fase de su ejecución hay que garantizar su cumplimiento efectivo.

Subprincipios de Proporcionalidad.

El tratadista Carlos Bernal Pulido indica: “Como concepto jurídico, el principio de proporcionalidad aparece articulado de tres subprincipios, que expresan una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir; se trata de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”⁷.

Subprincipios de Idoneidad.- Según Rubén Sánchez el subprincipios de idoneidad o adecuación se desarrolla en dos aspectos fundamentales: *“...para determinar la licitud o legitimidad de una intervención en un derecho fundamental. Se establece, en primer lugar, si la medida legislativa debe tener un fin legítimo y, en segundo lugar, debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, que por su medio efectivamente*

⁶ Portal.uclm.es/ La Proporcionalidad de las Penas, Ivonne Yenissey Rojas, Pág. 85

⁷ BERNAL PULIDO, Carlos, Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Madrid, 2007, Pág. 42

*pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural*⁸.

De acuerdo a este subprincipio, en primer lugar toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada esto es, que debe ser susceptible para alcanzar el objetivo perseguido con ella, objetivo que debe ser constitucionalmente lícito.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé *“para este subprincipios, la verificación de que, la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido en el sentido de ser apropiado o idóneo, existiendo un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”*⁹.

De lo expuesto, la medida de intervención tiene que ser idónea, es decir, que aquella medida restrictiva en efecto sirve para limitar el derecho por la razón que justifica la existencia del límite. Para ilustrarlo y comprenderlo de mejor manera Villaverde nos explica con el siguiente Ejemplo: *“Si en el curso de una instrucción penal es necesario practicar una prueba de ADN para esclarecer un caso de violación, que requiere la intervención corporal de uno de los imputados en el proceso, el bien constitucional de la averiguación de los delitos puede justificar un límite a la integridad física del imputado y justificar dicha intervención corporal. Pero esta intervención corporal sólo está justificada si su objeto es la obtención de evidencias que sirvan*

⁸ SÁNCHEZ GIL, Rubén, Principio de Proporcionalidad, Unam, 1ra. Edición, México, 2007, Pág. 40

⁹ LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009 Título I, Art. 3, Núm. 2.

*para el esclarecimiento de los hechos supuestamente delictivos, y no, por ejemplo, para comprobar si el imputado es consumidor o no de sustancias estupefacientes o padece cierta enfermedad*¹⁰.

Así se verifica, si el fin que el legislativo pretende favorecer, puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional, que según Carlos Bernal *“Únicamente si se ha establecido de antemano qué finalidad persigue la intervención de la norma, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde la perspectiva de la Constitución, podrá enjuiciarse si la medida adoptada resulta idónea para contribuir a su realización”*¹¹.

De lo anotado para emprender este análisis de idoneidad, resulta indispensable establecer de antemano cuál es el fin que la Ley pretende favorecer y corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo.

Subprincipio de Necesidad.- En relación a este subprincipio, Rubé Sánchez expone *“Este subprincipio implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. En la comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: 1. Si reviste del mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de ésta. 2. Si se afecta negativamente el derecho fundamental en un grado menor. Si existe algún medio alternativo que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional. El estudio para determinar si*

¹⁰ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. Ob. Cit., Pág. 184

¹¹ BERNAL PULIDO, Carlos. Ob. Cit. Pág. 694

*una medida restrictiva es o no necesaria, requiere de un análisis de eficiencia de sus alternativas de acuerdo con las ciencias y técnicas aplicables*¹².

De acuerdo con la necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna posible con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. De esta manera, si hay medios alternativos y su implementación puede fomentar el fin y, si cada uno de esos medios (algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida en comparación con el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en igual o mayor medida los derechos fundamentales, entonces la medida estatal queda como la menos lesiva.

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.- En relación a este subprincipio Rubén Sánchez dice *“supone una valoración entre un derecho fundamental y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin legislativo, justifica la intensidad en que se menoscaban aquellos”*¹³.

Conforme lo dice el sentido estricto va a traducirse en la necesidad de probar que el daño es real y efectivo, por lo que se justifica que la Ley

¹²SANCHES GIL, Rubén. Ob. Cit. Pág. 46. Pág. 47

¹³ SANCHES GIL, Rubén. Ob. Cit. Pág. 46. Pág. 47.

menoscabe algunos derechos fundamentales, por ser real y efectivo y no sólo una sospecha o presunción de riesgo

Carlos Bernal Pulido expresa *“...en todas las definiciones está implícita la primera idea de proporcionalidad, que es lograr el equilibrio; no en vano algunas sentencias denominan a este criterio como el juicio de ponderación, ya que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales”*¹⁴

El mismo tratadista sobre la ponderación Manifiesta: *“El concepto de ponderación es objeto de variadas discusiones teóricas y prácticas”*¹⁵

Así la ponderación, es un medio utilizado por los operadores de justicia para justificar la proporcionalidad de una pena o justificar la aplicación o limitación de un derecho fundamental de la persona, haciéndolo parecer como racional en la aplicación de normas jurídicas.

4.1.2 Las Infracciones.

Las infracciones se puede conceptualizar como: *“Todo acto que constituya una trasgresión, violación o incumplimiento de lo mandado a lo prescrito en una norma jurídica, sea esta una ley, un decreto, un mandato constitucional, una disposición contractual, etc. En materia penal se clasifican como*

¹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, La Racionalidad de la Ponderación, Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, Quito-Ecuador, 2008, Pág. 44

¹⁵ Ibidem, Cit. Pág. 44

*trasgresiones a la ley penal de toda clase, tanto la más grave como las de menor nivel*¹⁶.

En nuestro Código Penal *“Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar*¹⁷.

De lo anotado una infracción supone ser un acto de acción u omisión en contra de una norma legal, moral, convención o pacto, y se divide en delitos, en contravenciones de acuerdo a su naturaleza, es decir sea esta administrativas, penales, civiles o de tránsito.

4.1.3 La Penología y las Penas.

La Penología se trata de una rama de las Ciencias Penales que estudia los sistemas de castigo y redención de los criminales, métodos y procedimientos legales destinados a prevenir el delito.

Según Felipe Durán *“la Penología es la ciencia dedicada al estudio de la pena como consecuencia de un delito. Se encarga de estudiar cual es el objetivo de la misma y los mecanismos para hacerla cumplir eficazmente de manera que incluya la sanción del delito*¹⁸.

Para John Howard es: *“Ciencia que tiene por objeto el estudio de las sanciones represivas (penas y medidas de seguridad) atribuidas a los responsables de delitos*¹⁹. De acuerdo a estas concepciones la Penología

¹⁶ DURÁN RAMÍREZ, Felipe, Diccionario Hispanoamericano de Derecho, Edit., Colombia, 2011, Pág. 1113.

¹⁷ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010 Art. 10, Pág. 3

¹⁸ DURÁN RAMÍREZ, Felipe. Ob. Cit. Pág. 1696

¹⁹ HOWARD, John, “LA PENA”, Sin editorial, Sin edición, Pág. 23.

es la ciencia que trata exclusivamente del análisis y estudio en cuanto al régimen punitivo se refiere, esto es, tanto las sanciones penales, administrativas o de cualquier naturaleza.

La pena, como categoría sustancial e imprescindible del derecho penal, muy concretamente significa: "*Disminución de un bien jurídico con que se amenaza y que se aplica a quien viola un precepto legal*"²⁰.

Para Cabanellas, la pena es una "*Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados*"²¹.

El mismo Cabanellas, sostiene que "*Etimológicamente «pena» procede del latín poena, derivado a su vez del griego poine o penan, donde significa dolor, trabajo, fatiga, sufrimiento*"²².

Según el Dr. Manuel Sánchez Zuraty, la pena es la "*Sanción establecida en la ley para castigar los delitos tipificados legalmente*"²³.

La enciclopedia Microsoft Encarta 2010, considera a la pena, como la "*sanción impuesta por la ley a quien, por haber cometido un delito o falta, ha sido condenado en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente*"²⁴.

Recopilando todas estas definiciones, se puede llegar a la conclusión que la pena se erige como la consecuencia inmediata del delito que recae sobre el autor de la acción punible. La pena en general significa sufrimiento, castigo,

²⁰ GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit., Astrea, Buenos Aires, 1989, Pág. 301.

²¹ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Argentina, 2002, Pág. 279.

²² Ibidem, Pág. 281.

²³ SÁNCHEZ, Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Edit., Casa de la Cultura, Ambato, 1989, pág. 312.

²⁴ MICROSOFT, Encarta 2010, Enciclopedia Informática, On Line.

dolor para el reo, buscando que de esta manera compense el mal causado y enmiende su conducta, cuando se trata de penas orientadas a la rehabilitación del reo, pues en otros casos se aplican penas tan drásticas, como la pena de muerte, que significa la eliminación del reo, como medida para lograr el temor de los demás hombres a incurrir en las normas penales, así como para lograr la prevalencia de la vida en sociedad, aunque este segundo objetivo, es absolutamente secundario, pues está comprobado que penas tan drásticas, lo único que buscan es sembrar en los demás ciudadanos un temor tan grande que definitivamente los haga disuadir ante la eventual tentación de delinquir.

Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Y las preventivas son también las medidas de seguridad como: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores, entre otras.

Es forzoso que la pena esté establecida por la ley con anterioridad a la comisión del hecho delictivo (rige el denominado principio de legalidad), y obliga a su ejecución una vez que haya recaído sentencia firme dictada por Jueces o tribunal a quienes han cometido un delito.

Son varios los criterios clasificatorios de las penas. El que resulta admitido con mayor frecuencia por las legislaciones es el que distingue entre penas

graves, que sancionan la comisión de delitos, y penas leves aplicables a las faltas.

Las penas pueden ser privativas de libertad, que suponen el internamiento del reo en un centro penitenciario, y pueden tener diversa duración según lo que establezca la ley para cada delito. A menudo los sistemas dan a estas penas diferentes denominaciones, dada su distinta duración. Se habla así, por ejemplo, de reclusión, prisión y arresto. También es posible la privación de libertad en el propio domicilio del reo, como sucede en el denominado arresto domiciliario.

En ocasiones, la ley puede sancionar la comisión de un determinado delito o falta, restringiendo al reo el ejercicio de determinados derechos, como por ejemplo ocurre con la suspensión de un cargo público, la suspensión del derecho de sufragio o la privación del permiso de conducción de vehículos de motor.

En no pocas legislaciones, las penas se gradúan según criterios legales, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto que se juzga. La ley fija un tope máximo y otro mínimo dentro de los cuales el juez tiene un margen para actuar. Por ejemplo, en un delito que tiene asignada una pena privativa de libertad, el juez o bien el tribunal, atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, al grado de participación del autor (autor, cómplice o encubridor), puede graduar la pena dentro de esos márgenes que establece la ley (de 10 a 20 años, por ejemplo). Con ello se

trata de acomodar lo máximo posible la sanción impuesta por la ley a las circunstancias del caso concreto que se juzga.

En fin, como elementos de la pena tenemos que ésta protege bienes jurídicos, a quien viola la norma se le quitan ciertos bienes jurídicos, además sirve para la tranquila convivencia social y desde luego con un fin también de resocializar a la persona que violó la norma.

4.1.4 El Comercio.

El Diccionario Hispanoamericano de Derecho define al comercio como: “...*la actividad que busca la obtención de lucro mediante la venta, compra o permuta de bienes o mercancías. Lo denomina también como establecimiento en la cual se llevan a cabo actividades mercantiles, de igual manera lo considera como sitio en la cual se agrupan un gran número de comerciantes para el desarrollo de actividades mercantiles; y al conjunto que se encuentra conformado por comerciantes*”²⁵

Esta definición es clara en establecer que el comercio es la actividad socioeconómica que consiste en la compra y venta de bienes o mercancías con fines de lucro, ya sea para su uso, para su venta o para su transformación. Se trata de la transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor (que puede ser dinero), realizado por los comerciantes que es la persona física o jurídica que vive del comercio, es decir, que utiliza a las transacciones comerciales como su medio de vida.

²⁵DURÁN RAMÍREZ, Felipe. Ob. Cit. Pág. 350.

Existen distintas clases de comercio. Por ejemplo, *“el comercio minorista (también conocido como comercio al por menor) es la actividad de compra y venta de mercancías cuyo comprador es el consumidor final (es decir, quien usa o consume el bien). El comercio mayorista (o comercio al por mayor) es la actividad de compra-venta cuyo comprador no es el consumidor final, sino que tiene el objetivo de venderla”*²⁶.

De acuerdo a esta dos clases de comercio podemos identificar claramente que el comercio minorista, lo realizan los comerciantes que se dedica a realizar es actividad al por menor es decir, mediante la compra y venta de cantidades reducidas o unitarias de un bien o producto, sean estas en establecimientos como tiendas plazas, mercados donde se realizan actividades mercantiles; y el Comercio al por mayor lo realizan los comerciantes, mediante la compra o venta de grandes cantidades de bienes, productos o servicios en establecimientos que se realizan actividades mercantiles.

4.1.5 Derecho Comercial.

“El Derecho Comercial es una área del conocimiento jurídico que hace parte del derecho privado general, que tiene como objeto fundamental estudiar las relaciones entre comerciantes, hoy empresarios, los negocios, realizados en el marco de la empresa, así como las nuevas figuras contractuales y

²⁶[http:// Definiciones de /Comercio/](http://Definiciones.de/Comercio/)

*negociables originadas en las costumbres y las necesidades cotidianas de los empresarios modernos*²⁷.

El derecho comercial se puede definir como un conjunto de normas destinadas a regir las relaciones jurídicas que se derivan del comercio y a resolver los conflictos que surjan entre comerciantes, en ocasión de los actos que en el comercio realizan.

Son actos de comercio de conformidad al Art. 3 del Código de Comercio que prescribe claramente *“Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente”*: numeral 1 *“La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias”*; numeral 2 *“La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil”*; numeral 4 *“Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes”*²⁸.

De los artículos mencionados del Código en materia, especifica claramente, que son actos de comercio las actividades comerciales realizadas por los comerciantes o por alguno de ellos: las compras o permutas de cosas

²⁷ Cursos. Uexternado.edu.co/contaduría/programas/derechoocial.Htm

²⁸ CÓDIGO DE COMERCIO. Corporaciones de Estudios y Publicaciones. Quito.2009. Art. 3

muebles hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas, dentro o fuera de los establecimientos de comercio como almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; negocios que deben someterse al cumplimiento de las normas de vigilancia y control sanitario obligatorio, para obtener el permiso de funcionamiento emanado por la autoridad sanitaria nacional, que se encuentra tipificado en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud, y en caso de incumplimiento, está sancionado por el Art. 254 de la ley en materia.

4.1.6 EL Negocio.

“Es la actividad, labor, trabajo u ocupación cualquiera que es desarrollada o efectuada por alguien, que atiende por propósito lucrativo o que es objeto de su interés y atención. Así mismo la ganancia que se obtiene de una actividad o gestión; en algunos textos jurídicos se lo emplea como sinónimo de litigio o de proceso judicial, y como equivalente también al objeto de la misma”²⁹.

De acuerdo a esta definición al negocio consiste en un trabajo, actividad, sistema, método o forma de obtener dinero, a cambio de ofrecer alguna forma de beneficio a otra persona, de igual manera se lo puede considerar al negocio como un establecimiento o entidad creada con la finalidad de lucro a cambio de realizar actividades de producción, comercialización o prestación de servicios.

²⁹ DURÁN RAMÍREZ, Felipe. Ob. Cit. Pág. 1490

4.1.7 Derecho a la Igualdad y no discriminación.

Este tema de la igualdad y la no discriminación es abordado por las distintas áreas de las ciencias sociales, en la cual conoceremos que se entiende por igualdad.

Según Felipe Durán es la *“Inexistencia de circunstancias o condiciones discriminatorias o privilegiantes, a favor o en contra de nadie. Tal situación es tomada como valor político en diversas legislaciones, sobre todo a partir de las tendencias introducidas y difundidas por la Revolución Francesa y sus objetivos; el concepto de igualdad ha evolucionado históricamente junto con las tendencias políticas; siendo un elemento promovido y destacado en el liberalismo mediante la consagración de las mismas libertades para todos los individuos, que en términos formales quedaban así con idénticas posibilidades. El proceso de transformación del concepto de igualdad hasta el moderno Estado Social está marcado por la reflexión y el análisis en torno a las circunstancias reales que recaen sobre los individuos, por causa de las cuales estos no pueden ejercer su pretendida igualdad dado que carecen de condiciones para ello; así, el valor inicial de trato igual a los iguales, trato diferente a los diferentes, reflejo de papel nivelador que el Estado desarrolla mediante la intervención de la economía, la concesión de subsidios, la graduación de los tributos, y otras acciones encaminadas a mejorar la condición de las clases socialmente menos favorecidas para que estas*

*accedan efectivamente a los derechos que normativamente les corresponde*³⁰.

De igual manera analizaremos que se entiende por discriminación, al respecto Durán Felipe Ramírez considera que: *“La discriminación es un trato desigual e injustificado que es conferido a un individuo o colectivo en razón de cierta característica, buscando excluirlos o distinguirlos de otros o generando restricciones en torno suyo. Dirigida a seres humanos, se considera contraria a las disposiciones del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos; y es sancionado en las legislaciones nacionales mediante figuras que imponen castigo a quienes incurren en discriminación. Para la normativa de Derechos Humanos, es especialmente relevante y de particular gravedad la discriminación a un individuo que le impida ejercer o gozar de las facultades que le son inherentes por su condición de persona*³¹.

De acuerdo a los dos conceptos transcritos podemos definir que el derecho a la igualdad y no discriminación es cuando no existen circunstancias o condiciones desiguales que generan privilegios a ciertos grupos sociales, y vulnerando los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos de los sectores más desprotegidos y menos favorecidas impidiéndoles ejercer y gozar de sus facultades que le son inherentes como seres humanos.

El Derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra reconocido en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y en nuestra

³⁰ DURÁN RAMÍREZ, Felipe. Ob. Cit. Pág. 1046.

³¹DURÁN RAMÍREZ, Felipe. Ob. Cit. Pág. 659

Constitución actual, donde reconocen que todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, cuando a un ser humano se le niega el derecho a la igualdad, surge la problemática de la discriminación, que es abordado por las distintas áreas de las ciencias sociales.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 La debida proporcionalidad entre las infracciones y penas pecuniarias.

Según el tratadista Luis Bonilla *“las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.”*³²

Con lo señalado, se puede concluir que dentro de las sanciones administrativas no se debe sancionar con penas de privación de la libertad, por ser fallos emitidos por autoridades competentes de carácter administrativo, y las penas de privación de la libertad deber ser impuestas únicamente por las autoridades jurisdiccionales como: Cortes, Tribunales y Jueces, pues son ellos los que aplican la normativa jurídica y están investidos e independencia y autonomía para juzgar garantizando el cumplimiento de las garantías y derechos de las personas.

Sobre la prevención y consideración que deben tener las autoridades administrativas para establecer sanciones pecuniarias, el mismo autor sostiene: *“El establecimiento de sanciones pecuniarias, deberá prever que la*

³² www.luisbonilla.com/temas/368.htm - España

comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por los Administradores Públicos, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a).- La existencia de intencionalidad o reiteración. b).- La naturaleza de los perjuicios causados. c).- La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando hayan sido declaradas por resolución en firme.”³³.

De lo indicado, para el establecimiento de sanciones pecuniarias, la autoridad administrativa deberá hacerlo respetando el debido proceso, ponderando y argumentando la resolución o el fallo en donde las multas impuestas no sea beneficiosas para el infractor ni tampoco muy severas, deberán ser justas, proporcionales de acuerdo al bien jurídico afectado; es decir la multa no debe ir más allá de lo estrictamente necesario para cumplir el fin, y esta pena ha de ser infalible en su cumplimiento.

4.2.2 Hacia un aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana.

³³www.luisbonilla.com/temas/368.htm - España

El nuevo rol de los jueces en el Ecuador, es de gran importancia en la Administración de justicia, donde los derechos de las personas deben tener como garantes a las Cortes, Tribunales y Jueces pues son ellos los que aplican la normativa jurídica día a día. El Poder judicial cumple con un rol fundamental frente al poder ejecutivo y legislativo, se lo considera como un medidor que tercia entre los excesos o el desconocimiento que consciente o inconscientemente se cometen por parte de los otros poderes del Estado.

“si el Juez no pondera ni argumenta, la resolución o el fallo inevitablemente vulnerará el debido proceso, por falta de motivación y a la seguridad jurídica. Los jueces pueden y deben corregir los excesos de los poderes del Estado y esos excesos son, a veces exagerados en cuanto al uso del ius puniendi; en consecuencia, a mayor poder del Estado, mayor control Judicial”³⁴

Se considera que son jueces o administradores de justicia, aquellas personas servidoras públicas, que creen en la necesidad de los seres humanos a ejercer sus derechos; esto los reviste de un compromiso ético y de una probidad que acompaña al conocimiento jurídico y convicciones democráticas para operar en defensa del ser humano y la protección de su dignidad u autonomía. Sin alejarnos del tema planteado vale decir, que es el Juez una persona muy letreada, que presume sapiencia jurídica, cultura humanística y sensibilidad democrática para un fin muy particular en la salvaguarda de los derechos humanos.

³⁴ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El Principio de Legalidad Vs. El Principio de Proporcionalidad, Pág. 349

Aunque al legislador le incumbe examinar la proporcionalidad de los actos que emite respecto a su intervención en los derechos fundamentales, en la mayoría de las ocasiones la vulneración de estos son por una medida legislativa desproporcionada y se pone de manifiesto luego de someter su constitucionalidad a revisión judicial y, en especial por su aplicación en casos de circunstancias especiales, imprevistas por el legislador. Es por esta razón, que el principio de proporcionalidad contempla dos aristas importantes de campo de acción. Por un lado, se trata del legislativo que dicta las leyes, por el otro, el poder judicial que vela por su aplicación y castiga los que la incumplen.

“La Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia Nro. 002-09-SAN-CC (Caso-005-09-AN) publicada en el suplemento del registro oficial Nro. 566 de ocho de abril del 2009 reconoce que cuando hay dos principios constitucionales constitutivos de normas que anuncian derechos subjetivos de las personas, los principios constituyen la materialización de los derechos, y su estructura hace necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado legal. Mientras que las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante ponderación. Por ese motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales”³⁵.

³⁵ZAVALA EGAS, Jorge, Apuntes sobre Neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, Guayaquil, Ecuador, 2009. Pág. 84

De lo escrito se puede apreciar que se ha creado la necesidad de un método de interpretación distinto al viejo Estado de Derecho y se considera el método ponderativo como el más adecuado.

