

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

APLICACIONES CONSTITUCIONALES EN LAS ACTUACIONES

ADMINISTRATIVAS

JAIME FERNANDO GALÁN MELO

2013



Yo, JAIME FERNANDO GALÁN MELO, autor de la tesis intitulada APLICACIONES CONSTITUCIONALES EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho, con mención en Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Fecha: 16 de julio del 2013.

.....

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

APLICACIONES CONSTITUCIONALES EN LAS ACTUACIONES

ADMINISTRATIVAS

JAIME FERNANDO GALÁN MELO

TUTOR: DR. JUAN FRANCISCO PALACIOS IBARRA

QUITO, 2013.

ABSTRACT.

El posicionamiento de la Constitución, como centro irradiador del Derecho en un Estado, representa para la Administración Pública la transición de la legalidad hacia el principio de juridicidad, la incorporación de nuevas fuentes del Derecho, y la necesidad de la aplicación no solo del método de subsunción normativa sino de otras herramientas de la hermenéutica jurídica.

Sin embargo, este proceso de transformación no puede significar una vulneración a la legalidad en las actuaciones del poder público, ya que en un Estado Constitucional (de derechos y justicia) con un sistema presidencial, la interdicción a la arbitrariedad se vuelve indispensable frente a la vulneración de los derechos fundamentales que, en la mayoría de ocasiones, se confirma en la sede administrativa sin que su conocimiento alcance la fase jurisdiccional.

En una posición crítica frente a las normas legales y reglamentarias, las aplicaciones constitucionales se materializan desde el principio de jerarquía normativa a través del método de subsunción; pero aún más, frente a los errores o en ausencia de ley, se concreta en la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías a través de métodos argumentativos, con mayor incidencia de una posición crítica de la norma, y el ejercicio de la potestad discrecional para determinar la opción jurídica más legítima.

La práctica administrativa demuestra un gran distanciamiento de la aplicación directa de la Constitución, pues es constante el respaldo en la mera legalidad que somete a la Constitución a operar bajo lineamientos de la hermenéutica legal; sin embargo, la constitucionalización del ordenamiento jurídico debe ir más allá e innovar el ejercicio de la función administrativa y de la jurisdicción contencioso administrativa como una nueva visión del propio Derecho Administrativo.

A mis padres, Dr. Jaime Antonio Galán Vega y CPA Rita del Pilar Melo,
por la paciencia;
A Gabriel y Andrés Galán Melo, mis hermanos,
por el apoyo;
A Doña Elisa Antonia Vega viuda de Galán y
Doña Anita de la Mercedes Melo Gallo, mis abuelas (+),
por la ternura;
A todos los amigos por la risa.

Por el gusto al Derecho

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.	7
CAPÍTULO I LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.	9
1.1 El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo.	13
1.1.1. El imperio de la Ley.	14
1.1.2. La relevancia del poder legislativo por representación de la soberanía democrática.	15
1.1.3. La aplicación de la Ley bajo el método de la subsunción.	17
1.1.4. El imperio de la Juridicidad.	19
1.1.5. La relevancia del Poder Judicial como concreción de la justicia.	20
1.1.6. La aplicación del Derecho bajo reglas de argumentación jurídica.	22
1.2 Normas, derechos, garantías, y principios constitucionales aplicables a la Administración Pública.	24
1.2.1. Las normas constitucionales.	27
1.2.2. Derechos fundamentales.	27
1.2.3. Garantías constitucionales.	28
1.2.4. Principios constitucionales.	30
1.3. La constitucionalidad de las actuaciones administrativas.	31
1.3.1. Análisis crítico de las fuentes de legitimidad de la actuación administrativa.	33
1.3.2. Aplicación de nuevas fuentes del Derecho.	35
1.3.3. Incursión de la jurisdicción constitucional sobre actuaciones administrativas.	40
1.4. Discrecionalidad administrativa y la interdicción a la arbitrariedad.	41
1.4.1. Validez en los actos discrecionales.	44
1.4.1.1. La competencia del órgano que dicta el acto discrecional.	44
1.4.1.2. El procedimiento y la forma.	45
1.4.1.3. Principio de Razonabilidad.	46
1.4.2. Conceptos jurídicos indeterminados.	47
CAPÍTULO II DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD HACIA EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD	49
2.1. Aplicaciones constitucionales en las actuaciones administrativas.	52
2.1.1 Aplicación directa de derechos y garantías.	54
2.1.1.1. En ausencia de norma.	57
2.1.1.2. Contra norma expresa.	60
2.1.2. Aplicación de la Constitución por el principio de jerarquía normativa.	65
2.1.2.1. Inaplicación de una norma secundaria en casos concretos.	67
2.2. Aplicaciones Constitucionales en la práctica administrativa (Análisis de Casos).	69
2.2.1. Expedición de normas con carácter general contrarias a la norma legal.	70
2.2.2 Participación de la jurisdicción constitucional.	77
2.2.2.1 Acciones previas de inconstitucionalidad.	78
2.2.2.2 Acciones de interpretación de normas constitucionales.	82
2.2.2.3 Consulta previa para inaplicación de una norma inconstitucional.	89
2.2.2.3.1. Consulta judicial obligatoria.	95
2.3 Innovación de la jurisdicción contencioso administrativa.	98
CONCLUSIONES	106
BIBLIOGRAFÍA	110