Para entender mejor el viejo Estado de Derecho y los alcances que el control jurídico ha tenido sobre el poder público en la historia, es necesario recordar lo que escribió el tratadista Rubén Sánchez Gil. *“De ser un simple instrumento de poder, el derecho paso a ser una garantía contra el abuso de su ejercicio, con diversos grados de sujeción para la actividad estatal. Así hemos ido de Estado despótico al llamado Estado de Derecho, y de este al actual Estado constitucional democrático, al igual que el Estado de Derecho, el Estado constitucional sostiene que es deber del poder público someterse a la Ley y la Constitución”*³⁶.

Siendo esta la postura oficial de la Corte Constitucional que han asumido de manera unánime sus miembros y, consecuentemente, es guía forzada para los jueces ordinarios que dictan sentencias concernientes a procesos derivados de acciones constitucionales en la búsqueda de proteger a los ciudadanos ecuatorianos. Con este asentamiento general hacia los métodos interpretativos como el de ponderación y, por su puesto el de proporcionalidad, se hace indispensable la reflexión en torno al ejercicio propiamente interpretativo y a la manera como se puede abordar.

Los procesos de acción de protección, controversia institucional, acción de inconstitucionalidad y seguramente lo concerniente al tutelaje de derechos,

³⁶SANCHES GIL, Rubén. Ob. Cit. Pág. 16

tienen como fin la declaración de nulidad de los actos materialmente legislativos que sean contrarios a las prescripciones constitucionales.

4.2.3 Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

El Ilustre Abogado Joaquín Ivars Ruiz manifiesta, *“que las sanciones Administrativas previstas en las leyes vigente se deben graduar en atención a la gravedad, trascendencia del hecho, antecedentes del infractor y el peligro potencial creado, lo cual debe motivar la actuación del órgano sancionador a circunscribirse a criterios objetivos para graduar apropiadamente la sanción a imponer para que no suponga un incorrecto ejercicio de discrecionalidad por su parte.*

La justa proporcionalidad, que debe guardar una sanción con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona constituye un principio reiteradamente declarado por la jurisprudencia, cuya aplicación al derecho administrativo sancionador no supone en forma alguna sustitución de facultades administrativas, sino simplemente corrección del exceso legal que supone ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consisten los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan y acotan el ámbito propio de los poderes discrecionales de la graduación de la sanción y señalan la diferencia entre el correcto ejercicio de éstos y la arbitrariedad. No es inusual

ni mucho menos infrecuente que la sanción que se nos imponga no sea la realmente adecuada a la infracción cometida”³⁷.

De acuerdo a lo que prescribe el Abogado Joaquín Ivars, se evidencia que en materia de salud, la autoridad sanitaria sancionadora en cumplimiento a lo tipificado en la Ley Orgánica de Salud, impone multas pecuniarias desproporcionales, porque en la Ley antes mencionada no existe una disposición que le permita a la autoridad cumplir con las procedimientos o reglas necesarias a fin de cumplir con las expuestas en el primer párrafo por el Abogado Ivars, y la autoridad puede fundamentar y motivar un fallo o resolución que no vulnere principios y garantías constitucionales como el de proporcionalidad; principio que preside también al Derecho Administrativo sancionador, terminando por confundir el espíritu real de la Ley *Ibidem*, dejando a un lado el sentido primordial de la norma como protectora de la Salud de los habitantes, para convertirse claramente en un instrumento de recaudación más en manos de la autoridad administrativa ante el incorrecto ejercicio de discrecionalidad de las penas pecuniarias para sancionar en materia de salud.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador.

Uno de los deberes del Estado ecuatoriano, es impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e institucional de las políticas que las promueven, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento

³⁷ [www.jir-abogados.com/principio de proporcionalidad](http://www.jir-abogados.com/principio-de-proporcionalidad)

de la Constitución y las Leyes. La Constitución y la República del Ecuador en el Artículo 66 numeral 15 garantiza *“El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”*³⁸.

En cumplimiento a este mandato constitucional, la política comercial que mantiene el Estado presenta como objetivo general; el de: desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico en el Plan Nacional de Desarrollo, así mismo, fortalece el aparato productivo, la producción nacional para impulsar el desarrollo de las economías de acuerdo al comercio justo, el mismo se encuentra establecido en la Constitución de la República del Ecuador en el Artículo 336 que reza *“El Estado impulsará y velará por el Comercio Justo como medio de accesos a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad”*³⁹.

Los artículos citados, establecen claramente que es responsabilidad del Estado asegurar la transparencia y eficacia de los mercados, fomentando la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante la Ley, siendo necesario determinar en el Código de Comercio la regulación de las políticas comerciales tendiente a conseguir un comercio justo y , para cuyo efecto nuestra legislación a través del Código de Comercio, es quien rige las obligaciones de los Comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio. Los actos de

³⁸CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador 2010. Art. 66, Núm. 6

³⁹CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 336

comercio en el Código en materia en su Artículo 3 prescribe claramente *“Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de uno de ellos solamente”*: numeral 1 *“La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias”* numeral 2 *“La compra venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil”*; numeral 4 *“Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés u otros establecimientos semejantes”*⁴⁰.

Lo prescrito del Código de Comercio, especifica claramente a los actos de comercio, las actividades comerciales realizadas por los comerciantes o por alguno de ellos; las compras o permutas de cosas muebles hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas, dentro o fuera de los establecimientos de comercio como almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; negocios que compran permutan y venden productos de consumo humano deben someterse al cumplimiento de las normas de vigilancia y control sanitario obligatorio, para obtener el permiso de funcionamiento emanado por la autoridad sanitaria nacional, que se encuentra tipificado en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud, y en caso

⁴⁰CÓDIGO DE COMERCIO. Cód. Cit. Art. 3

de incumplimiento, conllevaría a exponer a grandes peligros para la salud de los consumidores de los productos de consumo humano que se expenden en los establecimientos comerciales.

Adicionalmente, la no obtención del permiso de funcionamiento vulnera el derecho a la Salud que se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 32 que establece: *“La Salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, alimentación, la educación la cultura física, trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustenten el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión de programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de la salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”*⁴¹.

De acuerdo a nuestra constitución el Estado es el llamado a garantizar el cumplimiento de este derecho, mediante políticas económicas, sociales y culturales, educativas y ambientales; y, la Ley Orgánica de Salud es la encargada de regular las acciones para efectivizar el cumplimiento del mismo, que se estaría vulnerando por el incumplimiento de realizar los trámites respectivos para la obtención del permiso de funcionamiento que está sancionado en el Art. 254 de la ley en materia.

⁴¹CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ley. Cit., Art. 32.

Nuestra Constitución reconoce el principio de humanidad y se encuentra establecido en Los Derechos a la Libertad en el artículo 66, numeral 3, literal c) donde claramente establece el reconocimiento y garantía a: *“La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes”*⁴².

Este literal nos especifica claramente que no se pueden aplicar tratos y penas crueles, que los jueces en el momento de administrar justicia deberán aplicar una sanción justa con una pena acorde y proporcional al bien jurídico afectado, es decir que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir su fin.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 76, numeral 6 estipula: *“La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”*⁴³. Sin embargo esta garantía no se cumple en la aplicación del artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud que sanciona con multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general el incumplimiento artículo 130 de la indicada Ley que señala: *“Los establecimiento sujetos a control sanitario para su funcionamiento deberán contar con el permiso otorgado por la Autoridad Sanitaria Nacional. El permiso de funcionamiento tendrá vigencia un año”*.⁴⁴

La sanción establecida es completamente desproporcional, ya que no

⁴²CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 66, Num. 3

⁴³Ibidem. Ley Cit. Art. 76, Numeral 6

⁴⁴ LEY ORGÁNICA DE SALUD, Registro Oficial Suplemento. Quito, Ecuador. 2006. Art. 130

considera el monto de inversión, actividad o utilidades del establecimiento; es decir, no hace ninguna diferencia entre un supermercado y una tienda, entre un pequeño restaurant y una hostería, o entre una clínica y un consultorio médico particular. Todos estos establecimientos que no obtengan el permiso de funcionamiento se los sanciona por igual con cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.

La falta de proporcionalidad en esta sanción es evidente y absolutamente incoherente ya que la multa para unos establecimientos es excesiva, al punto de calificarla como injusta. En cambio para otros es demasiado sutil. Por lo tanto, entraña discriminación, desigualdad e impunidad; porque para un establecimiento con inversión pequeña, la multa significa un costo demasiado elevado y muchas de las veces imposible de pagar. Los establecimientos con grandes inversiones, por ser la multa un monto insignificante, evaden de realizar el trámite respectivo para la obtención del permiso de funcionamiento, hecho que conlleva grandes peligros para la salud al existir en funcionamiento establecimientos sin la autorización respectiva.

4.3.2 Tratados Internacionales.

4.3.2.1 Convenio Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o Degradantes.

En el vigente Tratado Internacional "*Los Estados partes en la presente Convención, que de conformidad a los principios proclamados en las*

*Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo*⁴⁵.

Este convenio, hace referencia claramente en el Art. 4. Numeral 1, *“Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura”*. Y en el numeral 2 reza *“Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”*⁴⁶

Según lo determinado en estos preceptos internacionales, todos los Estados partes por intermedio de sus órganos jurisdiccionales en el momento de sancionar los actos de tortura que se constituyan delitos, deberán hacerlo con penas adecuadas y de acuerdo a su gravedad, es decir se aplicará sanciones penales proporcionales, adecuadas en conformidad a la gravedad del bien jurídico afectado y gravedad del daño que haya causado la afectación del bien.

4.3.2.2 Declaración Universal de Derechos Humanos.

Dentro de los Tratados Internacionales tenemos La Declaración de los Derechos Humanos, en su artículo 5 manifiesta: *“Nadie será sometido a*

⁴⁵ CONDINO Sergio, Diccionario Jurídico Consultor Mago, Derechos Humanos. Convenio Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Pág. 800

⁴⁶ *Ibidem*, Pág. 800, Art. 4

*torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*⁴⁷. Por lo que ésta norma de carácter internacional, hace referencia claramente, que no se aplicaran penas o tratos crueles, en consecuencia dentro de la administración de justicia los Jueces y Tribunales en el momento de aplicar penas deberán ser proporcionales, no deben ser crueles ni excesivas, al punto de calificarlas como injustas, ni tampoco deberán ser muy sutiles que entrañarían impunidad.

El principio de proporcionalidad de las penas exige, por una parte, que la pena sea proporcional al delito y por otra, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho, teniendo en cuenta su trascendencia para la propia sociedad que se pretende proteger con la norma, esto es, de conformidad con la alarma social que haya ocasionado.

4.3.2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El presente pacto, considera que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados miembros la obligación de promover, el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos.

En el Artículo 2 prescribe que *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional*

⁴⁷CONDINO Sergio, Diccionario Jurídico Consultor Mago, Derechos Humanos. Declaración Universal de Derechos Humanos, Pág. 764, Art. 5

*o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*⁴⁸. Así mismo en el artículo 15 manifiesta *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*⁴⁹. Como también en su Artículo 7 reza *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*⁵⁰.

Según los artículos descritos el presente Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos los Estados miembros están en la obligación de respetar y hacer efectivo dentro de sus jurisdicciones sin ningún tipo de discriminación el goce de los Derechos y Libertades reconocidos en este instrumento Internacional. Así mismo en el artículo 15, hace referencia al principio de legalidad de la pena, que en lo medular se refiere a que ninguna persona puede ser juzgada o penada por un acto que no se hubiere encontrado con anterioridad tipificado como infracción tanto en la legislación.

Según el artículo 7 del Pacto *Ibidem* claramente manifiesta que nadie será sometido a torturas ni penas crueles, nos hace referencia al principio de proporcionalidad entre las infracciones y sanciones; es obvio que si la pena es improporcionalmente inferior al delito se podría hablar de que existe cierta impunidad, en cambio si la pena es sustancialmente más grave que la

⁴⁸CONDINO Sergio, Ob. Cit. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pág. 781, Art. 2

⁴⁹*Ibidem*, Art. 15

⁵⁰*Ibidem*, Art. 7

infracción se estaría rayando en campo de las penas crueles que están prohibidas en nuestra legislación como en este instrumento.

4.3.2.4 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Esta declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 8 señala claramente *“La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”*⁵¹.

Según esta norma, al momento de aplicar una pena por los organismos correspondientes por el cometimiento de una infracción ser aplicada con limitación, que se materialice en la idea de que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir su fin; es decir se aplicará proporcional al delito cometido, y esta pena o sanción debe ser infalible, que en la fase de la ejecución hay que garantizar su cumplimiento efectivo.

4.3.3 Código Penal Ecuatoriano.

Nuestro Código Penal en el artículo 2 prescribe *“Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.”*⁵².

⁵¹ www.fmmeduacion.com.ar/Historia/.../1789derechos.htm

⁵² CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2010. Pág 1, Art. 2.

Esta disposición legal tiene concordancia con el Art. 76 numeral 3 de nuestra Constitución de la República, haciendo alusión al principio de Tipificación, que nadie puede ser sancionado ni juzgado por una acción o conducta que no ha sido declarada expresamente como infracción penal o de cualquier otra naturaleza; de igual manera prevé el principio de legalidad *Nullum crimen nullapoenasinalegepraevia*, el cual hace referencia que ninguna persona puede ser reprimida con una pena que no esté establecida con anterioridad en la norma penal o administrativa. Así las penas o sanciones pueden ser aplicadas siempre y cuando hayan sido tipificadas con anterioridad al cometimiento de la infracción y deberán ser acordes y proporcionales al daño causado o bien jurídico lesionado.

El Art. 10 del Código anteriormente citado, considera a las infracciones como: *“Son infracciones los actos imputables, sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar”*⁵³.

Según el artículo citado las infracciones se dividen en delitos y contravenciones, considerando los primeros como los más graves y una de las cualidades de los delitos es que pueden ser reprimidos con prisión y reclusión; y, los segundos que son los más leves el mismo Código Penal en el Art. 603 según su mayor o menor gravedad las ha dividido en contravenciones de primera, segunda, tercera y cuarta clase.

⁵³CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Cód. Cit. Pág. 6, Art.10

El Art. 51 del Código Penal, en forma muy discutible clasifica las penas, según el tipo de infracción al que son aplicables:

a) *Penas peculiares del delito.*

Son aquellas aplicables exclusivamente a las infracciones penales que se conocen como delito. Estas pueden ser:

- 1. Reclusión mayor; que puede ser: ordinaria (de cuatro a ocho años y de ocho a doce años); extraordinaria (de doce a dieciséis años) y especial (de dieciséis a veinticinco años).*
- 2. Reclusión menor; que puede ser: ordinaria (de tres a seis y de seis a nueve años); y extraordinaria (de nueve a doce años).*
- 3. Prisión de ocho días a cinco años.*
- 4. Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles;*
- 5. Sujeción a la vigilancia de la autoridad;*
- 6. Privación del ejercicio de profesionales, artes u oficios; y, Incapacidad perpetua, para el desempeño de todo empleo o cargo público.*

b) *Penas peculiares de la contravención.*

Son aquellas que pueden ser aplicables únicamente en el caso de las infracciones penales identificadas como contravención. Las penas aplicables en este caso son las siguientes:

- 1. Prisión de uno a treinta días; y,*
- 2. Multa.*

c) *Penas comunes a todas las infracciones:*

Son aquellas penas aplicables tanto al delito como a la contravención.

1. *Multas; y,*
2. *Comiso especial*⁵⁴.

Con lo señalado podemos concluir que, las penas citadas en el Art. 51 para todas las infracciones se impondrán acorde a su gravedad del bien jurídico afectado, y tomando en consideración las atenuantes y las agravantes como: la forma en que fueron cometidos, la edad del infractor, la reincidencia y la concurrencia de infracciones de infracciones, entre otras. De igual manera con el fin de proteger a la mujer en estado de gestación el Art. 58 señala *“ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia que le imponga penas de prisión o de reclusión, sino 90 días después del parto”*⁵⁵. Como podemos notar, la mujer embarazada es inimputable durante todo el periodo de gestación, y hasta 90 días después de parto, es decir tres meses posteriores de su alumbramiento, con el objeto de salvaguardar a la madre y a su bebe.

También es pertinente, señalar que la Reclusión se divide en: Reclusión mayor especial de 16 a 25 años, extraordinaria de 12 a 16 años y ordinaria de 4 a 8 años y de 8 a 12 años; y, reclusión menor ordinaria de 3 a 6 años y de 6 a 9 años; y, menor extraordinaria de 9 a 12 años. La prisión

⁵⁴CODIGO PENAL, Cód. Cit. Art. 51. Pág. 11

⁵⁵CODIGO PENAL, Cód. Cit. Pág. 27, Art. 58.

correccional serán de hasta 5 años; siendo una de las cosas que se debe distinguir es que los delitos reprimidos con reclusión no admiten fianza mientras que los delitos reprimidos con prisión. Adicionalmente, cabe indicar que todas las penas sean de reclusión y prisión llevan consigo la suspensión de los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la pena.

4.3.4 Ley Orgánica de la Salud.

La Ley Orgánica de Salud define a la salud en su Art, 3 cómo *“La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde el Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambiente, entornos y estilos de vida saludables”*⁵⁶.

De igual manera la Ley antes mencionada en el Art. 1, establece con suma claridad que *“tiene como finalidad regular las acciones que permiten efectivizar el derecho universal a la Salud consagrado en la Constitución de la República y la ley. Se rige por los principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos, intercultural, de género, generacional y biótico”*⁵⁷.

⁵⁶LEY ORGÁNICA DE SALUD, Registro Oficial Suplemento. Quito, Ecuador. 2006, Art. 3.

⁵⁷ Ibídem, Art. 1

El Art. 4 versa *“La autoridad sanitaria nacional es el Ministerio de Salud Pública, entidad que le corresponde el ejercicio de sus funciones de rectoría en salud; así como la responsabilidad de la aplicación, control y vigilancia del cumplimiento de esta Ley; y, las normas que dicte para su plena vigencia serán obligatorias”*⁵⁸; siendo responsabilidad exclusiva y única de este Ministerio de Salud acuerdo al Art. 6 numeral 18 *“regular y realizar el control sanitario de la producción, importación, distribución, almacenamiento, transporte, comercialización, dispensación y expendio de alimentos procesados, medicamentos y otros productos para uso y consumo humano; así como los sistemas y procedimientos que garanticen su inocuidad, seguridad y calidad, a través del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquierdo Pérez y otra dependencias del Ministerio de Salud Pública”*⁵⁹.

De los Artículos transcritos, se desprende que la salud es un Derecho Humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, es decir que no se puede renunciar, embargar ni transferir, y cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, la Ley Orgánica de Salud tiene como fin regular las acciones que permiten efectivizar este derecho reconocido por la carta magna ecuatoriana.

El Ministerio de Salud Pública, como autoridad máxima tiene como responsabilidad la aplicación, control y vigilancia del cumplimiento de esta Ley; como también regular y realizar el control sanitario de la producción,

⁵⁸ LEY ORGÁNICA DE SALUD, Ley Cit. Art 4

⁵⁹Ibídem, Art. 6 numeral 18

almacenamiento y comercialización, y expendio de alimentos procesados, medicamentos y otros productos para uso y consumo humano, que se comercializan en los establecimientos como: Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros negocios semejantes que deben someterse al cumplimiento de las normas de vigilancia y control sanitario obligatorio, como lo señala el artículo 129 de la mencionada Ley *“El cumplimiento de las normas de vigilancia y control sanitario es obligatorio para todas las instituciones, organismos y establecimientos públicos y privados que realicen actividades de producción, comercialización y expendio de productos de uso y consumo humano. Las normas de vigilancia y control sanitario se aplican también a los servicios de salud y pública y privada, con o sin fines de lucro, autónomos, comunitarios y de las empresas privadas de salud y medicina prepagada”*⁶⁰.

Para el funcionamiento de los establecimientos señalados, el artículo 130 manifiesta *“Los establecimientos sujetos a control sanitario para su funcionamiento deberán contar con el permiso otorgado por la autoridad sanitaria nacional. El permiso de funcionamiento tendrá vigencia por un año”*⁶¹; y el Art. 134 *“la instalación, transformación, ampliación y traslado de plantas industriales, procesadoras de alimentos, establecimientos farmacéuticos, producción de biológicos, de elaboración de productos naturales procesados de uso medicinal, de producción de homeopáticos, plaguicidas, productos dentales, empresas de cosméticos y productos*

⁶⁰LEY ORGÁNICA DE SALUD. Ley Cit. Art. 129

⁶¹Ibídem, Ley Cit. Art.130.

*higiénicos, están sujetos a la obtención, previa a su uso, del permiso otorgado por la autoridad sanitaria Nacional*⁶².

Esta misma ley establece que el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos citados, se sancionará de conformidad a lo siguiente: Artículo 254 *“Serán sancionados con multa de cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador en General el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 130 y 134 de esta Ley*⁶³. La autoridad competente para sancionar lo prescrito en las normas antes citadas, le da la facultad la Ley *Ibídem* en el Art. 225 que establece: *“Corresponde conocer y resolver las causas en primera instancia, literal c).- Al Director Nacional de Salud, las infracciones sancionadas en los Artículos 249, 250, 251, 252, 254 y 255 de esta Ley*⁶⁴.

De conformidad a norma prescrita, la autoridad competente para juzgar a los establecimientos que no cumplen con el permiso de funcionamiento es el Director Nacional de Salud y el juzgamiento lo puede efectuar a todas las instituciones, organismos y establecimientos sean estos públicos o privados que se dediquen a realizar actividades de producción, comercialización y expendio de productos de uso y consumo humano.

Todos los establecimientos que se encuentren dentro de los parámetros señalados, están obligados por Ley a sujetarse al cumplimiento de las normas de vigilancia y control sanitario y obtener el permiso de funcionamiento realizando el trámite correspondiente para obtener el permiso, documento que abaliza al local comercial para expender y

⁶²LEY ORGÁNICA DE SALUD. Ley Cit. Art. 134

⁶³Ibídem. Art. 254

⁶⁴Ibídem. Art. 225

comercializar productos de consumo humano en óptimas condiciones, bajo las estrictas normas de vigilancia y control sanitario; caso contrario y de funcionar sin antes haber obtenido el respectivo permiso de funcionamiento deberán sujetarse a la sanción pecuniaria que se encuentra tipificada en la Ley que consiste en cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, que es impuesta por la autoridad competente previo juzgamiento de conformidad al procedimiento establecido para el efecto en los artículos 221 al 232 de la Ley Orgánica de Salud y se lo realiza en cumplimiento al principio constitucional del debido proceso, donde se da lugar a la parte accionada a fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa, que en este caso serían los representantes legales de los establecimientos sujetos a control y vigilancia sanitaria que no hayan obtenido el permiso de funcionamiento, sean estas personas naturales o jurídicas.

4.3.5 Reglamento para otorgar permisos de funcionamiento a los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario.

El Reglamento citado, prescribe en su Art 1.- *“El control y vigilancia sanitaria es un conjunto de actividades específicas que de conformidad con la Ley Orgánica de Salud y más disposiciones reglamentarias está obligado a realizar el Ministerio de Salud Pública a través de sus dependencias competentes, con el propósito de verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos y sanitarios de los establecimientos públicos y privados de servicios de salud, farmacéuticos, alimentos, establecimientos comerciales y otros en donde se desarrollan actividades de: atención de salud, producción,*

*manipulación, almacenamiento, transporte, distribución, importación, exportación y comercialización de productos destinados al uso y consumo humano*⁶⁵.

Según el artículo descrito del presente Reglamento, corresponde al Ministerio de Salud Pública control y vigilancia sanitaria, siendo necesaria su normativa para cumplir con la Ley Orgánica de Salud, a fin de constatar que los establecimientos cuenten con instalaciones adecuadas y condiciones sanitarias acorde al servicio que brinda.

Los controles específicos a los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario de conformidad al artículo 4 son: *“Controles sanitarios específicos los que se ejercen sobre:*

- a) *Producción o fabricación, preparación, manipulación, almacenamiento, transporte, distribución, importación, exportación, comercialización, dispensación, expendio, uso y consumo de los siguientes productos: Alimentos, bebidas y aditivos alimentarios; Medicamentos en general; Medicamentos homeopáticos; Productos biológicos; Productos naturales procesados de uso medicinal; Dispositivos médicos; Productos dentales; Cosméticos; Productos higiénicos; Reactivos bioquímicos y de diagnóstico; Plaguicidas; y*

- b) *Ubicación, construcción, instalaciones, equipos, maquinarias, personal y funcionamiento de los establecimientos que se describen*

⁶⁵ REGLAMENTO PARA OTORGAR PERMISOS DE FUNCIONAMIENTO A LOS ESTABLECIMIENTOS SUJETOS A VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO. Acuerdo Ministerial Nro. 0818, Ministra de Salud, Quito, 2008, Pág. 2, Art, 1

*en el Art. 20 del presente reglamento. Estos controles se realizarán con inspecciones periódicas y de conformidad con lo dispuesto en los reglamentos específicos dictados por la autoridad sanitaria nacional*⁶⁶.

A las dependencias señaladas, les corresponde ser objeto de control y vigilancia sanitaria de conformidad con la Ley Orgánica de Salud y sus Reglamentos; así estos establecimientos sean públicos o privados como: locales comerciales y otros, en donde se realizan actividades de atención a la salud, producción, manipulación, almacenamiento, transporte, distribución, importación, exportación y comercialización de productos destinados al uso y consumo humano.

En el Capítulo II nos hace referencia de quien es la autoridad competente que emite los permisos de funcionamiento, en su Art. 6 *“El permiso de funcionamiento es el documento otorgado por la autoridad sanitaria nacional a los establecimientos sujetos a control y vigilancia sanitaria que cumplen con todos los requisitos para su funcionamiento, establecidos en la Ley Orgánica de Salud, este reglamento y los demás reglamentos específicos”*⁶⁷; y, conforme al Art. 7.- *“A las direcciones provinciales de salud les corresponde otorgar el permiso de funcionamiento anual, para lo cual el interesado deberá presentar una solicitud dirigida al Director Provincial de Salud de la jurisdicción a la que pertenece el domicilio del establecimiento,*

⁶⁶REGLAMENTO PARA OTORGAR PERMISOS DE FUNCIONAMIENTO A LOS ESTABLECIMIENTOS SUJETOS A VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO. Reglamento, Cit, Art. 4

⁶⁷ REGLAMENTO PARA OTORGAR PERMISOS DE FUNCIONAMIENTO A LOS ESTABLECIMIENTOS SUJETOS A VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO. Reglamento, Cit, Art. 6.

con los siguientes datos: Nombre del propietario o representante legal; Nombre o razón social o denominación del establecimiento; Número de Registro Único de Contribuyentes (RUC) y cédula de ciudadanía o identidad del propietario o representante legal del establecimiento; Actividad o actividades que se realizan en el establecimiento; Ubicación del establecimiento: cantón, parroquia, sector, calle principal número e intersecciones, teléfono, fax, correo electrónico si lo tuviere. A la solicitud debe adjuntar: a) Copia del Registro Único de Contribuyentes (RUC); b) Copia de la cédula de ciudadanía o identidad del propietario o representante legal del establecimiento; c) Documentos que acrediten la personería jurídica cuando corresponda; d) Copia del título del profesional de la salud responsable técnico del establecimiento, debidamente registrado en el Ministerio de Salud Pública, para el caso de establecimientos que de conformidad con los reglamentos específicos así lo señalen; e) Plano del establecimiento a escala 1:50; f) Croquis de ubicación del establecimiento; g) Permiso otorgado por el Cuerpo de Bomberos; y, h) Copia del o los certificados ocupacionales de salud del personal que labora en el establecimiento, conferido por un Centro de Salud del Ministerio de Salud Pública. Adicionalmente se deberá cumplir con otros requisitos específicos dependiendo del tipo de establecimiento, de conformidad con los reglamentos correspondientes. La documentación completa será entregada en el Área de Salud a la que pertenece el establecimiento. En el caso de establecimientos que para su inspección requieren de la intervención de una de las comisiones técnicas señalada en el Art. 10 del presente reglamento el

*Área de Salud remitirá la documentación a la Dirección Provincial de Salud correspondiente*⁶⁸.

EL tiempo de caducidad del permiso de funcionamiento lo determina el Reglamento *Ibíd*em en su Art. 14.- *“Los permisos de funcionamiento se renovarán anualmente, durante los primeros 180 días de cada año, previo a la presentación y cumplimiento de los requisitos establecidos en el Capítulo II del presente reglamento, adjuntando además el permiso de funcionamiento del año anterior y el pago del derecho por el servicio correspondiente*⁶⁹”. Como también para que el permiso de funcionamiento tenga validez legal debe poseer los requisitos estipulados al Art. 15.- *“El permiso de funcionamiento contendrá: 1.-Código del establecimiento. 2.- Número del permiso de funcionamiento. 3.- Nombre o razón social del establecimiento. 4.- Nombre del propietario o representante legal. 5.- No. RUC o cédula de ciudadanía o identidad del propietario o representante legal. 6.- Ubicación del establecimiento. 7.- Tipo de establecimiento, actividad(es) a las que se dedica el establecimiento. 8.- Categoría del establecimiento. 9.- Fecha de expedición. 10.- Fecha de vencimiento. 11.- Firmas y sellos de las autoridades correspondientes (Director o Directora Provincial de Salud, Coordinador o Coordinadora de Vigilancia Sanitaria Provincial)”*⁷⁰.

⁶⁸ REGLAMENTO PARA OTORGAR PERMISOS DE FUNCIONAMIENTO A LOS ESTABLECIMIENTOS SUJETOS A VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO. Reglamento, Cit. Art. 7

⁶⁹ *Ibíd*em. Art. 14

⁷⁰ REGLAMENTO PARA OTORGAR PERMISOS DE FUNCIONAMIENTO A LOS ESTABLECIMIENTOS SUJETOS A VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO. Reglamento, cit. Art. 15

Según lo determinado en los preceptos Reglamentarios, el permiso de funcionamiento es otorgado por la autoridad sanitaria a nivel nacional, pero lo emiten anualmente las Direcciones Provinciales de Salud en su jurisdicción, mediante solicitud presentada por el interesado cumpliendo con todos los requisitos y pasos que establece el Reglamento para otorgar permisos de funcionamiento a los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario. Según el Art. 14 de dicha norma el permiso de funcionamiento debe ser renovado los primeros 180 días del año, es decir, hasta el 30 de junio, presentando el permiso del año anterior y el pago del derecho. Cabe señalar que mediante acuerdo ministerial Nro. 131 del 15 de marzo del 2007 en su parte pertinente expresa *“Con el fin de servir al interés general de la sociedad y como responsable de su aplicación, sometiendo mi actuación a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación y bajo el sistema de desconcentración administrativa, respetando las competencias de las Direcciones Provinciales de Salud del País, y dentro de sus competencias recabo su cooperación a esta Dirección General de salud para facilitar a los usuarios extender dicho tiempo hasta por 180 días más para obtener el permiso de funcionamiento...⁷¹”*. Con lo señalado podemos concluir que para obtener el permiso de funcionamiento se extiende el plazos de 180 días más de lo facultado por la Ley, es decir hasta diciembre de cada año.

La Ley Orgánica de Salud en su Art. 225 literal c); le da la facultad al Director Nacional de Salud para conocer y juzgar a los establecimientos

⁷¹ ACUERDO MINISTERIAL, Nro. 131, Directora General de Salud Dra. Carmen Laspina Arellano, Quito, 2007

que no cumplen con el permiso de funcionamiento; pero en la en la parte final del Acuerdo Ministerial antes mencionado dice *“Mediante el sistema de desconcentración administrativa, respetando las competencias de las Direcciones Provinciales de Salud del País para facilitar a los usuarios la obtención del permiso de funcionamiento previsto en Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud en sujeción a lo dispuesto en el Art. 236 de la Ley Ibídem, en concordancia con los Art. 1, 25, 26 y 29 del Código de Procedimiento Civil como norma supletoria, por razón de la materia de salud, el Director Provincial de Salud de la circunscripción territorial de la Provincial donde se encuentre ubicado los establecimientos, es competente para administrar justicia dentro de sus límites de su jurisdicción, prorroga la competencia a los Directores Provinciales de Salud del país para que auxilien a esta Dirección en la práctica de las diligencias previstas en el Libro Sexto de la Ley Orgánica de Salud, Art. 224 y sanciones de acuerdo al Art. 254, el desacato del Art. 130...”*⁷²

Con lo señalado se deduce que según la Ley corresponde al Director Nacional de Salud sancionar a los establecimientos sujetos a control y vigilancia sanitaria que no cumplen con el permiso de funcionamiento; pero según Acuerdo Ministerial, esta competencia se le ha delegado al Director o Directora Provincial de Salud, para que conozca y resuelva este tipo de contravenciones ya que todos los establecimientos o negocios donde se expendan o comercialicen productos de consumo humano, deben según la Ley Orgánica de Salud y su Reglamento están sujetos a control y vigilancia

⁷² ACUERDO MINISTERIAL, Nro. 131.

sanitaria deberán obtener el permiso de funcionamiento y en el mes de diciembre de cada año que es donde vence el plazo del permiso de funcionamiento se procederá al controlar el vencimiento del permiso, y quienes incumplan con esta disposición prevista en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud, serán sujetos a las sanciones descritas en el Art. 254 de la Ley indicada.

4.3.6 Derecho comparado.

4.3.6.1 En la legislación Mexicana.

En la actual Ley General de Salud de México en el Art. 420 “*sanciona con una multa equivalente de dos mil hasta seis mil veces del Salario Mínimo General Diario Vigente en la zona económica que se trate la violación de las disposiciones contenidas en el Art. 198....*”⁷³. Este artículo de la presente Ley, que hace referencia “*Únicamente requiere autorización sanitaria los establecimientos dedicados a: 1).- EL proceso de los medicamentos, que contengan estupefacientes y psicotrópicos; vacunas; toxoides; sueros y antitoxinas de origen animal, hemoderivados; 2).- La elaboración, fabricación o preparación de medicamentos, plaguicidas, nutrientes vegetales o sustancias o peligrosas*”⁷⁴. Cabe indicar que en esta legislación para la aplicación de sanciones la autoridad sanitaria deberá regirse a las reglas de calificación que se establecen en el Art.

⁷³www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf, Ley General de Salud de México, Art. 420

⁷⁴www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf, Ley, Cit. Art. 198

418 de la ley en materia, *“Al imponer una sanción, la autoridad sanitaria fundará y motivará la resolución tomando en cuenta:*

- I. Los daños que se hayan producido o pueda producirse en la salud de las personas.*
- II. La gravedad de la infracción*
- III. Las condiciones socio-económicas del infractor, y*
- IV. La calidad de reincidencia del infractor*
- V. El beneficio obtenido por el infractor por resultado de la infracción”⁷⁵.*

De acuerdo a las normas prescritas es totalmente evidente que la Autoridad Sanitaria al momento de aplicar una sanción a un supuesto contraventor deberá primeramente observar las reglas de calificación estipuladas en la ley, para posterior en una forma motiva dictar la resolución proporcional, de acuerdo a la gravedad de la infracción y los daños de salud ocasionados a los consumidores, como también se tomará en cuentas las condiciones socio-económicas del infractor, la reincidencia en el cometimiento de este tipo de infracciones, es decir se dictará una sanción justa, acorde al bien jurídico afectado.

4.3.6.2 En la Legislación Boliviana.

En el Código de Salud de la República de Bolivia en el Capítulo II, prescribe claramente en el Art. 154 *“que la violación de los preceptos de este Código,*

⁷⁵www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf, Ley, Cit. Art. 418

*sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de él, constituyen infracción, las que serán sancionadas administrativamente por la Autoridad de Salud sin perjuicio de las sanciones previstas por el Código Penal*⁷⁶; y señala en el Art. 155 *“que las sanciones administrativas son: multa pecuniaria, cancelación de autorización, cancelación de registro, decomiso del producto, y clausura temporal o definitiva. La aplicación de cualquier de estas sanciones será en base a la gravedad de la infracción debidamente fundamentada*”⁷⁷.

De acuerdo a los artículos antes mencionados, hace referencia claramente que la autoridad sanitaria al imponer sanciones administrativas como multas pecuniarias deberá hacerlo en base a la gravedad de la infracción debidamente motivada y fundamentada, es decir una sanción justa con una pena proporcional a la gravedad de la infracción cometida.

4.3.6.3 En la Legislación Peruana.

En la Ley General de Salud de la República del Perú en el Título VI, capítulo II, sobre las infracciones y sanciones, en el Art. 134 *“Sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar, las infracciones a las disposiciones contenidas en la presente ley y su reglamento, serán pasibles a una o más de las siguientes sanciones administrativas: a) Amonestación; b) Multa; c) Cierre temporal o clausura del establecimiento; y, d) Suspensión o cancelación del Registro Sanitario del producto*”⁷⁸, y hace referencia en el artículo 135 *“Al imponer una sanción, la Autoridad de Salud tendrá en*

⁷⁶ www.ila.org.pe/publicaciones/compil_bolivia/cod_sal_bol.ppt, Código de Salud de Bolivia, Art. 154

⁷⁷ *Ibidem*, Art. 155

⁷⁸ www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/index-indice.htm, Ley General de Salud de Perú, Art. 134

cuenta: a) Los daños que se hayan producido o puedan producirse en la salud de las personas; b) La gravedad de la infracción; y, c) La condición de reincidencia o reiterancia del infractor”⁷⁹.

En los Artículos descritos la presente Ley le da la facultad a la Autoridad de Salud competente para imponer sanciones administrativas de carácter pecuniarias a los que contravinieran la presente ley , teniendo en cuenta ciertas reglas como: los daños que hubieren producido o puedan producirse en la salud de las personas, la gravedad de la infracción y la reincidencia en el cometimiento de este tipo de faltas, no se aplicaran la misma sanción a los presuntos infractores por igual, sino que se motivará y fundamentará la resolución con una pena acorde a la infracción cometida y proporcional al bien jurídico afectado.

4.3.6.4 En la Legislación de Honduras.

En la Legislación de la República de Honduras, el Código de la Salud, en la parte pertinente de las Sanciones y Procedimientos reza claramente en el Art. 226 “teniendo en cuenta la gravedad del hecho y mediante acto administrativo motivado, la violación de las disposiciones de este Código serán reprimida por la Autoridad de Salud que corresponda, con alguna o algunas de las siguientes disposiciones: a). Amonestación escrita; b).- Multa únicas o sucesivas, según el caso, que oscilan entre L. 20.00 y L.50,000.00; c).- Decomiso de productos, sustancias o artefactos; d).- suspensión o

⁷⁹ www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/index-indice.htm, Ley General de Salud de Perú, Art. 135

cancelación de registros y licencias; y, e).- cierre temporal o definitivo de edificaciones o establecimientos”⁸⁰.

Y de acuerdo a los Procedimientos de las actuaciones de las autoridades de Salud describe en el Art. 235.- “En todas las diligencias que se efectuó se cuidará de proteger la salud pública pero al mismo tiempo se deberá evitar molestias o perjuicios innecesarios al infractor”⁸¹

De las normas referidas, podemos concluir que la República de Honduras en su Código de Salud, faculta a la autoridad competente que sanciona las contravenciones con penas pecuniarias, que al momento de dictar un fallo o tomar resoluciones lo tiene que hacer fundamentada y motivadamente, tomando en cuenta la gravedad de la acción o hecho punible, que la multa sea única y sucesiva que oscile entre 20.000 y 50.000 libras, teniendo en consideración los más importante que es proteger la salud pública, pero al mismo tiempo se debe evitar perjuicios innecesarios al infractor; es decir que la autoridad sancionara en el momento de dictar una pena pecuniaria por contravenir las normas de salud, debe hacerlo proporcionalmente de acuerdo a la gravedad del hecho punible y que la multa no sobre pase de la cantidad mínima ni la máxima que le faculta la ley, dictando una sanción justa equilibrada ni excesiva que sería injusta, ni demasiado sutil que entrañaría impunidad.

⁸⁰ www.poderjudicial.gob.hn/.../Codigo%20de%20Salud%20, Código de Salud de Honduras, Art. 226

⁸¹ *Ibíd*em, Art. 235

5. MATERIALES, Y MÉTODOS

5.1 Materiales:

Para el desarrollo del proceso de investigación, fue indispensable partir de la observación, ordenación, clasificación y utilización de una metodología crítica participativa, que permitió interrelacionar a las personas según sus diferentes criterios con el objeto de estudio mediante la utilización de diferentes métodos, técnicas e instrumentos.

Dentro de los métodos utilizados, fue indispensable la aplicación del Método Científico, ya que representa la metodología que define y diferencia el conocimiento la ciencia de otros tipos de conocimientos, siendo un método que excluye todo aquello que tiene la naturaleza subjetiva. Además se aplicó los métodos inductivo y deductivo, que tienen como característica ir de lo general a lo particular o viceversa. De esta manera y a través de los métodos empleados, logre obtener, conocer, analizar y concluir en base a conocimientos jurídicos de varios profesionales del derecho en relación al tema de investigación "*La aplicación de la debida proporcionalidad entre las infracciones y penas pecuniarias establecidas en la Ley Orgánica de Salud para garantizar la igualdad de derechos de los comerciantes*". Es trascendental señalar también que fue necesaria la aplicación de los métodos científico, deductivo, inductivo, histórico, descriptivo, analítico, sintético, exegético, estadístico y mayéutico; y, el descriptivo los cuales facilitaron la comprensión y señalamiento de los aspectos más relevantes de mi investigación.

5.2 Utilización de los métodos.

Método Científico.- Se aplicó para desarrollar la investigación formulada de manera lógica y lograr la recopilación, organización y expresión de conocimientos en la parte teórica práctica, hasta la obtención de conclusiones y recomendaciones, es decir en la cuestión estadística, donde a través de dicho método científico se pudo lograr la cuanti-cualificación de datos.

Método Inductivo.-Este método estuvo dirigido al estudio de la “La aplicación de la debida proporcionalidad entre las infracciones y penas pecuniarias establecidas en la Ley Orgánica de Salud para garantizar la igualdad de derechos de los comerciantes”. Se tomó este método desde un aspecto particular con el fin de garantizar derechos y garantías Constitucionales de los propietarios de establecimientos comerciales que contravienen la Ley en mención.

Método Deductivo.- Se utilizó para obtener conclusiones particulares de la realidad general, el cual en la práctica fue utilizado a través de la aplicación y resultados de las encuestas y entrevistas. También se lo utilizó tomando como partida la Ley Orgánica de Salud, que no permite imponer multas justas y proporcionales a los propietarios de los establecimientos sujetos a control y vigilancia sanitaria que no obtengan el permiso de funcionamiento, ya que se impone la multa a todos por igual sin ninguna diferencia entre una tienda y un supermercado.

Método Histórico.- Permitted to know the history of the problem, its origin and evolution, in order to be able to make a difference with the current reality that we live in. It means to see how it has been applying disproportionate pecuniary sanctions to establishments that do not obtain the permit to operate, thus violating in this way rights and constitutional guarantees.

Método Descriptivo.- It allowed me to commit myself to making an objective description of the current reality in which the problem develops and thus demonstrate the existing difficulties in our society, due to the fact that rights and constitutional guarantees are not correctly guaranteed in the area of Health. This method was applied by analyzing specific cases, and its description was carried out on the problems that arise in the application of pecuniary sanctions by the health authority to violators of the Organic Law of Health.

Método Analítico.- Through which the critical analysis of the contributions and criteria of various professionals who contributed to this investigation was carried out through their knowledge. In both the doctrinal and positive aspects, in order to be able to understand in a better way the constitutional principle of proportionality.

Método Sintético.- With the help of this method the synthesis of the information was carried out in order to reach the elaboration of the conclusions and recommendations.

Método Exegético.- This method was used, specifically, within the framework

jurídico en la aclaración e interpretación de las normas legales, relacionadas en la presente investigación.

Método Estadístico.- Con la aplicación de este método, logre representar los resultados de las encuestas a través de cuadros estadísticos y por ende realizar los porcentajes de las sugerencias vertidas en las consultas.

Método Mayéutico.- Con la ayuda este método realicé el banco de preguntas tanto para las encuestas como las entrevistas, y amparándome en las respuestas obtenidas, logré concretar las conclusiones, recomendaciones y la propuesta jurídica.

5.3 Procedimientos:

Fase de investigación participativa.- En esta fase se logra determinar la problemática en lo referente a las consecuencias jurídicas, que tienen los propietarios de negocios ante la sanción pecuniaria impuesta por la autoridad sanitaria competente cuando no obtienen el permiso de funcionamiento; cuyas consecuencias son producto de la inexistencia de sanciones adecuadas en la Ley Orgánica de Salud, impidiendo sancionar con multas justas y proporcionales acorde a la gravedad de la infracción y no vulnerar los derechos y garantías reconocidas por nuestra Constitución.

Fase de determinación.- Delimitamos el problema de investigación para analizar la problemática en partes, con la finalidad de darle un mejor tratamiento y llegar al centro de los hechos mediante el razonamiento y obtener una visión global de la realidad.

Técnica del dialogo.- A través del cual, pude lograr interrelacionarme con los funcionarios públicos y profesionales del derecho encuestados y entrevistados.