INTRODUCCIÓN.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico trasciende más allá del posicionamiento de la Constitución como norma suprema, sino que implica también la aplicación por jerarquía normativa o directa e inmediata de sus normas, y de los derechos y garantías reconocidos en ella; lo que para el Derecho Administrativo significa una concepción renovada que trasciende de su origen eminentemente legalista para incorporar nuevas fuentes normativas.

Con el denominado Estado Constitucional de derechos y justicia, acogido expresamente por el Ecuador, se incorporan nuevas tendencias hermenéuticas del Derecho que, en la parte académica, ha centrado su estudio en el ámbito judicial, sin embargo de la gran relevancia en el ejercicio de la actuación administrativa y de la innovación que implica el encontrarse todo el Estado sujeto a un control constitucional; con lo cual, se evidencia que la aplicación de la Constitución debe ser considerada, para el funcionamiento de la Administración Pública, como un efecto irradiador de la norma fundamental, pues no podemos asumir que su verdadera vigencia se encuentre solo en una de las funciones del Estado, sino que en todo ejercicio de potestades administrativas se encuentra el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos y garantías fundamentales.

La transformación del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional significa para las y los funcionarios públicos la necesidad del conocimiento y manejo de nuevas herramientas hermenéuticas de origen constitucional y del desarrollo jurisprudencial, que por una parte magnifican el riesgo de la arbitrariedad de la administración pública, pero por otra, representan la verdadera concreción del constitucionalismo; aspecto el cual determina que para la legitimidad de sus actos se deberá expresar las aplicaciones constitucionales que sustentan la decisión, sea por jerarquía normativa o aplicación directa e inmediata, y frente a caso de anomía o contra norma expresa.

Sin embargo, con la inclusión de la hermenéutica constitucional se refuerza la necesidad del respeto al principio de juridicidad y a la jerarquía normativa dentro del ordenamiento jurídico, debido

a que de la complementariedad de ambos aspectos se desprende la legitimidad material y formal para la mejor calidad de las decisiones públicas.

El nivel de aplicación constitucional en la administración pública permite determinar el verdadero alcance del constitucionalismo moderno, en el cual exige del Derecho Administrativo una innovación frente a sus postulados principales, para que se concrete la judicialización de los derechos y la incidencia del control constitucional, y de lo cual, el ejercicio de potestades públicas exige una mayor técnica jurídica por parte de los operadores jurídicos.

De la revisión, análisis y crítica de la práctica administrativa ecuatoriana se puede determinar el verdadero alcance del constitucionalismo, pues la existencia de un sistema presidencial en el cual la violación sistemática de los derechos de los ciudadanos se encuentran, de manera más cotidiana, en la actividad estatal y que se adiciona a la realidad deficiente del acceso a la justicia, conlleva a que los ciudadanos en prevención de un mal mayor no opten por la judicialización de sus situaciones. Para el efecto, es necesario centralizar el desarrollo de estos postulados y la nueva concepción del Estado Constitucional que se intenta instaurar dentro de la realidad social y económica, pero también a la conjunción de las influencias jurídicas globales; por lo cual no solo se debe acoger teorías foráneas esnobistas, y más bien, bajo aquellas reflexiones de la cultura jurídica y jurisprudencia propia, plantear un análisis que fije lineamientos que permitan la concepción de un Estado Constitucional de derechos y justicia para que se proyecte a nivel regional y global.