Técnica de la entrevista.- La dirigí a cinco profesionales del Derecho quienes aportaron con valiosas opiniones y comentarios según su experiencia laboral y profesional.

Esta técnica me permitió recopilar información sobre aspectos importantes que contribuyeron para definir las conclusiones y propuesta legal del presente trabajo investigativo.

Técnica de la encuesta.- Para lo cual se diseñó un formulario de preguntas basadas para recopilar información. Estas fueron aplicadas a noventa y seis personas, entre funcionarios públicos conocedores de la materia investigada, estudiantes de los últimos años de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, así como abogados en libre ejercicio.

Estudio de casos.- Con el respectivo estudio de casos se comprobó el problema, ya que todos los establecimientos han sido sancionados sin considerar la inversión, imponiéndoles la misma pena pecuniaria de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general por incumplir el artículo 130 de la Ley Orgánica de, Salud, lo cual vulnera los derechos y garantías de los propietarios de los negocios.

6. RESULTADOS.

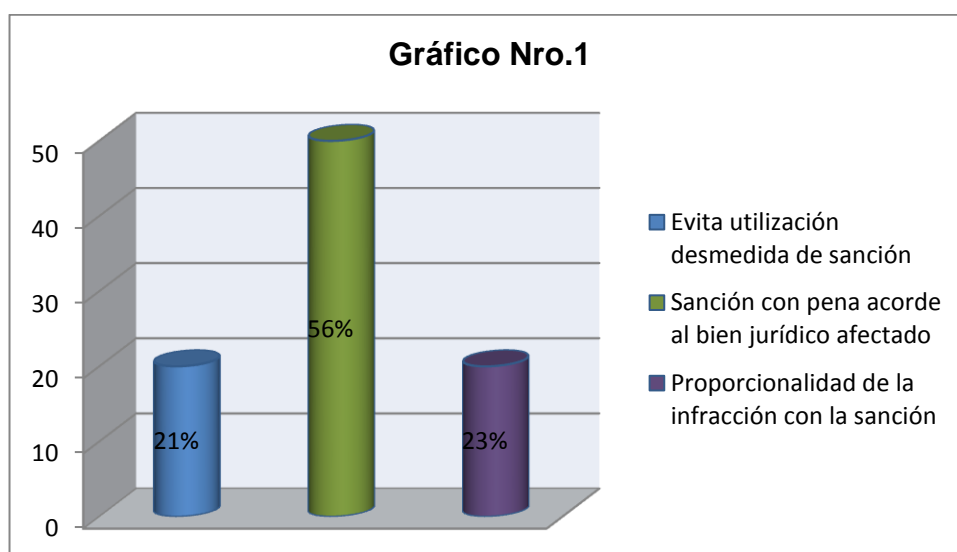
6.1 Presentación, Análisis e Interpretación de los resultados obtenidos a través de la Encuesta.

Primera pregunta: ¿Podría indicar usted, cual es la finalidad del principio de proporcionalidad en relación a la infracción y sanción?

Cuadro 1

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Evita utilización desmedida de sanción	20	21%
Sanción con pena acorde al bien jurídico afectado	54	56%
Proporcionalidad de la infracción con la sanción	22	23%
Total	96	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.
Autor: Héctor Benito Arrobo Valle.



Interpretación:

Como se puede evidenciar 54 encuestados que corresponden al 56% consideran que la finalidad del principio de proporcionalidad es que las

sanciones deben ser acorde a las infracciones y bien jurídico afectado. En cambio 20 consultados que representan el 21% considera que el fin del principio es evitar la utilización desmedida de la sanciones. Finalmente 22 encuestados que equivale el 23% manifiesta que es la proporcionalidad entre infracciones y sanciones.

Análisis:

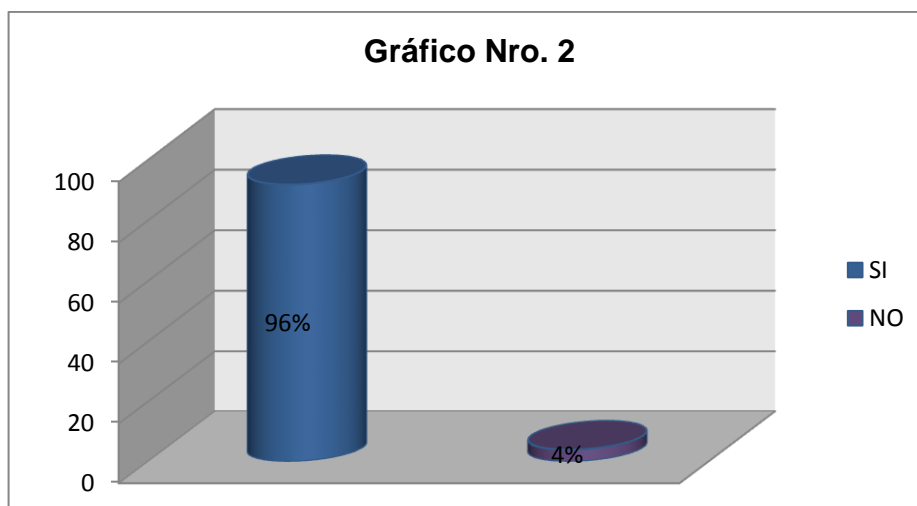
Los resultados de la encuesta son compatible con mi criterio, estando de acuerdo en que el objetivo del principio de proporcionalidad es permitir que exista un equilibrio entre las infracciones cometidas y la sanciones que se imponga, para que sea proporcional al delito, que la pena no vaya más allá de lo que es necesario para cumplir su fin; y, adicionalmente que la medida de la sanción se establezca acorde al bien jurídico afectado e importancia social del hecho.

Segunda pregunta: ¿Considera usted, que existe una debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones pecuniarias tipificadas en la Ley Orgánica de Salud?

Cuadro Nro. 2

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
SI	4	4%
No	92	96%
Total	96	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Autor: Héctor Benito Arrobo Valle.



Interpretación:

La gran mayoría de los encuestados en el número de 92 que equivalen (96%) opinan que no existe una debida proporcionalidad entre sanciones e infracciones pecuniarias tipificadas en la Ley Orgánica de Salud, ya que las sanciones pecuniarias son impuestas a todos los establecimientos por igual sin ninguna excepción, y cuatro profesionales que representan una minoría el (04%) de los profesionales encuestados dicen que la sanción tiende a incrementarse de acuerdo a la gravedad de la infracción.

Análisis:

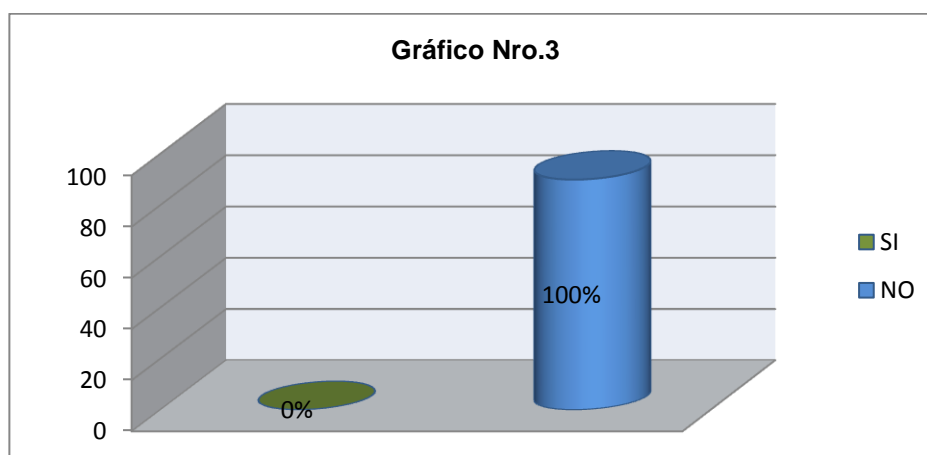
El criterio mayoritario de los encuestados, consideran que no existe la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones pecuniarias tipificadas en la Ley Orgánica de Salud, ya que la magnitud del daño que se puede ocasionar a los usuarios puede ser irreparable, al no contar con la debida vigilancia y control.

Tercera pregunta: El Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud sanciona con multa de 5 salarios Básicos Unificados del Trabajador en General a los propietarios de establecimientos comerciales sujetos a control sanitario que no cumplen con el permiso de funcionamiento, sin distinción de pequeño o grande negocio. ¿Está usted de acuerdo con la sanción impuesta a todos los comerciantes por igual?

Cuadro Nro. 3

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	0	0%
No	96	100%
Total	96	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.
 Autor: Héctor Benito Arrobo Valle.



Interpretación:

Los 96 encuestados que corresponden al 100% manifiestan su opinión que no están de acuerdo con la sanción impuesta por ser desproporcional al sancionar a todos los comerciantes con la misma pena pecuniaria.

Análisis:

Al igual que opinan todos los encuestados, personalmente no estoy de acuerdo con la sanción, por considerarla completamente desproporcional, ya que la multa para los pequeños negocios es excesiva, y para los establecimiento de grandes inversiones es insignificante.

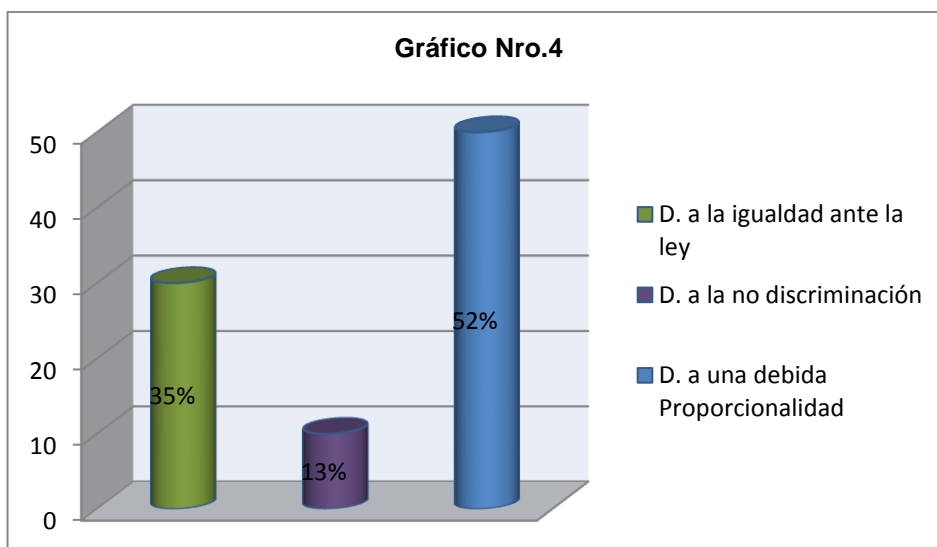
Cuarta pregunta: La imposición de sanciones pecuniarias desproporcionales a los propietarios de negocios sin distención alguna, ¿Qué derecho que a continuación detallo, cree usted que se vulnera?

- a) Derecho a la igualdad ante la ley ()
- b) Derecho a la no discriminación ()
- c) Derecho a una debida proporcionalidad ()

Cuadro Nro.4

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
D. a la igualdad ante la ley	34	35%
D. a la no discriminación	12	13%
D. a una debida Proporcionalidad	50	52%
Total	96	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.
Autor: Héctor Benito Arrobo Valle.



Interpretación:

Un número de 50 encuestados que equivale al 52% manifiestan que la aplicación de sanciones pecuniarias desproporcionales a los propietarios de negocios sujetos a control sanitario, al sancionarlos a todos por igual sin ningún tipo de distinción, vulnera el derecho de una debida proporcionalidad.

Un número de 34 personas que dan el 35% manifiestan que se vulneraría el derecho a una igualdad ante la Ley. Y, 12 personas que corresponde el 13% dicen que se vulneraría el derecho a la no discriminación.

Análisis:

En conformidad con la mayoría de los encuestados, personalmente estoy de acuerdo que en el momento de aplicar sanciones pecuniarias a todos los propietarios de establecimientos de forma igualitaria, se vulnera el derecho a la aplicación del principio de proporcionalidad, como también el derecho de igualdad ante la Ley y discriminación, porque no se debería con la misma multa a todos los propietarios de establecimientos que no obtengan el

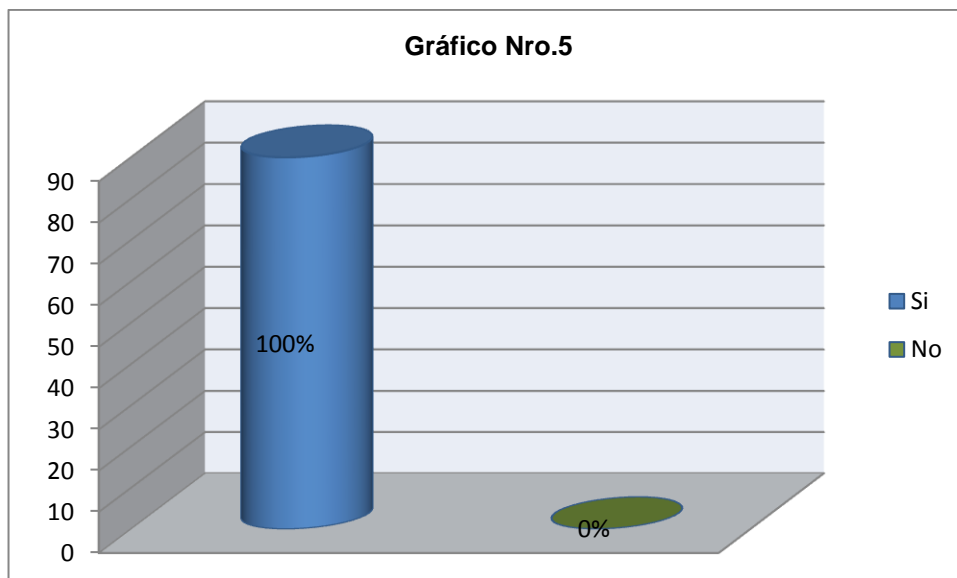
permiso de funcionamiento, ya que los daños que pueden ocasionar a los usuarios es diferente y no igualitario. Por lo tanto existe vulneración al principio constitucional de proporcionalidad establecido en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República; y, al prevalecer la norma suprema sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y que las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Quinta pregunta: Los establecimientos comerciales con grandes inversiones por ser la multa un monto insignificante de cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador al no obtener el permiso de funcionamiento evaden el trámite respectivo, hecho que conllevaría a grandes peligros de la salud de los consumidores. ¿Considera usted que debe modificarse la multa?

Cuadro 5

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	96	100%
No	0	0%
Total	96	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.
Autor: Héctor Benito Arrobo Valle.



Interpretación:

El 100% de los encuestados manifiestan que se debería modificar la multa pecuniaria para los establecimientos de grandes inversiones que no obtengan el permiso de funcionamiento y debería ser de acuerdo al monto de inversión, a fin de que no evadan el tramite respectivo para obtener el permiso de funcionamiento y cuenten con el debido control sanitario para que no atenten contra la salud de sus consumidores.

Análisis:

Estoy totalmente de acuerdo con los encuestados, en que se debe cambiar la sanción pecuniaria a los negocios de grandes inversiones, por ser insignificante la multa de Cinco Salario Básicos Unificados del Trabajador en General por no obtener el permiso de funcionamiento, hecho que estaría

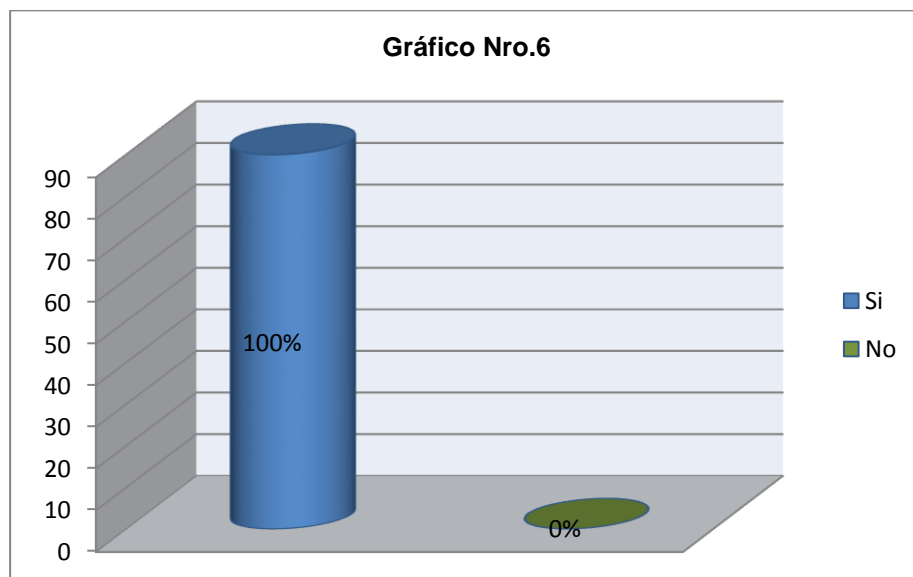
tentando contra los derechos del consumidor como la salud, al existir establecimientos en funcionamiento sin el control sanitario respectivo.

Sexta pregunta: ¿Está usted de acuerdo que se establezca una propuesta de reforma a la Ley Orgánica de Salud, estableciendo sanciones pecuniarias a los establecimientos comerciales que no cumplen con la obtención del permiso de funcionamiento de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del negocio sujetos a control y vigilancia sanitaria?

Cuadro Nro. 6

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	96	100%
No	0	0%
Total	96	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Autor: Héctor Benito Arrobo Valle.



Interpretación.

Los 96 encuestados que corresponde al 100% de los interrogados manifiestan su opinión favorable de reformar la Ley Orgánica de Salud y establecer sanciones pecuniarias de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad tipificado en el Art. 76 numeral 6 de nuestra Constitución; y, sugieren que las sanciones pecuniarias a los establecimientos que no cumplen con el permiso de sanidad para su funcionamiento deben ser de acuerdo a la inversión del negocio. .

Análisis.

El criterio de los encuestados, personalmente lo comparto por considerar indispensable la realización de reforma a la Ley Orgánica de Salud; caso contrario, seguirían aplicando a todos los establecimientos la sanción establecida en el Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud por incumplimiento del Art. 130 de la indica Ley, la cual vulnera derechos fundamentales de algunos propietarios de establecimientos, Por esta razón y que la Ley mantenga armonía con la Constitución es necesaria la reforma a la ley citada, a fin de que esta mantenga armonía con la Constitución.

6.2. Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas.

En este ítem, daré a conocer los resultados obtenidos mediante la técnica de la entrevista la misma que la realicé a personas profesionales y concedoras

del tema, materia de la presente tesis, conforme lo indiqué en la Metodología del proyecto de Investigación, que fue aprobado por las autoridades de la Carrera de Derecho del Área Jurídica de la Universidad Nacional.

La muestra poblacional seleccionada para la entrevista se integra por cinco profesionales, que desempeñan funciones en diferentes entidades del Estado como en instituciones encargadas del control y funcionamiento de los locales sujetos a control sanitario, y abogados en libre ejercicio. Las entrevistas se realizaron de manera directa mediante una conversación grabada, mantenida entre los entrevistados y el investigador, para posteriormente procesar la información y elaborar el presente resumen de resultados, siguiendo el orden del cuestionario de seis preguntas, previamente elaborado. Los profesionales y funcionarios entrevistados fueron realizadas a los siguientes profesionales y conocedores del tema:

6.2.1 Comisaría de Salud.

Pregunta número uno: Cree usted que existe una debida proporcionalidad en el momento de sancionar pecuniariamente a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte de del Director Nacional de Salud.

Respuestas:

“No existe proporcionalidad en la sanción impuesta a todos por igual en el Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud al incumplimiento del Art. 130 de la misma Ley.”

Pregunta número dos:

Podría indicar usted, que en momento de aplicar sanciones pecuniarias establecidas en la Ley Orgánica de Salud a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento a todos por igual vulneraría el principio constitucional de proporcionalidad.

Respuestas:

“Se Vulnera el principio de proporcionalidad en el momento de sancionar a todos los establecimiento sujetos de control sanitario por igual es decir con el mismo monto”.

Pregunta número tres: Cree usted que existe vulneración al principio de proporcionalidad reconocido por nuestra Constitución al momento de aplicar las sanciones pecuniarias a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento

Respuestas:

“Si porque hay establecimientos comerciales (tiendas, Fondas y Kioscos) con montos muy pequeños de inversión y la multa resulta imposible de pagar”.

Pregunta número cuatro: Considera usted que la aplicación de la sanción a los establecimientos comerciales sujetos al control sanitario que no cumplen con el permiso de funcionamiento, por parte del Director General de Salud es desproporcional y afectaría a los propietarios de pequeños negocios por

ser excesiva e injusta, y favorecería a los grandes negocios por ser insignificante

Respuestas:

“Creo que es muy injusta porque la sanción es muy poca para los establecimientos con grandes inversiones como una Hostería, y muy alto para una tienda”.

Pregunta número cinco: Cree usted que se debe aplicar el principio de proporcionalidad reconocido constitucionalmente, en el momento de sancionar pecuniariamente a los establecimientos que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte del Director General de Salud.

Respuestas:

“Si, porque la Constitución es la norma suprema y tiene que prevalecer sobre cualquier otro ordenamiento jurídico, caso contrario toda norma o acto del poder público no tendrá validez jurídica”.

Pregunta número seis: Apoyaría usted una reforma a la Ley Orgánica de Salud al Art. 254, en donde establezca sanciones pecuniarias proporcionales a los establecimientos comerciales que no cumplen con la obtención del permiso de funcionamiento de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del negocio sujeto a control y vigilancia sanitaria.

Respuesta:

“Sí, estoy de acuerdo que se debería reformar la norma de conformidad al principio de proporcionalidad”.

Comentario: El entrevistado afirma que efectivamente se vulnera el principio de proporcionalidad reconocido en nuestra Constitución, al aplicar a todos los establecimientos que no adquieran el permiso de funcionamiento la sanción prevista en el artículo Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud; por lo que es necesario reformar la Ley, estableciendo parámetros proporcionales para la aplicación de sanciones.

6.2.2 Asesor Jurídico de la Dirección de Salud.

Pregunta número uno: Cree usted que existe una debida proporcionalidad en el momento de sancionar pecuniariamente a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte de del Director Nacional de Salud.

Respuestas:

“Se vulnera el principio de proporcionalidad.”

Pregunta número dos: Podría indicar usted, que en momento de aplicar sanciones pecuniarias establecidas en la Ley Orgánica de Salud a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento a todos por igual vulneraría el principio constitucional de proporcionalidad.

Respuestas:

“En el momento de aplicar la sanción a todos por igual”.

Pregunta número tres: Cree usted que existe vulneración al principio de proporcionalidad reconocido por nuestra Constitución al momento de aplicar las sanciones pecuniarias a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento

Respuestas:

“Por supuesto que se vulnera el principio de proporcionalidad”.

Pregunta número cuatro: Considera usted que la aplicación de la sanción a los establecimientos comerciales sujetos al control sanitario que no cumplen con el permiso de funcionamiento, por parte del Director General de Salud es desproporcional y afectaría a los propietarios de pequeños negocios por ser excesiva e injusta, y favorecería a los grandes negocios por ser insignificante

Respuestas:

“Es muy injusta, porque cinco salarios básicos unificados del trabajador en general es un monto muy elevado para los pequeños negocios y muy irrisoria para los grandes negocios.”

Pregunta número cinco: Cree usted que se debe aplicar el principio de proporcionalidad reconocido constitucionalmente, en el momento de

sancionar pecuniariamente a los establecimientos que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte del Director General de Salud.

Respuestas:

“Si, porque se debe respetar la Constitución”.

Pregunta número seis: Apoyaría usted una reforma a la Ley Orgánica de Salud al Art. 254, en donde establezca sanciones pecuniarias proporcionales a los establecimientos comerciales que no cumplen con la obtención del permiso de funcionamiento de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del negocio sujeto a control y vigilancia sanitaria.

Respuesta:

“Evidentemente debe ser reformada la Ley Orgánica de Salud estableciendo en el Reglamento un trámite propio de cada procedimiento para la aplicación de sanciones pecuniarias”.

Comentario: Comentario: Conforme a las respuestas proporcionadas por el entrevistado, se deduce que efectivamente se vulnera el principio de proporcionalidad reconocido en nuestra Constitución, ya que no se hace ninguna distinción al momento de aplicar la sanción, esto es que no se considera el monto de la inversión, ganancias o utilidades de los negocios sujetos a control y vigilancia sanitaria, por lo que es necesario reformar la el artículo Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud.

6.2.3 Asistente del Procurador Síndico del Gobierno Municipal del cantón Nangaritza.

Pregunta número uno: Cree usted que existe una debida proporcionalidad en el momento de sancionar pecuniariamente a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte de del Director Nacional de Salud.

Respuestas:

“No hay proporcionalidad.”

Pregunta número dos: Podría indicar usted, que en momento de aplicar sanciones pecuniarias establecidas en la Ley Orgánica de Salud a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento a todos por igual vulneraría el principio constitucional de proporcionalidad.

Respuestas:

“Se Vulnera el principio de proporcionalidad en el momento de aplicar la sanción generalmente a todos los negocios, sin excepciones”.

Pregunta número tres: Cree usted que existe vulneración al principio de proporcionalidad reconocido por nuestra Constitución al momento de aplicar las sanciones pecuniarias a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento

Respuestas:

“Si porque hay pequeños negocios que su inversión no pasan de quinientos dólares”.

Pregunta número cuatro: Considera usted que la aplicación de la sanción a los establecimientos comerciales sujetos al control sanitario que no cumplen con el permiso de funcionamiento, por parte del Director General de Salud es desproporcional y afectaría a los propietarios de pequeños negocios por ser excesiva e injusta, y favorecería a los grandes negocios por ser insignificante

Respuestas:

“Es injusta porque favorece a los grandes negocios y perjudica a los pequeños”.

Pregunta número cinco: Cree usted que se debe aplicar el principio de proporcionalidad reconocido constitucionalmente, en el momento de sancionar pecuniariamente a los establecimientos que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte del Director General de Salud.

Respuestas:

“Si, se debe aplicar el principio de proporcionalidad, caso contrario se estaría vulnerando la Constitución”.

Pregunta número seis: Apoyaría usted una reforma a la Ley Orgánica de Salud al Art. 254, en donde establezca sanciones pecuniarias proporcionales a los establecimientos comerciales que no cumplen con la obtención del permiso de funcionamiento de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del negocio sujeto a control y vigilancia sanitaria.

Respuesta:

“Totalmente de acuerdo que se debe reformar la presente ley”.

6.2.4. Secretario General de la Gobernación.

Pregunta número uno: Cree usted que existe una debida proporcionalidad en el momento de sancionar pecuniariamente a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte de del Director Nacional de Salud.

Respuestas:

“La sanción no está de acuerdo al principio de proporcionalidad.”

Pregunta número dos: Podría indicar usted, que en momento de aplicar sanciones pecuniarias establecidas en la Ley Orgánica de Salud a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento a todos por igual vulneraría el principio constitucional de proporcionalidad.

Respuestas:

“Cuando se aplica la sanción pecuniaria a todos los establecimientos sin considerar el tipo de local o monto de inversión”.

Pregunta número tres: Cree usted que existe vulneración al principio de proporcionalidad reconocido por nuestra Constitución al momento de aplicar las sanciones pecuniarias a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento

Respuestas:

“Si existe vulneración”.

Pregunta número cuatro: Considera usted que la aplicación de la sanción a los establecimientos comerciales sujetos al control sanitario que no cumplen con el permiso de funcionamiento, por parte del Director General de Salud es desproporcional y afectaría a los propietarios de pequeños negocios por ser excesiva e injusta, y favorecería a los grandes negocios por ser insignificante

Respuestas:

“Es totalmente desproporcional porque afecta a los pequeños comerciantes y favorece a los pequeños comerciantes, quienes por ser la cantidad muy pequeña evaden el respectivo trámite”.

Pregunta número cinco: Cree usted que se debe aplicar el principio de proporcionalidad reconocido constitucionalmente, en el momento de

sancionar pecuniariamente a los establecimientos que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte del Director General de Salud.

Respuestas:

“Creo que si se debería aplicar el principio de proporcionalidad con el fin de evitar injusticias”.

Pregunta número seis: Apoyaría usted una reforma a la Ley Orgánica de Salud al Art. 254, en donde establezca sanciones pecuniarias proporcionales a los establecimientos comerciales que no cumplen con la obtención del permiso de funcionamiento de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del negocio sujeto a control y vigilancia sanitaria.

Respuesta:

“Si, de debe reformar el Art. 254 de la ley Orgánica de Salud que sanciona el Art. 130 de la misma Ley, sugiero que debería hacerse acorde al monto de inversión”.

Comentario: El entrevistado responde que se debe reformar el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud con el fin de que exista imparcialidad en momento de administrar justicia y no se vulnere ningún derechos los comerciantes,

6.2.4. Abogado en libre ejercicio.

Pregunta número uno: Cree usted que existe una debida proporcionalidad en el momento de sancionar pecuniariamente a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte de del Director Nacional de Salud.

Respuestas:

“Se vulnera el principio de proporcionalidad reconocido constitucionalmente en el momento de aplicar la sanción a todos los negocios por igual”.

Pregunta número dos: Podría indicar usted, que en momento de aplicar sanciones pecuniarias establecidas en la Ley Orgánica de Salud a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento a todos por igual vulneraría el principio constitucional de proporcionalidad.

Respuestas:

“Se vulnera el principio de proporcionalidad cuando se sanciona a todos los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento con cinco SUTG, siendo monto muy elevados para los pequeños negocios, y multa insignificante para los locales comerciales con grandes inversiones”

Pregunta número tres: Cree usted que existe vulneración al principio de proporcionalidad reconocido por nuestra Constitución al momento de aplicar

las sanciones pecuniarias a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento

Respuestas:

“Estoy seguro que se vulnera el principio de proporcionalidad”.

Pregunta número cuatro: Considera usted que la aplicación de la sanción a los establecimientos comerciales sujetos al control sanitario que no cumplen con el permiso de funcionamiento, por parte del Director General de Salud es desproporcional y afectaría a los propietarios de pequeños negocios por ser excesiva e injusta, y favorecería a los grandes negocios por ser insignificante

Respuestas:

“Por ser desproporcional afecta a los pequeños negocios que no cumplen con el control sanitario para obtener el permiso para su funcionamiento y favorece a los grandes por ser insignificante”

Pregunta número cinco: Cree usted que se debe aplicar el principio de proporcionalidad reconocido constitucionalmente, en el momento de sancionar pecuniariamente a los establecimientos que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte del Director General de Salud.

Respuestas:

“Si por ser mandato constitucional”.

Pregunta número seis: Apoyaría usted una reforma a la Ley Orgánica de Salud al Art. 254, en donde establezca sanciones pecuniarias proporcionales a los establecimientos comerciales que no cumplen con la obtención del permiso de funcionamiento de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del negocio sujeto a control y vigilancia sanitaria.

Respuesta:

“Considero que si se debe reformar la norma de la Ley orgánica de Salud y se debe aplicar la sanción pecuniaria proporcionalmente en relación a las utilidades del negocio y actividades que realiza.

Comentario: El entrevistado, considera que al momento de aplicar sanciones por igual a todos los comerciantes, se vulnera el principio constitucional de proporcionalidad; siendo necesario se reforme el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, para que exista armonía entre la Constitución y la Ley.

Como ponente de la presente tesis estoy totalmente de acuerdo con las respuestas emitidas y acertadas por los entrevistados, por lo que necesariamente plantearé un proyecto de Reforma a la sanción establecida al Art. 254 la Ley Orgánica de Salud, que no vulnera el principio de proporcionalidad establecido en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República, por lo expuesto es necesario la reforma a la Ley, a fin de

que esta mantenga armonía con la Constitución y se establezca el principio de proporcionalidad en la multa que se imponga y no se vulnere ningún derecho de los comerciantes.

6.3 Estudio de Casos.

Caso primero.

1. Datos Referenciales:

Causa: Nro. 010-2011

Por: Incumplimiento del Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud.

Seguido: Dirección Provincial de Salud.

Contra: Consejo Provincial de Zamora Chinchipe.

Establecimiento: Dispensario Médico, Departamento Odontológico.

2. Antecedentes:

AUTO DE INICIO.- Zamora, a los dos días del mes de junio del dos mil once, a las 09h45.- Avoco conocimiento del presente asunto en mi calidad de Director Provincial de Salud de Zamora Chinchipe encargado, por haberse prorrogado la competencia mediante auto de fecha trece de abril del 2010, a las 08h30, emitido por la Dra. Carmen Lampiña Arellano, Director General de Salud.- Llaga a mi conocimiento que el Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe representado legalmente por el señor Dr. Alberto Calderón en su calidad de Prefecto, tiene a su haber el dispensario médico general del Patronato Provincial, ubicado en las calles Jorge Mosquera y Francisco de

Orellana de la ciudad de Zamora, cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe, pero en el año 2010 no ha obtenido el Permiso de Funcionamiento para dicho establecimiento sujeto a vigilancia y control sanitario, violentando lo que establece el Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud, por lo que de oficio doy inicio al juzgamiento respectivo, se dispone citar a la entidad infractora, conforma lo determina el Art. 227 de la mencionada Ley, en representación del señor Prefecto Alberto Calderón, como también al procurador Síndico de la Institución en forma personal o por boletas en su lugar de trabajo o domicilio, haciéndole conocer la obligación que tiene de señalar casillero judicial en la ciudad de Zamora para las notificaciones. Practíquese todas las diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento o comprobación de la infracción, se señala para el día 7 de junio del 2011 a las 14h00, para que se lleve a efecto la audiencia de juzgamiento conforme lo determina el literal d) del Art. 224 de la Ley Orgánica de Salud. Llámese a intervenir como secretario Ad-hoc al Dr. Homero Bravo, para que intervenga en el presente proceso, quién estando presente y enterado de su nombramiento acepta el cargo y entra inmediatamente a desempeñarlo.

Audiencia de Juzgamiento.

En la ciudad de Zamora, a los veinte días del mes de junio del dos mil once, a las 14H00 ante la Dra. Dolores Abrigo Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, y el infrascrito secretario Ad-Hoc que certifica, comparece el señor Dr. Segundo Larreategui Procurador Síndico del

Consejo Provincial y el Dr. Galo Ayora, con el objeto de pasar la audiencia de juzgamiento señalada para este día y hora.

3. Resolución.

En la ciudad de Zamora, a los veinte y tres días del mes de junio del dos mil once, a las 14h00, VISTOS: de oficio la Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, da inicio al juzgamiento del Gobierno Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, legalmente representado por el Dr. Alberto Calderón, y el Dr. Segundo Larreategui Procurador Síndico del gobierno Autónomo indicado, por haber infringido el Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud al haber obtenido el permiso de funcionamiento del año 2010 para el consultorio Odontológico, establecimiento que está sujeto a vigilancia sanitaria. Se lo citó al señor Prefecto y Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe con el auto de inicio del juzgamiento, se señaló para el día veinte de junio del 2011 a las 14h00. Ejerció su derecho a la defensa sin que haya solicitado apertura del término de prueba. Concluido el procedimiento, es tiempo de resolverlo y para hacerlo se considera lo siguiente: PRIMERO.- No se ha violentado el trámite que contempla la Ley y por la prorroga a ella conferida es competente para conocer el presente asunto. SEGUNDO.- El Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud establece textualmente que *“Los establecimiento sujetos a control sanitario para su funcionamiento deberán contar con el permiso otorgado por la autoridad sanitaria nacional. El permiso de funcionamiento tendrá vigencia de un año calendario”*; para otorgar el permiso de funcionamiento se debe cumplir con

todos los requisitos y pasos que establece el Reglamento para otorgar permisos de funcionamiento a los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario. Según el Art. 14 de dicha norma el permiso de funcionamiento debe ser renovado los primeros 180 días del año, es decir, hasta el 30 de junio, presentando el permiso del año anterior y el pago del derecho. Mediante acuerdo ministerial se extendió dicho tiempo hasta por 180 días más para obtener el permiso de funcionamiento del año 2010, esto es, hasta diciembre del mismo año. TERCERA.- de la exposición hecha por los accionados en la audiencia de juzgamiento manifiestan expresamente que no ha obtenido el permiso de funcionamiento en año 2010. CUARTO.- El no obtener el permiso de funcionamiento de los establecimientos que están sujetos a vigilancia y control sanitario, conlleva a que viole la norma del Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud, y por lo tanto, al violar dicha norma se sujeta a la sanción prevista en el Art. 254 de la misma Ley que es de Cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador en General. QUINTO.- Según el Acuerdo Nro. 007 del Ministerio de Trabajo y Empleo pública en el Registro Oficial 105 del 11 de enero del 2010 está fijado en 240 dólares. SEXTO.- La infracción es cometida desde el momento que concluye el tiempo para obtener el permiso de funcionamiento, es decir, hasta el 31 de diciembre del 2010, después de esta fecha se entiende que ya se ha cometido la infracción, por las consideraciones expuestas RESUELVE: Imponer al Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe la sanción prevista en el Art. 254 del mismo cuerpo legal, esto es, la multa del MIL DOCIENTOS DÓLARES, relacionados con cinco Salarios Básicos Unificados de

Trabajador en General fijados por el años 2010, multa que será depositado en la Cuenta Nro. 060013876 del Ministerio de Salud Pública, en el Banco Internacional, bajo prevenciones legales de utilizar la vía Coactiva para el cobro.- Dra. Dolores Abrigo, Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe.

4. Comentario:

Como podemos evidenciar en este presente caso que se trata de un Dispensario Médico, la multa impuesta es de cinco Salarios Unificados del Trabajador en general lo que dispone el Art. 254 por haber incumplido el Artículo 130 de la Ley Orgánica de Salud; establecimiento que tiene una gran inversión y estar funcionando sin la respectiva autorización sanitaria conllevaría grandes peligros para la salud de los usuarios, y la multa por esta acción es demasiado sutil. Por lo expuesto la falta de proporcionalidad en esta sanción es evidente, entrañando impunidad, desigualdad ante la Ley.

Segundo Caso.

1. Datos Referenciales:

Causa: Nro. 09-2010

Por: Incumplimiento del Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud.

Seguido: Dirección Provincial de Salud.

Contra: María Isabel Beltrán Pérez

Establecimiento: Cafetería.

2. Antecedentes:

AUTO DE INICIO.- Zamora, a los tres días del mes de mayo del dos mil diez, a las 10h00- Avoco conocimiento del presente asunto en mi calidad de Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, por haberse prorrogado la competencia mediante auto de fecha trece de abril del 2010, a las 10h00, emitido por la Dra. Carmen Lampiña Arellano, Directora General de Salud.- Llega a mi conocimiento que la Sra. MARÍA ISABEL BELTRÁN PÉREZ, con cédula de ciudadanía Nro. 1900324999, es propietaria de una Cafetería que se encuentra ubicado en las calles Diego de Vaca y 24 de Mayo del cantón Zamora Provincia de Zamora Chinchipe, establecimiento que está sujeto a vigilancia y control sanitario, el mismo que no ha obtenía el permiso de funcionamiento del año 2009, violentando lo que establece el Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud, por lo que oficio doy inicio al juzgamiento respectivo, por lo que, se dispone citar a la presunta infractora, conforma lo determina el Art. 227 de la mencionada Ley, a la Sra. MARIA ISABEL BELTRAN PEREZ en forma personal o por boletas en su lugar de trabajo o domicilio, haciéndole conocer la obligación que tiene de señalar casillero judicial en la ciudad de Zamora para las notificaciones. Practíquese todas las diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento o comprobación de la infracción, se señala para el día 14 de julio del 2010 a las 14h00, para que se lleve a efecto la audiencia de juzgamiento conforme lo determina el literal d) del Art. 224 de la Ley Orgánica de Salud. Llámese a intervenir como secretario Ad-hoc al Dr. Homero Bravo, para que intervenga en el presente

proceso, quién estando presente y enterado de su nombramiento acepta el cargo y entra inmediatamente a desempeñarlo.

Audiencia de Juzgamiento.

En la ciudad de Zamora, a los catorce días del mes de julio del dos mil diez, a las 10H00 ante la Dra. Dolores Abrigo Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, y el infrascrito secretario Ad-Hoc que certifica, comparece el señor Sra. MARIA ISABEL BELTRAN PEREZ, con el objeto de pasar la audiencia de juzgamiento señalada para este día y hora.

3. Resolución.

En la ciudad de Zamora, a los quince veinte días del mes de mayo del dos mil diez, a las 11h00, VISTOS: de oficio la Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, da inicio al juzgamiento a la presunta infractora Sra. MARIA ISABEL BELTRAN PEREZ, por haber infringido el Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud al no haber obtenido el permiso de funcionamiento del año 2009 para la cafetería de su propiedad sin nombre establecimiento que está sujeto a vigilancia sanitaria. Se la citó a la Sra. MARIA ISABEL BELTRAN PEREZ con el auto de inicio del juzgamiento, se señalo para el día catorce de julio del 2010 a las 14h00. Ejerció su derecho a la defensa sin que haya solicitado apertura del término de prueba. Concluido el procedimiento, es tiempo de resolverlo y para hacerlo se considera lo siguiente: PRIMERO.- No se ha violentado el trámite que contempla la Ley y por la prorroga a ella conferida es competente para conocer el presente asunto. SEGUNDO.- El Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud establece

textualmente que *“Los establecimiento sujetos a control sanitario para su funcionamiento deberán contar con el permiso otorgado por la autoridad sanitaria nacional. El permiso de funcionamiento tendrá vigencia de un año calendario”*; para otorgar el permiso de funcionamiento se debe cumplir con todos los requisitos y pasos que establece el Reglamento para otorgar permisos de funcionamiento a los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario. Según el Art. 14 de dicha norma el permiso de funcionamiento debe ser renovado los primeros 180 días del año, es decir, hasta el 30 de junio, presentando el permiso del año anterior y el pago del derecho. Mediante acuerdo ministerial se extendió dicho tiempo hasta por 180 días más para obtener el permiso de funcionamiento del año 2009, esto es, hasta diciembre del mismo año. TERCERA.- de la exposición hecha por la accionada en la audiencia de juzgamiento manifestó expresamente que no ha obtenido el permiso de funcionamiento en año 2009. CUARTO.- El no obtener el permiso de funcionamiento de los establecimientos que están sujetos a vigilancia y control sanitario, conlleva a que viole la norma del Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud, y por lo tanto, al violar dicha norma se sujeta a la sanción prevista en el Art. 254 de la misma Ley que es de Cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador en General. QUINTO.- Según el Acuerdo Nro. 007 del Ministerio de Trabajo y Empleo Público en el Registro Oficial 105 del 11 de enero del 2010 está fijado en 240 dólares. SEXTO.- La infracción es cometida desde el momento que concluye el tiempo para obtener el permiso de funcionamiento, es decir, hasta el 31 de diciembre del 2009, después de esta fecha se entiende que ya se ha cometido la

infracción, por las consideraciones expuestas RESUELVE: Imponer a la Sra. MARÍA ISABEL BELTRÁN PÉREZ con Cédula de identidad Nro. 1900324999 la sanción prevista en el Art. 254 del mismo cuerpo legal, esto es, la multa del MIL DOCIENTOS DÓLARES, relacionados con cinco Salarios Básicos Unificados de Trabajador en General fijados por el año 2009, multa que será depositado en la Cuenta Nro. 060013876 del Ministerio de Salud Pública, en el Banco Internacional, bajo prevenciones legales de utilizar la vía Coactiva para el cobro.- Dra. Dolores Abrigo, Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe.

4. Comentario:

El presente caso fue sancionado en la Provincia de Zamora Chinchipe por la Directora Provincial de Salud, donde el establecimiento juzgado es una Cafetería y la sanción impuesta es de cinco Salarios Unificados del Trabajador en general lo que dispone el Art. 254 por haber incumplido el Artículo 130 de la Ley Orgánica de Salud; establecimiento que tiene una pequeña inversión, y la multa es demasiado desproporcional y elevada a veces imposible de pagar; hecho que conllevaría a una injusticia, a fin de considerarla como una pena cruel para el propietario del negocio que prácticamente lo erradicaría al establecimiento comercial.

Tercer caso.

1. Datos Referenciales:

Causa: Nro. 012-2011

Por: Incumplimiento del Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud.

Seguido: Dirección Provincial de Salud.

Contra: Daniel Fabián Guerrero Días.

Establecimiento: Restaurant.