Se trasciende de la discusión sobre la relevancia de las funciones del Estado, cuya característica se ha centrado en la determinación de los centros de creación del derecho; y, más bien, se intenta enfocar el análisis en la Administración Pública, la cual por el principio de interdicción a la arbitrariedad no puede ser centro exclusivo de creación de derecho, pues implicaría retomar un gobierno autoritario; pero que, en ejercicio de sus atribuciones, se encuentra en un constante ejercicio complejo de aplicación normativa.

CAPITULO I

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El posicionamiento de la Constitución como la norma suprema en el Estado actual implica una concepción distinta en cuanto al manejo de fuentes normativas en el Derecho; lo que modifica, en sí mismo, la forma de entender y comprender sus distintas disciplinas, la incorporación de nuevas herramientas de interpretación, y la aplicación normativa frente a un ordenamiento jurídico complejo.

De tal forma, la constitucionalización del Estado como proceso de transformación no puede ser sino una nueva forma de entender el Derecho; "si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho"¹.

Este proceso, como expresión de nuevas concepciones jurídicas y la revisión de las existentes, ha significado profundizar en el debate jurídico sobre las tendencias *iuspositivista* y *iusnaturalista* del Derecho; dentro del cual, se ha polarizado al Estado de Derecho como representación del *positivismo*, y al Estado Constitucional como la representación del *iusnaturalismo* y catalogado como Constitucionalismo o también bajo la denominación de *neocostitucionalismo*: "Desde su utilización inicial por S. Pozzolo, este concepto se ha usado a veces como un cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido: el constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, y del otro para enmarcar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí".²

¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, ciudad Fernández, Editorial Trotta, 2009, p. 34.

² Carlos Bernal Pulido, *El neocostitucionalismo a debate*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 29. Por tal razón, en la presente investigación se hace referencia únicamente bajo la denominación de Constitucionalismo, sin dejar de reconocer las mejoras académicas que han aportado bajo dicha denominación varios autores.

Para Latinoamérica, en especial para el Ecuador³, esta nueva concepción en el ámbito jurídico ha implicado un desarrollo distinto de su entender con no menos ciertas complicaciones: por una parte, lo determinante de la influencia reciente y directa del constitucionalismo europeo y neoconstitucionalismos; por otra, los aportes directos del sistema anglosajón, sobre todo en cuanto al régimen presidencialista⁴ y la judicialización de los derechos; y finalmente la enraizada aplicación del positivismo jurídico de tradición romano-francesa, bajo un sistema de control constitucional concentrado y fortalecido a raíz de la Constitución vigente.

Además de estas influencias jurídicas, sin lugar a dudas, debe observarse también aspectos de carácter social, político y económico, tales como la falta de institucionalidad del Estado y legitimación popular, la inestabilidad en estructuras políticas y la pluriculturalidad de la sociedad que, de alguna forma, demandan la concreción de la seguridad jurídica, pero sin perder de vista la consigna por objetivos comunes y la satisfacción de las necesidades sociales. En el caso del Ecuador, se expresó como un régimen del buen vivir, ya que “decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”⁵.

Bajo este contexto, la disciplina del Derecho Administrativo no ha sido ajena al proceso de constitucionalización; sin embargo, si bien en todo ámbito jurídico se ha profundizado y con justa

³ La Corte Constitucional ecuatoriana ha asumido que: “En dos campos de la teoría neoconstitucional se insertan los temas que son parte de este conflicto: 1) El nuevo paradigma de Estado Constitucional de derechos y justicia, en que el Ecuador se encuentra inserto a partir del 20 de octubre de 2008, presupone una decodificación y reconstrucción del Derecho, desde sus bases, hasta su más encumbrada cúspide; y, 2) La interpretación constitucional, en el nuevo escenario de interpretación exclusiva que tiene la Corte Constitucional [...] / Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC sobre conformación de la Corte Nacional de Justicia en Transición, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 479 de 2 de diciembre de 2008.

⁴En el Ecuador, como se dijo, el poder Ejecutivo se concentra en la figura del Presidente de la República [...] siguiendo, de modo general, el esquema presidencialista implantado por los constituyentes de Filadelfia al redactar la Constitución de los Estados Unidos de América en 1787 [...]. Rafael Oyarte, *Relaciones Ejecutivo-Legislativo*, en Andrade, Grijalva y Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador –Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional-UASB, 2009, p. 71.

⁵ Preámbulo de la Constitución ecuatoriana vigente desde 2008.

razón en el sentido garantista del Derecho⁶, este proceso también implica modificaciones en la configuración interna y operativa de la actividad administrativa, en cuanto, los órganos públicos son agentes de aplicación del Derecho⁷, incluso más cercanos a la cotidianidad del ciudadano.