2. Antecedentes:

AUTO DE INICIO.- Zamora, a los cuatro días del mes de enero del dos mil diez, a las 09h00- Avoco conocimiento del presente asunto en mi calidad de Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, por haberse prorrogado la competencia mediante auto de fecha trece de abril del 2010, a las 10h00, emitido por la Dra. Carmen Lampiña Arellano, Directora General de Salud.- Llega a mi conocimiento que el señor DANIEL FABIÁN GUERRERO DÍAS, con cédula de ciudadanía Nro. 1900202429, es propietario de un Restaurant denominado INEZ MARÍA, que se encuentra ubicado en el sector Nambija de la parroquia de San Carlos del cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe, establecimiento que está sujeto a vigilancia y control sanitario, el mismo que no ha obtenía el permiso de funcionamiento del año 2010, violentando lo que establece el Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud, por lo que oficio doy inicio al juzgamiento respectivo, por lo que, se dispone citar al presunto infractor, conforme lo determina el Art. 227 de la mencionada Ley, al Señor. SANTIAGO FABIÁN GUERRERO DÍAS en forma personal o por boletas en su lugar de trabajo o domicilio, haciéndole conocer la obligación que tiene de señalar casillero judicial en la ciudad de Zamora para las notificaciones. Practíquese todas las diligencias que sean necesarias para el

esclarecimiento o comprobación de la infracción, se señala para el día 28 de enero del 2010 a las 09h00, para que se lleve a efecto la audiencia de juzgamiento conforme lo determina el literal d) del Art. 224 de la Ley Orgánica de Salud. Llámese a intervenir como secretario Ad-hoc al Dr. Homero Bravo, para que intervenga en el presente proceso, quién estando presente y enterado de su nombramiento acepta el cargo y entra inmediatamente a desempeñarlo.

Audiencia de juzgamiento.

En la ciudad de Zamora, a los veintiocho días del mes de enero del dos mil once, a las 09H00 ante la Dra. Dolores Abrigo Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, y el infrascrito secretario Ad-Hoc que certifica, comparece el señor. SANTIAGO FABIÁN GUERERO DÍAS, con el objeto de pasar la audiencia de juzgamiento señalada para este día y hora.

3. Resolución:

En la ciudad de Zamora, a los veintinueve veinte días del mes de enero del dos mil once, a las 09h00, VISTOS: de oficio la Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe, da inicio al juzgamiento a la presunto infractor Sr. SANTIAGO FABIÁN GUERERO DÍAS, por haber infringido el Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud al no haber obtenido el permiso de funcionamiento del año 2010 para el Restaurant denominado INEZ MARÍA de su propiedad, establecimiento que está sujeto a vigilancia y control sanitario. Se la citó al Sr. SANTIAGO FABIÁN GUERERO DÍAS con el auto de inicio del

juzgamiento, se señaló para el día veintinueve de enero del 2011 a las 10h00. Ejerció su derecho a la defensa sin que haya solicitado apertura del término de prueba. Concluido el procedimiento, es tiempo de resolverlo y para hacerlo se considera lo siguiente: PRIMERO.- No se ha violentado el trámite que contempla la Ley y por la prórroga a ella conferida es competente para conocer el presente asunto. SEGUNDO.- El Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud establece textualmente que *“Los establecimiento sujetos a control sanitario para su funcionamiento deberán contar con el permiso otorgado por la autoridad sanitaria nacional. El permiso de funcionamiento tendrá vigencia de un año calendario”*; para otorgar el permiso el permiso de funcionamiento se debe cumplir con todos los requisitos y pasos que establece el Reglamento para otorgar permisos de funcionamiento a los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario. Según el Art. 14 de dicha norma el permiso de funcionamiento debe ser renovado los primeros 180 días del año, es decir, hasta el 30 de junio, presentando el permiso del año anterior y el pago del derecho. Mediante acuerdo ministerial se extendió dicho tiempo hasta por 180 días más para obtener el permiso de funcionamiento del año 2009, esto es, hasta diciembre del mismo año. TERCERA.- de la exposición hecha por el accionado en la audiencia de juzgamiento manifestó expresamente que no ha obtenido el permiso de funcionamiento en año 2010. CUARTO.- El no obtener el permiso de funcionamiento de los establecimientos que están sujetos a vigilancia y control sanitario, conlleva a que viole la norma del Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud, y por lo tanto, al violar dicha norma se

sujeta a la sanción prevista en el Art. 254 de la misma Ley que es de Cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador en General. QUINTO.- Según el Acuerdo Nro. 007 del Ministerio de Trabajo y Empleo Público en el Registro Oficial 105 del 11 de enero del 2010 está fijado en 240 dólares. SEXTO.- La infracción es cometida desde el momento que concluye el tiempo para obtener el permiso de funcionamiento, es decir, hasta el 31 de diciembre del 2010, después de esta fecha se entiende que ya se ha cometido la infracción, por las consideraciones expuestas RESUELVE: Imponer a la Sr. SANTIAGO FABIÁN GUERERO DÍAS con Cédula de identidad Nro. 1900202429, la sanción prevista en el Art. 254 del mismo cuerpo legal, esto es, la multa del MIL DOCIENTOS DÓLARES, relacionados con cinco Salarios Básicos Unificados de Trabajador en General fijados por el año 2009, multa que será depositado en la Cuenta Nro. 060013876 del Ministerio de Salud Pública, en el Banco Internacional, bajo prevenciones legales de utilizar la vía Coactiva para el cobro.- Dra. Dolores Abrigo, Directora Provincial de Salud de Zamora Chinchipe.

5. Comentario:

De los tres procesos juzgados, después de haberlos analizado puedo manifestar que es tan evidente que fueron sancionados con la misma multa de cinco Salarios Unificados del Trabajador en General, que lo dispone el Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud, a todos por igual por infringir el Art. 130 de la Ley Ibídem, la autoridad sanitaria competente al momento de sancionar no considera el monto de la inversión del establecimiento, es

decir no hace ninguna diferencia entre un dispensario médico y una cafetería, y un Restaurant, siendo la multa absolutamente incoherente y desproporcional, ya que la multa para los negocios de pequeñas inversiones es excesiva y demasiado elevada mucha de las veces imposible de pagar al punto de calificarla como injusta. En cambio para el Dispensario Médico estar funcionando sin la respectiva autorización sanitaria conllevaría grandes peligros para la salud de los usuarios, y la multa por esta acción es demasiado sutil. Por lo expuesto la falta de proporcionalidad en esta sanción es evidente, entrañando impunidad, desigualdad, y discriminación, atentando contra los principios y garantías constitucionales.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

En mi proyecto de investigación presentado y aprobado por las autoridades de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, me propuse verificar un objetivo general y tres objetivos específicos, los mismos que a continuación los presento.

7.1.1 Objetivo general.

“Realizar un estudio jurídico y doctrinario de la proporcionalidad establecido, entre las infracciones y penas pecuniarias tipificadas en la Ley Orgánica de Salud”.

El presente objetivo logre verificarlo en su totalidad, con la revisión de literatura en la cual contiene el marco jurídico donde se realizó un amplio estudio a las normas jurídicas referentes a la materia de la problemática, desde la Constitución de la República, Tratados Internacionales, Ley Orgánica de Salud y su Reglamento y Código Penal, de la misma manera en el estudio y análisis del marco doctrinario en donde se implicaron temas concretos como: La debida proporcionalidad entre las infracciones y penas pecuniarias, Hacia una buena aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana, Principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador; en donde se determina claramente que la sanción establecida en el Art. 254 de Ley Orgánica de Salud por el incumplimiento del Art. 130 de la mencionada Ley es completamente desproporcional, es decir vulnera el principio constitucional de proporcionalidad al momento de sancionar a los propietarios de establecimientos comerciales, no hace ninguna excepción o diferencia entre un supermercado con una tienda, los sanciona a todos por igual con cinco Salarios Unificados del Trabajador en General; culminando con el derecho comparado en donde se analizó cuatro Legislaciones en materia de Salud como: La República de México, Perú, Honduras y Bolivia, en las cuales se encuentran prescritos procedimientos adecuados para aplicar sanciones pecuniarias por las infracciones tipificadas en la Ley. En lo concerniente al estudio de campo se logró verificar este objetivo mediante la aplicación de encuestas y entrevistas a profesionales del Derecho funcionarios en el área

de Salud en la provincia de Zamora Chinchipe los cuales supieron aportar con datos significativos para la presente tesis.

En las preguntas dos y tres de la encuesta aplicada, la mayoría encuestados que corresponde a un 98% manifiestan que no existe una debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones pecuniarias tipificadas en la Ley Orgánica de Salud; y en las preguntas uno de las entrevistas realizadas responden en 100% que no hay proporcionalidad en el momento de sancionar a los negocios que cumplen con el permiso de funcionamiento.

7.1.2 Objetivos específicos.

Primer objetivo específico:

“Demostrar la vulneración del principio de proporcionalidad establecido en numeral 6 del artículo 76 de la Constitución, al aplicarse la sanción impuesta en el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud por incumplimiento del artículo 130 de la indicada Ley”.

Referente al objetivo señalado, fue verificado con la revisión de la literatura en donde se encuentra el marco jurídico y se analizó intensamente el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República, norma que hace referencia “La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”;sin embargo esta garantía no se cumple y se la vulnera en la aplicación del Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud que sanciona con multa de cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador en General, el

incumplimiento del Art. 130 de la mencionada Ley que señala “Los establecimiento sujetos a control sanitario para su funcionamiento deberán contar con el permiso otorgado por la Autoridad Sanitaria Nacional. El permiso de funcionamiento tendrá vigencia un año”; la falta de proporcionalidad es tan evidente y absolutamente incoherente ya que la multa es impuesta a todos los establecimientos por igual, sin hacer ninguna excepción o diferencia entre un supermercado y una tienda.

Con los resultados de la entrevista en la tercera pregunta, todos los interrogados que corresponde al 100%, concuerdan que se vulnera el principio de proporcionalidad al aplicar sanciones a los establecimientos comerciales a todos por igual, sin ninguna de excepción ni diferencia.

De igual manera en los casos prácticos analizados la autoridad sanitaria competente sanciona con la misma multa a los tres propietarios de los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario, es decir con cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador, sin hacer ningún tipo de diferentes entre un Dispensario Médico, una Cafetería y un Restaurant, sanción que es totalmente incoherente y desproporcional.

Segundo objetivo específico:

“Identificar los efectos que produce la falta de la debida proporcionalidad de la sanción impuesta en el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, por incumplimiento al artículo 130 de la indicada Ley”.

Para poder verificar el presente objetivo específico, realicé un análisis pormenorizado sobre los resultados obtenidos en la cuarta pregunta de la encuesta, en la cual los encuestados coinciden que los efectos son múltiples, vulnera derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente como: el Derecho de que todos somos iguales ante la Ley, derecho a la no discriminación y el Derecho a una debida proporcionalidad, al aplicar sanciones pecuniarias a todos los establecimientos por igual.

Tercer objetivo específico:

“Presentar una propuesta legal para reformar el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, estableciendo sanciones de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del establecimiento sujeto al control y vigilancia sanitaria”.

Este objetivo se logró verificar durante el desarrollo, de la revisión de literatura en la cual contiene el marco jurídico, en donde se realizó el análisis del numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República que se refiere que se debe establecer la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones penales, administrativas o de cualquier naturaleza, y con los resultados obtenidos en las preguntas 6, tanto de la encuesta como de la entrevista planteada, en donde se determinó un elevado porcentaje positivo, logrado confirmar mi objetivo, por lo cual considero que se debe realizar un reforma jurídica a la Ley Orgánica de Salud para establecer la debida proporcionalidad en el momento de aplicar sanciones pecuniarias a los

establecimiento sujetos de control sanitario, establecidas en el Art. 254 de la Ley citada por el incumplimiento del Art. 130 del cuerpo legal ibídem.

Considero, que al no existir procedimientos determinados para aplicar sanciones pecuniarias en la Ley Orgánica de Salud, se seguirá aplicando sanciones desproporcionales sin conformidad con las disposiciones constitucionales, actos que carecerán de eficacia jurídica por estar vulnerando derechos y garantías fundamentales de los comerciantes reconocidos en nuestra Constitución.

7.2 Contrastación de Hipótesis.

Como es evidente todo proyecto lleva consigo algo por comprobar y determinar si el supuesto se corrobora o se desecha, es por esto que en mi proyecto diseñé una hipótesis general que la contrasto a continuación.

7.2.1 Hipótesis.

“Las penas pecuniarias de las infracciones tipificadas en la Ley Orgánica de Salud, son desproporcionales porque se imponen la misma multa por incumplimiento del permiso de sanidad del negocio, del pequeño comerciante al igual que los propietarios de grandes negocios, lo cual genera desigualdad y discriminación ante la ley”.

La presente hipótesis fue contrastada absolutamente, con el analices realizado del Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud que sanciona con multa de cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador en General el

incumplimiento del Art. 130 que señala “Los establecimiento sujetos a control sanitario para su funcionamiento deberán contar con el permiso otorgado por la Autoridad Sanitaria Nacional. El permiso de funcionamiento tendrá vigencia un año”, que consta en el y análisis y desarrollo del marco jurídico, además demostrando que existe vulneración del principio fundamental de proporcionalidad establecido en el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República, al momento de sancionar por igual a los contraventores del Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud.

Con los resultados obtenidos en las preguntas No. 2 y 3 de la encuesta, se comprobó positivamente la hipótesis planteada, considerando que la mayoría de encuestados en un 98%, manifiestan que al sancionar a los propietarios de los establecimientos sujetos a control sanitario a todos por igual sin distinción de pequeño o grande negocio genera desigualdad y discriminación ante la ley, de igual manera consideran que vulneran la garantía constitucional de proporcionalidad.

De igual manera demuestro conforme a lo preguntado en las interrogantes 1, 2, 3 y 5 de la entrevista donde los interrogados en un 100% manifiestan que no existe la debida proporcionalidad en el momento de sancionar pecuniariamente a los propietarios de los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento, con multa de cinco salarios básicos unificados del Trabajador en General, como lo establece la Ley Orgánica de Salud en el Art. 254, a todos por igual; donde afectaría a los propietarios de pequeños negocios por ser excesiva e injusta, y favorecería

a los grandes negocios por ser insignificante, lo cual conlleva a vulnerar derechos y garantías constitucionales

7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma.

Una vez analizado el tema de investigación de manera profunda y gracias a los valiosos aportes jurídico-doctrinario, desde libros, diccionarios de grandes tratadistas y los aportes críticos, jurídicos y sociales tanto de las fuentes encuestadas como entrevistadas, que me han servido para resolver el presente trabajo investigativo; todos estos aportes me han sido fundamentales, para lo cual con mis modestos conocimientos me permito presentar mi criterio jurídico.

Es fundamental destacar que la Constitución de la República garantiza que en todo proceso en el que se determine derechos y obligaciones de cualquier índole se incluirán garantías básicas como el principio de proporcionalidad, tomando en consideración que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otro ordenamiento jurídico, y que ninguna otra norma jurídica o acto de poder público puede tener contradicciones con ésta, caso contrario carecerán de eficacia jurídica, realidad que debe ser considerada para la elaboración de la propuesta de reforma al artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, para que esté en armonía, tanto con la Constitución, Tratados Internacionales, y evitar la vulneración de los derechos y garantías Constitucionales.

Con lo anteriormente indicado surge la necesidad de reformar el artículo 254 de la Ley citada que permite sancionar a los propietarios de negocios que expenden y comercializan productos de consumo humano sujetos a vigilancia y control sanitario que no realizaron el trámite correspondiente para obtener el permiso de funcionamiento, la autoridad sanitaria los sanciona a los establecimientos con cinco Salarios Unificados el Trabajador en General a todos por igual sin considerar el monto de la inversión de negocio, es decir no hace ninguna diferencia entre una tienda, y un supermercado, o entre una clínica y un consultorio particular, sanción incoherente que a simple vista vulnera totalmente la garantía de proporcionalidad reconocida constitucionalmente, ya que la multa para unos establecimientos es excesiva al punto de considerarla injusta; en cambio para otros es demasiado sutil que entrañaría impunidad.

En las legislaciones de las que fueron materia de estudio para la realización del derecho comparado son el Código de Salud de Honduras, Bolivia, y la Ley General de Salud de Perú y México; de las cuales he considerado tomar como referencia la actual Ley General de Salud de México, ya que en el Art. 420 “sanciona con una multa equivalente de dos mil hasta seis mil veces del Salario Mínimo General Diario Vigente en la zona económica que se trate la violación de las disposiciones contenidas en el Art. 198....”; este artículo de la presente Ley que hace referencia “Únicamente requiere autorización sanitaria los establecimientos dedicados a: 1).- EL proceso de los medicamentos, que contengan estupefacientes y psicotrópicos; vacunas; toxoides; sueros y antitoxinas de origen animal, hemoderivados; 2).- La

elaboración, fabricación o preparación de medicamentos, plaguicidas, nutrientes vegetales o sustancias o peligrosas”. Cabe indicar que en esta legislación para la aplicación de sanciones la autoridad sanitaria deberá regirse a las reglas de calificación que se establecen en el Art. 418 de la ley en materia, “Al imponer una sanción, la autoridad sanitaria fundará y motivará la resolución tomando en cuenta las reglas de calificación que se establecen en la ley en materia en el Art. 418 “Al imponer una sanción, la autoridad sanitaria fundará y motivará la resolución tomando en cuenta: a).- Los daños que se hayan producido o pueda producirse en la salud de las personas; b).- La gravedad de la infracción; c).- Las condiciones socio-económicas del infractor; d).- La calidad de reincidencia del infractor; y, e).- El beneficio obtenido por el infractor por resultado de la infracción”.

De acuerdo a esta normativa del Derecho Comparado, esta legislación mexicana me ha servido como ejemplo para fundamentar mi propuesta de reforma.

Los resultados obtenidos tanto en la entrevista como en la encuesta la mayoría de los consultados afirman mi propuesta de reforma a la Ley Orgánica de Salud, ya que es tan evidente la vulneración del principio constitucional de proporcionalidad en la sanción aplicada a los propietarios de los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario que no obtengan el permiso de funcionamiento, se los sanciona por igual con cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador en General sin hacer ninguna diferencia.

Una vez que he culminado la investigación doctrinaria, jurídica y social, puedo sostener que logré estudiar críticamente la problemática que formulé al iniciar la investigación.

8 CONCLUSIONES.

Desarrollada la revisión de literatura y haber tabulado los resultados de la investigación de campo, verificado los objetivos y contrastado la hipótesis presento las siguientes conclusiones:

Primera: La Constitución de la República del Ecuador reconoce el principio de proporcionalidad entre infracciones penales, administrativas o de cualquier otra naturaleza.

Segunda: La aplicación del Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud que sanciona con multa de cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador en General el incumplimiento del Art. 130 de la presente Ley, es completamente desproporcional, por no hacer ninguna diferencia o distinción entre un pequeño y grande negocio sujeto a vigilancia y control sanitario.

Tercera: En la Ley Orgánica de Salud, no existe regla que deba observar o regirse la autoridad sanitaria competente para aplicar sanciones acorde al monto de inversión de los mismos o daño que pueda ocasionar el contraventor del Art. 130 de la Ley, viéndose obligada la autoridad a sancionar a los propietarios de los establecimientos a todos por igual sin ninguna distinción.

Cuarta: Existe vulneración del principio constitucional de proporcionalidad en el momento de aplicar la sanción pecuniaria a los presuntos contraventores del Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud.

Quinta: La desproporcionalidad de la sanción aplicada a los propietarios de negocios sujetos a control sanitario, atenta contra los derechos de los comerciantes como: la igualdad ante la ley, derecho a una debida proporcionalidad y el derecho a la no discriminación.

Sexta: La falta de tipificación en la Ley Orgánica de Salud de una sanción acorde con la inversión de los establecimientos comerciales y pueda ser aplicada por la autoridad sanitaria competente a los propietarios de locales comerciales sujetos a vigilancia y control sanitario que no cumplen con la obtención del permiso de funcionamiento, ha provocado la vulneración de garantías y derechos de los comerciantes.

Séptima: En los Códigos y Leyes Generales de Salud de Honduras, Bolivia y Perú se encontró similitudes con la legislación de México, donde la autoridad sanitaria para la aplicación de sanciones administrativas pecuniarias a los contraventores deberá dictar resoluciones debidamente motivada y acorde a las siguientes reglas de calificación: a).- Los daños que se hayan producido o pueda producirse en la salud de las personas; b).- La gravedad de la infracción; c).- Las condiciones socio-económicas del infractor; d).- El beneficio obtenido por el infractor por resultado de la infracción;

Octava: En las legislaciones analizadas de las Repúblicas de México y de Perú es evidente que existen procedimientos y reglas que debe regirse la autoridad sanitaria competente para sancionar administrativamente a los

contraventores, tomando resoluciones fundamentadas, motivadas, justas y proporcionales acorde al bien jurídico afectado.

Novena: Con los resultados obtenidos mediante la aplicación de la técnica de la encuesta demuestro que el 100% de los encuestados afirman mi propuesta de reformas al artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud y se establezca sanciones pecuniarias proporcionales a los propietarios de establecimientos comerciales que no cumplen con la obtención del permiso de funcionamiento.

9 RECOMENDACIONES.

Primera: Propongo a la Asamblea Nacional mantener una armonía y conformidad entre la normativa de Salud y la Constitución de la República a fin de dar cumplimiento a las garantías, derechos y preceptos constitucionales.

Segunda: Sugiero a la Asamblea Nacional, considere la propuesta de reforma jurídica planteada a la Ley Orgánica de Salud, referente a establecer una sanción proporcional para los propietarios de los establecimientos comerciales que no obtengan el permiso de funcionamiento, permitiendo a la autoridad sanitaria graduar la sanción que impone a los propietarios de establecimientos comerciales y sea en proporción a los daños que ocasiona el cometimiento de la infracciones.

Tercera: Que el Ministerio de Salud Pública, conjuntamente con las Direcciones Provinciales, elaboren políticas que permitan socializar la normativa de sanidad con el fin de evitar el cometimiento de infracciones y por ende sanciones pecuniarias.

Cuarta: Que en las Direcciones Provinciales de Salud se exhiba para conocimiento de los interesados, los requisitos y pasos que establece el Reglamento para otorgar permisos de funcionamiento a los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario con el fin de evitar sanciones posteriores.

Quinta: Que las Direcciones Provinciales conjuntamente con las Comisarias de Salud y los Inspectores Sanitarios realicen controles con inspecciones periódicas a los establecimientos que según el Reglamento y la Ley están sujetos a vigilancia y control sanitario y determinar si poseen la autorización sanitaria respectiva. Para el funcionamiento.

Sexta: Que las Direcciones Provinciales de Salud conjuntamente con los Municipios, realicen un estudio de sectorización y sea expuesto a los interesados, en donde consten los sectores que se podrá autorizar el funcionamiento y traslado de ciertos establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario como: Moteles, Burdeles, establecimientos farmacéuticos, de producción, homeopáticos, plaguicidas entre otros.

Séptima: Que el Ministerio de Salud conjuntamente con las Instituciones afines, ejecuten políticas de control riguroso a los establecimientos que expenden y comercializan productos de consumo humano que funcionan sin la autorización necesaria, con el fin efectivizar el derecho universal de la salud consagrado en la Constitución de la república

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.



LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos, humanos garantizados en la Constitución y Tratados Internacionales.

Que: La Constitución de la República del Ecuador garantiza la debida proporcionalidad que debe existir entre infracciones y sanciones.

Que: La Ley Orgánica de Salud en su normativa faculta a las autoridades competentes otorgar el permiso para el funcionamiento de establecimientos comerciales y control y vigilancia del cumplimiento; caso contrario serán se impondrán sanciones pecuniarias.

Que: En la actualidad no existe una debida proporcionalidad de la pena pecuniaria impuesta a los propietarios de los establecimientos comerciales sujetos a control y vigilancia sanitaria; porque la multa consiste en cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador en General, que se impone por igual a todos los negocios sin ninguna

diferenciar la utilidad o actividad económica del establecimiento comercial.

Que: Al no existir la debida proporcionalidad en la imposición de multas a los propietarios de establecimientos comerciales y no diferenciarlos se estaría vulnerando el derecho a la debida proporcionalidad, el derecho de la igualdad ante la ley, y no discriminación.

Que: Es necesario incorporar reformas a la Ley Orgánica de Salud, que permita garantizar los derechos fundamentales de los comerciantes y la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad.

En uso de las atribuciones que confiere el Artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República, expide lo siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DE SALUD.

Artículo 1.- En el Artículo 254, cámbiese “Sanción pecuniaria.- Serán sancionados con multa de uno a veinte Salarios Básicos Unificados del Trabajador en General, el incumplimiento de lo dispuesto en el Art. 130 y 134 de esta Ley”.

Artículo 2.- A continuación del Art. 254, agréguese uno que dirá:

“Art. 254.1.- Proporcionalidad de la multa; para la imposición de la sanción se considerará lo siguiente:

1. Los daños que se hayan producido o pueda producirse en la salud de las personas.
2. La gravedad de la infracción.
3. La calidad de reincidencia del infractor.
4. El beneficio que obtenga el infractor por resultado de la infracción.

“Art. 254.2.- Para la proporcionalidad de la multa se observará siempre las condiciones socio económicas del infractor”

Artículo Final: La presente reforma entrará en vigencia a partir de la publicación del Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los dos días del mes de junio del 2012.

f). Presidente de la Asamblea Nacional

f). Secretario

10 BIBLIOGRAFÍA.

1. ACUERDO MINISTERIAL, Nro. 131, Directora General de Salud Dra. Carmen Laspina Arellano, Quito, 2007
2. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El Principio de Legalidad Vs. El Principio de Proporcionalidad.
3. BERNAL PULIDO, Carlos, La Racionalidad de la Ponderación, Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, Quito-Ecuador, 2008.
4. BERNAL PULIDO, Carlos, Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Madrid, 2007.
5. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Argentina, 2002.
6. CÓDIGO DE COMERCIO. Corporaciones de Estudios y Publicaciones. Quito.2009.
7. CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2010.
8. CONDINO Sergio, Diccionario Jurídico Consultor Mago, Derechos Humanos. Convenio Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
9. CONDINO Sergio, Diccionario Jurídico Consultor Mago, Derechos Humanos. Declaración Universal de Derechos Humanos.
10. CONSTIUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador 2010.
11. Cursos. Uexternado.edu.co/contaduría/programas/derechoccial.Htm.

12. DURÁN RAMÍREZ, Felipe, Diccionario Hispanoamericano de Derecho, Edit., Colombia, 2011.
13. FERRAJOLI, Luigi, Derechos fundamentales, Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2007.
14. GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit., Astrea, Buenos Aires, 1989.
15. [http:// Definiciones de /Comercio/](http://Definiciones.de/Comercio/)
16. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009.
17. LEY ORGÁNICA DE SALUD, Registro Oficial Suplemento. Quito, Ecuador. 2006.
18. MICROSOFT, Encarta 2010, Enciclopedia Informática, On Line.
19. Portal.uclm.es/ La Proporcionalidad de las Penas, Ivonne Yenissey Rojas.
20. REGLAMENTO PARA OTORGAR PERMISOS DE FUNCIONAMIENTO A LOS ESTABLECIMIENTOS SUJETOS A VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO. Acuerdo Ministerial Nro. 0818, Ministra de Salud Carolin Chang, Quito, 2008.
21. SÁNCHEZ GIL, Rubén, Principio de Proporcionalidad, Unam, 1ra. Edición, México, 2007.
22. SÁNCHEZ, Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Edit., Casa de la Cultura, Ambato, 1989.

23. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, La resolución de conflictos entre derechos fundamentales, Principios de Proporcionalidad y la interpretación Constitucional, Quito, 2008.
24. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf, Ley General de Salud de México.
25. www.fmmeduacion.com.ar/Historia/.../1789derechos.htm.
26. www.ila.org.pe/publicaciones/compil_bolivia/cod_sal_bol.ppt, Código de Salud de Bolivia.
27. [www.jir-abogados.com/principio de proporcionalidad](http://www.jir-abogados.com/principio_de_proporcionalidad).
28. www.luisbonilla.com/temas/368.htm - España
29. www.poderjudicial.gob.hn/.../%20Salud, Código de Salud de Honduras.
30. www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/index-indice.htm, Ley General de Salud de Perú.
31. ZAVALA EGAS, Jorge, Apuntes sobre Neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, Guayaquil, Ecuador, 2009.

11 ANEXOS.

11.1. Banco de Preguntas de la Encuesta y la Entrevista.



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO.

Señor Profesional: Con la finalidad de optar por el Grado de Licenciado en Jurisprudencia, me encuentro realizando un trabajo de investigación jurídica titulado: **“LA APLICACIÓN DE LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LAS INFRACIONES Y PENAS PECUNIARIAS ESTABLECIDAS EN LA LEY ORGÁNICA DE SALUD PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS COMERCIANTES”**, por lo que solicito comedidamente que en base a su conocimiento y experiencia profesional se sirva contestar el siguiente cuestionario:

CUESTIONARIO

1. ¿Podría indicar usted, cual es la finalidad del principio de proporcionalidad en relación a la infracción y sanción?

.....

.....

.....

.....

.....

2. ¿Considera usted, que existe una debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones pecuniarias tipificadas en la Ley Orgánica de Salud?

Si () No ()

¿Porqué?.....
.....
.....
.....

3. El Art. 254 de la Ley Orgánica de Salud sanciona con multa de 5 salarios Básicos Unificados del Trabajador en General a los propietarios de establecimientos comerciales sujetos a control sanitario que no cumplen con el permiso de funcionamiento, sin distinción de pequeño o grande negocio. ¿Está usted de acuerdo con la sanción impuesta a todos los comerciantes por igual?

Si..... () No..... ()

Fundamente su respuesta

.....
.....
.....

4. La imposición de sanciones pecuniarias desproporcionales a los propietarios de negocios sin distención alguna, ¿Qué derecho que a continuación detallo, cree usted que se vulnera?

d) Derecho a la igualdad ante la ley ()

e) Derecho a la no discriminación ()

f) Derecho a una debida proporcionalidad ()

Otros.....
.....
.....

5. Los establecimientos comerciales con grandes inversiones por ser la multa un monto insignificante de cinco Salarios Básicos Unificados del Trabajador al no obtener el permiso de funcionamiento evaden el trámite respectivo, hecho que conllevaría a grandes peligros de la salud de los consumidores. ¿considera usted que debe modificarse la multa?

Si () No ()

¿Porqué?.....
.....
.....
.....
.....

6. ¿Está usted de acuerdo que se establezca una propuesta de reforma a la Ley Orgánica de Salud, estableciendo sanciones pecuniarias a los establecimientos comerciales que no cumplen con la obtención del permiso de funcionamiento de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del negocio sujeto a control y vigilancia sanitaria?

Si () No ()

¿Porqué?.....
.....
.....
.....



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA A PROFESIONALES DEL DERECHO.

Señor Profesional: Con la finalidad de optar por el Grado de Licenciado en Jurisprudencia, me encuentro realizando un trabajo de investigación jurídica titulado: **“LA APLICACIÓN DE LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LAS INFRACIONES Y PENAS PECUNIARIAS ESTABLECIDAS EN LA LEY ORGÁNICA DE SALUD PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS COMERCIANTES”**, por lo que solicito comedidamente que en base a su conocimiento y experiencia profesional se sirva contestar el siguiente cuestionario:

Presentación del entrevistador y motivación de la entrevista

CUESTIONARIO.

1. Cree usted que existe una debida proporcionalidad en el momento de sancionar pecuniariamente a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte del Director General de Salud.

.....

.....

.....

.....

2. Podría indicar usted, en al momento de aplicar sanciones pecuniarias establecidas en la Ley Orgánica de Salud a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento a todos por igual vulneraría el principio constitucional de proporcionalidad.

.....
.....

3. Cree usted que existe vulneración al principio de proporcionalidad reconocido por nuestra Constitución al momento de aplicar las sanciones pecuniarias a los establecimientos comerciales que no cumplen con el permiso de funcionamiento.

.....
.....

4. Considera usted que la aplicación de la sanción a los establecimientos comerciales sujetos al control sanitario que no cumplen con el permiso de funcionamiento, por parte del Director General de Salud es desproporcional y afectaría a los propietarios de pequeños negocios por ser excesiva e injusta, y favorecería a los grandes negocios por ser insignificante.

.....
.....
.....

5. Cree usted que se debe aplicar el principio de proporcionalidad reconocido constitucionalmente, en el momento de sancionar pecuniariamente a los establecimientos que no cumplen con el permiso de funcionamiento por parte del Director General de Salud.

.....
.....

6. Apoyaría usted una reforma a la Ley Orgánica de Salud al Art. 254, en donde establezca sanciones pecuniarias proporcionales a los establecimientos comerciales que no cumplen con la obtención del permiso de funcionamiento de conformidad al principio constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del negocio sujeto a control y vigilancia sanitaria.

.....
.....
.....
.....

11.2. Proyecto de tesis aprobado.

1. TÍTULO:

“LA APLICACIÓN DE LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LAS INFRACCIONES Y PENAS PECUNIARIAS ESTABLECIDAS EN LA LEY ORGÁNICA DE SALUD PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS COMERCIANTES”.

2. PROBLEMATICA:

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 76, numeral 6 estipula: “La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. Sin embargo esta garantía no se cumple en la aplicación del artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud que sanciona con multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general el incumplimiento artículo 130 de la indicada Ley que señala: “Los establecimiento sujetos a control sanitario para su funcionamiento deberán contar con el permiso otorgado por la Autoridad Sanitaria Nacional. El permiso de funcionamiento tendrá vigencia un año”.

La sanción establecida es completamente desproporcional, ya que no considera el monto de inversión del establecimiento; es decir, no hace ninguna diferencia entre un supermercado y una tienda, entre un pequeño restaurant y una hostería, o entre una clínica y un consultorio médico particular. Todos estos establecimientos que no obtengan el

permiso de funcionamiento se los sanciona por igual con cinco salarios básicos unificados del trabajador en general.

La falta de proporcionalidad en esta sanción es evidente y absolutamente incoherente ya que la multa para unos establecimientos es excesiva, al punto de calificarla como injusta. En cambio para otros es demasiado sutil. Por lo tanto, entraña discriminación, desigualdad e impunidad; porque un establecimiento con inversión pequeña, la multa significa un costo demasiado elevado y muchas de las veces imposible de pagar. Los establecimientos con grandes inversiones, por ser la multa un monto insignificante, evaden de realizar el trámite respectivo para la obtención del permiso de funcionamiento, hecho que conlleva grandes peligros para la salud al existir en funcionamiento establecimientos sin la autorización respectiva.

3. JUSTIFICACIÓN.

El presente trabajo de investigación jurídica, se justifica, porque demostrare y explicare la necesidad de reformar la sanción establecida en el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, al entrañar vulneración al principio constitucional de proporcionalidad establecido en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, así como el artículo 424 establece: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia

jurídica”. Por ello es necesaria la reforma de la Ley, a fin de que esta mantenga armonía con la Constitución y se establezca el principio de proporcionalidad en la multa que se imponga.

La investigación jurídica a realizarse, es trascendental, por su análisis al cumplimiento del principio de proporcionalidad y problemática que se deriva de su vulneración, en la multa establecida a través del artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud a los establecimientos sujetos a control y vigilancia sanitaria que incumplan el artículo 130 de la Ley citada, especialmente en lo que tiene que ver con la obligatoriedad del Estado para con sus ciudadanos y velar por su bienestar, por un desarrollo integral y justo sin violentar el derecho a la salud, trabajo y principios constitucionales.

Se deduce por lo tanto que la problemática tiene importancia social y jurídica para ser investigada en procura de establecer una sanción justa al incumplimiento del artículo 130 de la Ley Orgánica de Salud, de conformidad al principio de proporcionalidad.

Es factible porque con la utilización de métodos, procedimientos y técnicas se realizará la investigación socio jurídica de la problemática a investigar. Al existir doctrina y jurisprudencia suficiente sobre el principio de proporcionalidad, bibliografía y casos prácticos sobre las sanciones impuestas a establecimientos sujetos a control y vigilancia sanitaria por incumplimiento al artículo 130 de la Ley Orgánica de Salud.

4. OBJETIVOS:

4.1. OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio jurídico y doctrinario de la proporcionalidad establecido, entre las infracciones y penas pecuniarias tipificadas en la Ley Orgánica de Salud.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

4.2.1. Demostrar la vulneración del principio de proporcionalidad establecido en numeral 6 del artículo 76 de la Constitución, al aplicarse la sanción impuesta en el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud por incumplimiento del artículo 130 de la indicada Ley.

4.2.2. Identificar los efectos que produce la falta de la debida proporcionalidad de la sanción impuesta en el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, por incumplimiento al artículo 130 de la indicada Ley.

4.2.3. Presentar una propuesta legal para reformar el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud, estableciendo sanciones de conformidad al principio de constitucional de proporcionalidad en relación a la inversión, actividad o utilidad del establecimiento sujeto al control y vigilancia sanitaria.

5. HIPÓTESIS.

Las penas pecuniarias de las infracciones tipificadas en la Ley Orgánica de Salud, son desproporcionales porque se imponen la misma multa por incumplimiento del permiso de sanidad del negocio del pequeño comerciante al igual que los propietarios de grandes negocios, lo cual genera desigualdad y discriminación ante la ley.

6. MARCO TEÓRICO.

Definición de Salud.- “La Salud es el estado del que no se tiene ninguna enfermedad”⁸².

Según el Diccionario Latino Americano de Derecho, la Salud es “Un estado de bienestar físico, mental, y emocional, de suerte que el ser puede ejercer normalmente sus funciones y desarrollar sus actividades. Condición física de un organismo en momento determinado”⁸³.

Salud Pública.- Estado general de los pobladores de un país en cuanto a su bienestar físico, mental y emocional se refiere. El mantenimiento y promoción de dicho bienestar es de interés del Estado, sección o departamento estatal a cargo de preservar e impulsar la salud de los habitantes, tomando las medidas, adelantando las acciones e imponiendo las normas necesarias para ello.

Recopilando estas definiciones, se puede llegar a la conclusión que la salud es el estado que se encuentra un ser humano que no pose enfermedad alguna, es

⁸² LÓPEZ, Olga, Gran Diccionario Enciclopédico Visual, Pev-latros Ediciones Ltda, Colombia, 1995, Pág. 1148.

⁸³DURÁN, Felipe, Diccionario Hispanoamericano de Derecho, Edit., Colombia, 2011, Pág. 2072

decir física, mental y emocionalmente equilibrado, para poder ejercer sus funciones y desarrollarse con plenitud en el cumplimiento de sus actividades.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Art. 12 describe *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...”* El derecho a la salud se relaciona con el derecho fundamental de todas las personas a la vida y a vivir en dignidad. Significa que las personas tienen derecho a gozar del nivel más alto posible de salud, pero no se limita a ello. La Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) define el derecho a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social” que “consiste no solamente del acceso a la atención médica, sino también del acceso a todos los bienes y servicios que son esenciales para una vida saludable o que conducen a ella”. Una vivienda segura, un medio ambiente limpio, una alimentación adecuada e información correcta sobre la prevención de enfermedades son las bases de una vida saludable. El derecho a la salud también implica que las personas tengan control sobre su cuerpo y su salud⁸⁴.

En el Art. 32 de la Constitución de la República del Ecuador consagra el Derecho a la Salud que “La Salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, alimentación, la educación la cultura física, trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustenten el buen vivir.

⁸⁴ WARREN. Josiah.<http://es. De Wiki pedía la Enciclopedia libre.Org/Wiki/ Pacto Internacional de Derechos Económicos>.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión de programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de la salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”⁸⁵.

En la Ley Orgánica de Salud en el Art. 1, establece con suma claridad que “la presente Ley tiene como finalidad regular las acciones que permiten efectivizar el derecho universal a la Salud consagrado en la Constitución de la República y la ley” y debe regirse de acuerdo a los principios estipuladas a actual Constitución de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia; eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”⁸⁶.

La presente Ley en materia la define a la salud en su Art, 3 cómo “La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde el Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambiente, entornos y estilos de vida saludables”⁸⁷.

⁸⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2010, Art. 32.

⁸⁶ LEY ORGÁNICA DE SALUD, Registro Oficial Suplemento. Quito Ecuador. 2006, Art. 1.

⁸⁷Ibídem, Art. 3.

De acuerdo a los enunciados podemos concluir que la salud es el estado que se encuentra un ser humano que no pose enfermedad alguna, es decir física, mental y emocionalmente equilibrado, para poder ejercer sus funciones y desarrollarse con plenitud en el cumplimiento de sus actividades.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como la Organización Mundial de la Salud reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental de todas las personas a la vida y a vivir en dignidad. Significa que las personas tienen derecho a gozar del nivel más alto posible de salud; y los Estados miembros deben proteger este derecho, garantizando que todo el mundo dentro de su jurisdicción, tenga acceso a los factores determinantes de la salud, como agua potable, saneamiento, alimentación, nutrición y vivienda, y por medio de un sistema global de atención sanitaria, que está a disposición de todos, sin discriminación alguna, y económicamente accesible para todos.

Este derecho a la Salud es reconocido por nuestra constitución en el Art. 32, describiendo que el estado es el llamado a garantizar el cumplimiento de este derecho, mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; como también la Ley Orgánica de Salud en su Art.1, prescribe que su principal finalidad es de regular las acciones que permitan efectivizar el cumplimiento de este derecho constitucional.

Las Penas. Conceptos.- La pena, como categoría sustancial, e imprescindible de Derecho Penal, muy concretamente significa: “Disminución de un bien

jurídico con que se amenaza y que se aplica a quien viola un precepto legal"⁸⁸.

Para Cabanellas, la pena es una "Sanción, previamente establecida por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados"⁸⁹.

El mismo Cabanellas, dice que "Etimológicamente «pena» procede del latín *poena*, derivado a su vez del griego *poine* o *penan*, donde significa dolor, trabajo, fatiga, sufrimiento"⁹⁰.

Según el Dr. Manuel Sánchez Zuraty, la pena es la "Sanción establecida en la ley para castigar los delitos tipificados legalmente"⁹¹.

Recopilando estas definiciones, se puede colegir entonces que la pena se rige como la consecuencia inmediata de la infracción que recae sobre el autor de la acción punible. La pena en general significa sufrimiento, castigo, dolor para el reo, buscando que de esta manera compense el mal causado, así como enmiende su conducta, cuando se trata de penas orientadas a la rehabilitación del reo.

Pena pecuniaria.-En otros casos se aplican penas pecuniarias que es la disminución de su patrimonio personal cuando han contravenido las normativa legal vigente como es el caso de la presente investigación, donde la pena que aplica el artículo 254 de la Ley Orgánica de Salud que consiste en la imposición de una multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, el incumplimiento al artículo 130 de la Ley en materia, sanción que es completamente desproporcional, ya que no considera el

⁸⁸ GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit., Astrea, Buenos Aires, 1989, Pág.301

⁸⁹ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Argentina, 200, Pág. 301

⁹⁰Ibidem. Pág.281

⁹¹ SÁNCHEZ, Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Edit., Casa de la Cultura, Ambato, 1989, Pág. 312

monto de inversión del establecimiento; es decir no hace ninguna diferencia entre un supermercado y una tienda, entre un pequeña restaurante y una hostería, o entre una clínica y un consultorio médico particular. Todos estos establecimientos que no obtengan el permiso de funcionamiento se los sanciona por igual con cinco salarios básicos unificados del trabajador en general⁹².

La falta de proporcionalidad en esta sanción es evidente y absolutamente incoherente ya que la multa para unos establecimientos es excesiva, al punto de calificarla como cruel. En cambio para otros es demasiado sutil. Por lo tanto entraña impunidad; porque un establecimiento con inversión pequeña, la multa significa un costo demasiado elevado y muchas de las veces imposible de pagar. Los establecimientos con grandes inversiones, por ser la multa un monto insignificante, evaden de realizar el trámite respectivo para la obtención del permiso de funcionamiento, hecho que conlleva grandes peligros para la salud al existir en funcionamiento establecimientos sin la autorización respectiva.

La pena como consecuencias.- La pena es la consecuencia que la ley señala cuando se ha producido el quebrantamiento de la norma. Intrínsecamente, es una pérdida o menoscabo de derechos personales que sufre el autor de la transgresión.

Mirada exclusivamente desde el punto de vista del infractor, la pena puede ser considerada un mal; no así, ciertamente, desde el punto de vista social.

⁹² CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, Pág. 327

Es entonces la pena la disminución de un bien jurídico con que se amenaza y que se aplica a quien vulnera un precepto legal.

Fines de la pena.- La pena tiene algunos fines esenciales:

Primer fin.- El de castigar a quien infringe la ley penal impuesta por el Estado. Justamente la pena es aplicada en la ejecución del derecho de castigar que como punto básico del contrato social se ha reservado el Estado para sí.

Segundo fin.- Es el de disuadir a los otros hombres de incurrir en conductas punibles; es así que la proporcionalidad de la pena, debe contemplarse en el sentido que signifique una amenaza lo suficientemente fuerte y proporcional entre la infracción y la pena, de manera que obligue a cumplir y respetar la normativa legal vigente.

Tercer fin.- Es justamente la reeducación del infractor, la preparación de éste para su reinserción social. Se aspira a que el sufrimiento físico, psíquico, moral y pecuniario que conlleva la pena, sin que llegue a ser denigrante, contribuya a que el sujeto reflexione acerca de la necesidad de dirigir sus acciones hacia el bien social.

Se entiende entonces que la pena se erige como la consecuencia jurídica inmediata del delito que recae sobre el autor de la acción punible. La pena en general significa sufrimiento, castigo, dolor para el infractor, buscando que de esta manera compense el mal causado, así como que enmiende su conducta en beneficio del ser colectivo al que se debe.

Son principios benignos de la pena, y en general de la sanción penal y administrativa, los que contempla la nueva Constitución ecuatoriana, aunque sabemos perfectamente que el fin primordial de la pena, como dice Zavala Vaquerizo, es ejercer la potestad punitiva del Estado, aplicando el castigo que el legislador estima apropiado para quien ha incurrido en las conductas previstas en la ley.

Principio de Proporcionalidad.

Históricamente el derecho, constitucionalismo y derechos humanos, son el resultado de una larga lucha en contra del absolutismo del poder, fuente de guerras y desigualdades, donde la Ley del más fuerte que sería propia del Estado de naturaleza, atenta contra los derechos de las personas y una adecuada protección de la Ley⁹³. Así los principios establecidos son una garantía frente a prácticas de marginación y desigualdad en la aplicación de justicia o a la indebida aplicación de una norma. Por lo que la existencia del principio de proporcionalidad, garantiza la verdadera aplicación del derecho, constituyéndose un claro mecanismo de apoyo frente a los abusos del poder.

El principio de proporcionalidad.- El principio de proporcionalidad en la era moderna, combina elementos característicos de la justicia del caso concreto y mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal en la lógica de la moderación en el ejercicio del poder. La razón de ser, pues, de la prohibición de exceso o proporcionalidad, reside

⁹³ FERRAGOLI, Luigi, sobre los Derechos Fundamentales, Teoría del Neo constitucionalismo, Madrid, Trotta-España, 2007, Pág. 87

en la necesidad de legitimar la acción estatal por el fin al que sirve, el cual determinará el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse, para evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención pública.

Además, la fundamentación más sólida del principio de proporcionalidad “es aquella según la cual, debe considerarse como un concepto implicado por el carácter jurídico de los derechos fundamentales con la idea de la justicia, con el principio del Estado de Derecho y con el principio de interdicción de arbitrariedad”⁹⁴.

Como no se puede determinar a priori o en abstracto el contenido esencial de un derecho fundamental, por ejemplo, el derecho de expresión o el derecho de asociación, la determinación de dicho contenido es objeto de fundamentación, y es aquí donde el principio de proporcionalidad es el criterio metodológico que brinda la máxima racionalidad y establece un rango de posibilidades para interpretar y concluir de la mejor manera frente al problema suscitado en el derecho analizado. Nuevamente, es importante subrayar cómo el principio de proporcionalidad opera como criterio estructural de razonamiento jurídico; mediante este principio se puede concretar y fundamentar la norma adscrita relevante en el caso concreto.

Que el principio de proporcionalidad sea la regla que determine el resultado del juicio sobre la prevalencia de un principio a costa del sacrificio de otro

⁹⁴ BERNAL, Carlos, Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid-España, 2007, Pág. 45

tiene que ver con el hecho de que no hay obligación alguna de sacrificar un derecho subjetivo si no es en beneficio del imperio de un criterio de justicia material. Sin embargo, más allá de lo estrictamente necesario, se justifica restringir el derecho subjetivo en forma proporcionada para que ese criterio de justicia material se concrete. Por ejemplo, se debe sacrificar el derecho al disfrute de la renta producida por el trabajo personal contribuyendo al Estado para que desarrolle la obra de prestación de servicios públicos a que tienen derecho los demás.

El derecho español es un modelo en el uso del principio de proporcionalidad ya que en su jurisprudencia reposan los principales fundamentos del principio de proporcionalidad que el Tribunal Constitucional toma para fundamentar sus decisiones en casos penales, sanciones y requisitos procesales.

El principio de proporcionalidad en el Ecuador.- Nuestro país, al no estar aislado a estos resultados de las luchas por los derechos humanos, con la Constitución de 1998, el Ecuador se regía bajo una concepción ideológica de un Estado liberal de derecho, en el que el poder público actúa conforme a la ley, donde desaparece la voluntad del gobernante y se entroniza el gobierno de la ley que es la expresión de la voluntad del pueblo soberano. Desde esta fecha nace el Estado constitucional con fuertes elementos del Estado garantista en donde prevalecen los derechos fundamentales, un sistema de garantías normativas y judiciales y se mantiene un rezago de una concepción legal del Estado.

Sin embargo, se dejó sentado como una garantía del debido proceso el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones, pues de acuerdo a esta disposición debe haber primero un criterio entre la gravedad de la infracción y la proporcionalidad con la pena que se aplique al caso específico, sea en materia penal, administrativo o de cualquier otra naturaleza. Es obvio que si la pena es proporcionalmente inferior a la infracción se podría hablar que existe cierta impunidad; en cambio, si la pena es sustancialmente más grave que la infracción se estaría rayando en campo de las penas crueles.

La proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana.- El nuevo rol de los jueces en el Ecuador es de un papel fundamental en la administración de justicia. Por lo tanto, los derechos de las personas deben tener como garantes a las cortes, tribunales y jueces pues son ellos los que aplican la normativa jurídica día a día. El poder Judicial cumple un rol fundamental frente al poder del Ejecutivo y del Legislativo, pues es como un mediador que tercia entre los excesos o el desconocimiento que consciente o inconscientemente se cometen por parte de los otros dos poderes y hacer respetar el principio de proporcionalidad de la pena, contemplado como derecho universal y que consta como una cualidad indiscutible de la pena, atribuida por la doctrina y que en nuestro país se encuentra establecido en la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 6 del Art. 76 de acuerdo al siguiente texto: "La ley establecerá la debida proporcionalidad

entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza"⁹⁵.

Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por el principio de su eficacia directa, que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un derecho fundamental o constitucional. Esa es la importancia de la Constitución como norma suprema para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático. Pudiera darse el caso en que se requiera del dictado de una ley, para hacer operativo el reclamo, por ejemplo, por la vulneración de un principio constitucional.

Así los jueces son aquellos servidores públicos, quienes creen en mayor grado en la necesidad de que los seres humanos puedan ejercer sus derechos. Esto reviste de un compromiso ético y de una probidad que acompañada del conocimiento jurídico y las convicciones democráticas deben operar en la defensa del ser humano y la protección de su dignidad y autonomía. Sin alejarnos del tema planteado, vale decir, que es el juez o la jueza una persona que presupone sapiencia jurídica, cultura humanista y sensibilidad democrática para un fin muy particular en la salvaguarda de los derechos humanos y cuando le corresponde pronunciarse aplicando.

Vigilancia y Control Sanitario.

⁹⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ley Cit. Art. 76, Pág. 56

Según el Art. 129 de la Ley Orgánica de Salud prescribe “El cumplimiento de las normas de vigilancia y control sanitario es obligatorio para todas las instituciones, organismos y establecimientos públicos y privados que realicen actividades de producción, importación, exportación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización y expendio de productos de uso y consumo humano; Las normas de vigilancia y control sanitario de aplican también a los servicios de salud pública y privados, con o sin fines de lucro, autónomos, comunitarios y de las empresas privadas de salud y medicina prepagada”⁹⁶, el Art. 130 manifiesta “Los establecimientos sujetos a control sanitario para su funcionamiento deberán contar con el permiso otorgado por la autoridad sanitaria nacional. El permiso de funcionamiento tendrá vigencia de un año calendario”⁹⁷.

De los Artículos transcritos de la Ley Orgánica de Salud, se desprende que es obligatorio para todas las instituciones, organismos y establecimientos públicos y privados que realicen actividades de producción, importación, exportación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización y expendio de productos de uso y consumo humano, el cumplimiento de las normas de vigilancia y control sanitario, como el permiso de funcionamiento que es otorgado por la autoridad sanitaria nacional que tendrá vigencia de un año calendario; caso contrario deberá sujetarse a la sanción pecuniaria correspondiente que se encuentra tipificada en la Ley antes mencionada.

⁹⁶LEY ORGÁNICA DE SALUD, Registro Oficial Suplemento. Quito Ecuador. 2006, Art. 129.

⁹⁷Ibídem. Art. 130.

Registro Sanitario.- Es la certificación otorgada por la autoridad sanitaria nacional, para la importación, exportación y comercialización de los productos de uso y consumo humano señalados en el artículo 137 de la Ley Orgánica de Salud. Dicha certificación es otorgada cuando se cumpla con los requisitos de calidad, seguridad, eficacia y aptitud para consumir y usar dichos productos cumpliendo los trámites establecidos en la presente Ley y sus reglamentos. Y de acuerdo a lo estipulado en el Art. 137 de la Ley en materia “Están sujetos a registro sanitario los alimentos procesados, aditivos alimentarios, medicamentos en general, productos nutracéuticos, productos biológicos, naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y productos dentales; dispositivos médicos, reactivos bioquímicos y de diagnóstico, productos higiénicos, plaguicidas para uso doméstico e industrial, fabricados en el territorio nacional o en el exterior, para su importación, exportación, comercialización, dispensación y expendio, incluidos los que se reciban en donación”⁹⁸. Y el Art. 138 manifiesta “La autoridad sanitaria nacional a través de su organismo competente, Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta Pérez, quien ejercerá sus funciones en forma desconcentrada, otorgará, suspenderá, cancelará o reinscribirá el certificado de registro sanitario, previo el cumplimiento de los trámites, requisitos y plazos señalados en esta Ley y sus reglamentos, de acuerdo a las directrices y normas emitidas por la autoridad sanitaria nacional, la misma que fijará el pago de un importe para la inscripción y reinscripción de dicho certificado de registro sanitario, cuyos valores estarán

⁹⁸ LEY ORGÁNICA DE SALUD, Ley Cit. Art. 137

destinados al desarrollo institucional, que incluirá de manera prioritaria un programa nacional de control de calidad e inocuidad posregistro⁹⁹.

De conformidad a estos artículos de la Ley Orgánica de Salud todos los establecimientos o negocios que expendan y comercialicen productos de consumo humano deberán tener el Registro Sanitario, y la autoridad sanitaria a través de sus organismos competentes es quien ejercerá sus funciones en forma desconcentrada, otorgará, suspenderá, cancelará o reinscribirá el certificado de registro sanitario, previo el cumplimiento de los trámites, requisitos y plazos señalados en esta Ley y sus reglamentos.

El Comercio. Definiciones:

El término comercio proviene del concepto latino **commercium** y se refiere a la negociación que se entabla al comprar o vender géneros y mercancías. También se denomina comercio a la tienda, almacén o establecimiento comercial, y al conjunto o clase de comerciantes.

En otras palabras, el comercio es la actividad socioeconómica que consiste en la compra y venta de bienes, ya sea para su uso, para su venta o para su transformación. Se trata de la transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor (que puede ser dinero).

El comerciante es la persona física o jurídica que vive del comercio, es decir, que utiliza a las transacciones comerciales como su medio de vida.

⁹⁹LEY ORGÁNICA DE SALUD, Ley Cit. Art. 138

Existen distintas clases de comercio. Por ejemplo, el comercio minorista (también conocido como comercio al por menor) es la actividad de compra y venta de mercancías cuyo comprador es el consumidor final (es decir, quien usa o consume el bien).

“El comercio mayorista (o comercio al por mayor) es la actividad de compra-venta cuyo comprador no es el consumidor final, sino que tiene el objetivo de vender la”¹⁰⁰.

Definición del Acto de Comercio.-Un acto de comercio es una adquisición a título oneroso (es decir, que debe ser pagada) de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, que se realiza para lucrar con su enajenación. Esta ganancia puede obtenerse a partir del mismo estado en que se adquirió la cosa mueble o tras haberla dotado de otra forma que incrementó o disminuyó su valor.

El acto de comercio es un acto jurídico que permite distinguir los casos que pertenecen al derecho mercantil de los casos que se encuentran bajo la esfera del derecho civil. Un acto jurídico es un acto voluntario que se realiza con el objetivo de establecer relaciones jurídicas entre las personas para crear, modificar o extinguir derechos”¹⁰¹.

De acuerdo a las definiciones anotadas el comercio es una actividad de negociación que se realiza al comprar o vender géneros y mercancías fuera o dentro de una de una tienda, almacén o establecimiento comercial por una

¹⁰⁰[http:// Definiciones de /Comercio/](http://Definiciones.de/Comercio/)

¹⁰¹Ibidem.

persona sea esta natural o jurídica quién ha hecho de esta actividad es sustento de vida.

Comerciante.- Se considerarán comerciantes a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, domiciliadas en el Ecuador, que intervengan en el comercio de muebles e inmuebles, que realicen servicios relacionados con actividades comerciales, y que, teniendo capacidad para contratar, hagan del comercio su profesión habitual.

Esta actividad comercial aparece justificado por nuestra propia Constitución en el Capítulo VI Derechos de Libertad, Art. 66, numeral 15 el cual manifiesta: “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”; reconociendo así, el derecho de realizar cualquier actividad económica sea individual o colectivamente para alcanzar un fin común”¹⁰².

Y de acuerdo a nuestra legislación en el Art. 1 del Código de Comercio “Rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes”¹⁰³.

Son actos de comercio de conformidad al Art. 3 del Código antes citado que prescribe claramente “Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente”: numeral 1 “La

¹⁰² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 66

¹⁰³ CÓDIGO DE COMERCIO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador. 2012. Art. 1

compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias”; numeral 2 “La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil”; numeral 4 “Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes”¹⁰⁴.

De los artículos antes mencionados del Código de comercio, especifica claramente, que son actos de comercio las actividades comerciales realizadas por los comerciantes o por alguno de ellos: las compras o permutas de cosas muebles hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas, dentro o fuera de los establecimientos de comercio como almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; negocios que deben someterse al cumplimiento de las normas de vigilancia y control sanitario obligatorio, para obtener el permiso de funcionamiento emanado por la autoridad sanitaria nacional, que se encuentra tipificado en el Art. 130 de la Ley Orgánica de Salud, y en caso de incumplimiento, está sancionado por el Art. 254 de la ley en materia.

¹⁰⁴ CÓDIGO DE COMERCIO. Ley Cit. Art. 3

7. METODOLOGÍA.

Para la realización del presente trabajo investigativo utilizaré los diferentes métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona; es decir, las formas o medios que nos permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos a través de los métodos científico, inductivo y deductivo.

7.1. Métodos.

Los expertos en investigación han determinado la existencia de varios métodos, todos ellos, de fácil aplicación a cualquier tipo de investigación, sin embargo, es el criterio epistemológico de los investigadores lo que determina la utilización de tal o cual método para llevar a cabo este proceso.

Bajo estas consideraciones, en la presente investigación utilizaré diferentes métodos y técnicas aplicado a las ciencias jurídicas, que implica que determinemos el tipo de investigación que queremos realizar; en el presente caso me propongo realizar una investigación socio-jurídica, que se concreta en una investigación del Derecho tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; esto es, relativo al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales.

De modo concreto procuraré efectivizar el cumplimiento de la Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales y que

Método Científico, es el instrumento adecuado que permite llegar al

conocimiento de los fenómenos que se producen en la sociedad.

Método Inductivo y Deductivo, que me permitirá conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo particular a lo general y viceversa.

Método Histórico, me permitirá conocer el pasado del problema, su origen y evolución; y así, realizar una diferencia con la realidad que actualmente vivimos, así como la historia y evolución de las normas legales.

Método Descriptivo, compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema; y, demostrar los vacíos existentes.

Método Analítico, servirá para estudiar el problema enfocando el punto de vista social, jurídico y político; y, analizar sus efectos.

Método Sintético, me permitirá sintetizar lo que dice un autor, reduciendo al máximo la cita. (Cita contextual)

Método Exegético, el mismo que me permitirá la aclaración e interpretación de las normas legales.

Método Estadístico, que me permitirá demostrar la realidad objetiva a través de cuadros estadísticos.

Método Mayéutico, que me servirá para elaborar el banco de preguntas de la encuesta y entrevista.

7.2. Procedimientos y Técnicas.

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis de lo que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico y documental; y, de técnicas de acopio empírico como la encuesta y la entrevista.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión de los propietarios de locales comerciales que están sujetos al control sanitario, conocedoras de la problemática. Previo al muestreo poblacional siguiente:

$$e = 10\% = 0.1 \quad \text{margendeerror}$$

$$N = 2.400 \quad \text{Población}$$

$$n = \quad \text{Tamañodelamuestra}$$

$$n = \frac{2400}{1+2400(0.1)^2} = n = \frac{2400}{1+2400(0.1)^2} \quad n = \frac{2400}{1+24} \quad n = \frac{2400}{25} = 96$$

$n = 96$ encuestados o tamaño de muestra.

Los resultados de la investigación se presentarán en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirven para la construcción del marco teórico y la verificación de objetivos y contrastación de la hipótesis, y para arribar a conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución del problema planteado.

7.3. Esquema Provisional del Informe.

El informe social socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico, en actual vigencia, que establece: Resumen en castellano, Traducido al inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Materiales, Métodos, Resultados, Discusión, Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía y Anexos.

Acopio Teórico;

- a) Marco Conceptual: El principio de proporcionalidad; los subprincipios de proporcionalidad; Las infracciones; Las penas; Pena pecuniaria; Penología; El Comercio, Derecho Comercial; Negocio, definición; Derecho a la Igualdad, discriminación.
- b) Marco Jurídico: Constitución de la República del Ecuador, Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Ley Orgánica de la Salud y su Reglamentos, Ley Económica Popular y Solidaria y Tratados Internacionales.
- c) Criterios Doctrinarios: Consulta de Autores Nacionales y Extranjeros sobre la problemática.

Acopio Empírico;

- a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas,
- b) Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas; y,

Síntesis de Investigación Jurídica;

- a) Indicadores de verificación de objetivos,
- b) Contrastación de hipótesis,

- c) Concreción de fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma,
- d) Deducción de conclusiones,
- e) Planteamiento de recomendaciones o sugerencias, en las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

Actividades Tiempo	AÑO					
	2012					
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
Selección y definición del problema Objeto de estudio.						
	x					
Presentación del Proyecto de Investigación						
		x				
Investigación Bibliográfica						
			x			
Investigación de Campo						
				x		
Confrontación de los resultados de la Investigación con los Objetivos e hipótesis						
					x	
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica.						
					x	
Redacción del Informe Final, revisión y corrección						
						x
Presentación y Socialización de los Informes Finales (tesis)						
						x

PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

9.1 Recursos Humanos.

- **Director de Tesis:** Por designarse.
- **Encuestados:** personas conocedoras del problema, propietarios de establecimientos que realizan actividades comerciales; Comisarios de Salud, y Directores Provinciales de Salud.
- **Encuestados:** **96** personas seleccionadas por muestreos, propietarios de locales que estas sujetos a control sanitario.
- **Proponente de Proyecto:** Héctor Benito Arrobo Valle.

9.2.- RECURSOS MATERIALES.

• Costos del Programa a la Graduación	\$	600
• Trámites Administrativos	\$	190
• Material de Oficina	\$	1400
• Bibliografía especializada (libros)	\$	500
• Elaboración del Proyecto	\$	180
• Producción de ejemplares del borrador	\$	60
• Elaboración y reproducción de la Tesis de grado	\$	150
• Transporte	\$	50
• Imprevistos	\$	200

COSTO TOTAL

\$ 3.330.00

9.3. FINANCIAMIENTO.

El presupuesto de los gastos que ocasionará la presente investigación, asciende a TRES MIL TRECIENTOS TREINTA DOLARES AMERICANOS, los que serán financiados con recursos propios del postulante.

10. BIBLIOGRAFÍA.

1. BERNAL, Carlos, Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid-España, 2007.
2. CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI.
3. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Argentina, 2008.
4. CÓDIGO DE COMERCIO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador. 2009.
5. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2010.
6. DURÁN, Felipe, Diccionario Hispanoamericano de Derecho, Edit., Colombia, 2011.
7. FERRAGOLI, Luigi, sobre los Derechos Fundamentales, Teoría del Neo constitucionalismo, Madrid, Trotta-España, 2007.
8. [http:// Definiciones de /Comercio/](#)

9. LEY ORGÁNICA DE SALUD, Registro Oficial Suplemento. Quito Ecuador. 2006.
10. LÓPEZ, Olga, Gran Diccionario Enciclopédico Visual, Pev-Iatros Ediciones Ltda, Colombia, 1995.
11. SÁNCHEZ, Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Edit., Casa de la Cultura, Ambato, 1989.
12. WARREN. Josiah. [http//es. De Wikipedía la Enciclopedia libre.Org/Wiki/ Pacto Internacional de Derechos Económicos](http://es. De Wikipedía la Enciclopedia libre.Org/Wiki/ Pacto Internacional de Derechos Económicos).

INDICE

PÁGINAS PRELIMINARES

PORTADA.....	I
AUTORIZACIÓN:.....	II
AUTORÍA.....	III
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	IV
PARTE INTRODUCTORIA.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VI
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	5
3. INTRODUCCIÓN.....	7
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	15
4.1.MARCO CONCEPTUAL.....	15
4.1.1. Principio de Proporcionalidad y sus Subprincipios.....	15
4.1.2 Las Infracciones.....	23
4.1.3 La Penología y las Penas.....	24
4.1.4 El Comercio.....	28
4.1.5 Derecho Comercial.....	29
4.1.6 EL Negocio.....	31
4.1.7 Derecho a la Igualdad y no discriminación.....	32
4.2 MARCO DOCTRINARIO.....	34

4.2.1	La debida proporcionalidad entre las infracciones y penas pecuniarias.....	34
4.2.2	Hacia un aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana.	35
4.2.3	Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador.....	39
4.3	MARCO JURÍDICO.....	40
4.3.1	Constitución de la República del Ecuador.	40
4.3.2	Tratados Internacionales.	45
4.3.2.1	Convenio Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o Degradantes.....	45
4.3.2.2	Declaración Universal de Derechos Humanos.....	46
4.3.2.3	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	47
4.3.2.4	Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.....	49
4.3.3	Código Penal Ecuatoriano.	49
4.3.4	Ley Orgánica de la Salud.....	53
4.3.5	Reglamento para otorgar permisos de funcionamiento a los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario.	57
4.3.6	Derecho comparado.	64
4.3.6.1	En la legislación Mexicana.....	64
4.3.6.2	En la Legislación Boliviana.	65
4.3.6.3	En la Legislación Peruana.	66
4.3.6.4	En la Legislación de Honduras.	67

5. MATERIALES, MÉTODOS	69
6. RESULTADOS.....	74
6.1 Presentación, Análisis e Interpretación de los resultados obtenidos a través de la Encuesta.....	74
6.2. Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas.....	83
6.3 Estudio de Casos.....	98
7. DISCUSIÓN.....	111
7.1 Verificación de Objetivos.....	111
7.1.1 Objetivo general.....	112
7.1.2 Objetivos específicos.....	113
7.2 Contrastación de Hipótesis.....	116
7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma.....	118
8 CONCLUSIONES.....	122
9 RECOMENDACIONES.....	125
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	127
10 BIBLIOGRAFÍA.....	130
11 ANEXOS.....	133