De tal manera, el proceso de constitucionalización en el ámbito administrativo se entiende desde dos ámbitos complementarios: el garantismo dentro de la relación jurídica Estado-administrado para la protección de este último, y la constitucionalidad en el ejercicio legítimo del poder público a través de una actividad administrativa acertada.

Consecuentemente, con enfoque hacia el administrado debe entenderse que la constitucionalidad de las actuaciones administrativas implica un ejercicio del poder estatal condicionado a la garantía de los derechos fundamentales; luego, la actividad pública deberá estar encaminada al reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales en todos los procedimientos administrativos declarativos o de ejecución, de tal forma que se concreta su inclusión como indefectible; ya que “[...] la ‘línea de continuidad’ entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo presenta características especiales, porque la jerarquía de la norma constitucional ecuatoriana corrige los problemas que derivan de la ausencia de ley que fije un procedimiento administrativo común y el sinnúmero de leyes que han creado procedimientos administrativos especiales”⁸.

Por otra parte, con un enfoque hacia las y los servidores públicos, la constitucionalidad de sus actuaciones deben estar ligadas irremediabilmente al cumplimiento del *principio de legalidad*, es decir, apegarse estrictamente al ordenamiento jurídico, puesto que es el primer presupuesto para

⁶[...] como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos”. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 852.

⁷ La administración pública resuelve situaciones jurídicas en ejercicio de sus potestades, en especial la potestad de policía administrativa (regulación y control de actividades privadas); pero también dentro de todas las actividades estatales en las que participa. En ambos presupuestos aplica el derecho frente a los ciudadanos.

⁸ Edgar Neira, *Las normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común*, en Asociación Escuela de Derecho PUCE, Libro Ruptura 47, Quito, AED, 2004, p. 82.

construir un sistema de garantías de los derechos de los administrados; y, sobre todo, configura la esencia de la *interdicción a la arbitrariedad* que materializó la transformación del Estado bajo el régimen de la fuerza hacia el Estado bajo el régimen del Derecho: "*no mas rex facit legem, sino lex facit regem*"⁹.

Es necesario desde este punto de vista determinar que el principio de legalidad originado en el estado decimonónico no puede ser únicamente referencial sino que, tal como se lo concibió desde sus inicios como un elemento constitutivo y en base al cual se originó propiamente el Derecho Administrativo, no puede prescindirse de él en la actualidad; mas es indispensable que se transforme y evolucione bajo un sistema de derechos y garantías constitucionales como aspecto medular del proceso de constitucionalización de la rama administrativa:

*[...] hay dos principios que, con las adaptaciones necesarias según los diversos derechos, me parecen dotados de un alcance garantista de carácter general. En primer lugar, el principio de legalidad: para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio administrativo, es necesario que las leyes prevean unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos. [...] El segundo principio garantista de carácter general es el de la jurisdiccionalidad: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean justiciables [...]*¹⁰

Un primer reparo teórico que se propone para dicha transformación es que el Estado Constitucional no implica la contradicción del Estado de Derecho; ya que, sin lugar a dudas, el Estado Constitucional es de Derecho; y, de esta forma, el proceso debe entenderse como el posicionamiento de la Constitución y los derechos humanos como evolución dentro de la legalidad del Estado, y no como un absoluto devenir dialéctico histórico expresado como la imposición entre tesis en su totalidad contrapuestas. La transformación constituye así la corrección y modificación de determinados postulados dentro de un mismo sistema.

⁹ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p.21.

¹⁰ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 917.

1.1. El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo.

El Estado Constitucional se caracteriza por la constitucionalización del ordenamiento jurídico visto como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”¹¹; y tal impregnación posiciona a todas las normas de dicho ordenamiento bajo el nivel jerárquico normativo de la Constitución, convirtiéndose ésta en “extremadamente invasora, entrometida (persuasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”¹²

La instauración del Estado Constitucional bajo este proceso conlleva como primera consecuencia la irradiación de la Constitución en todo el ordenamiento jurídico; y, para el caso del Derecho Administrativo, constituye la norma fundamental que otorga el sustento formal al funcionamiento de la administración pública. (Constitución orgánica); pero, en su dimensión más relevante implica la consagración de un sistema de reconocimiento, ejercicio y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que pone al Estado a servicio de las personas (Constitución dogmática), ya que “los Derechos Fundamentales proclamados en la Constitución son eficaces por sí mismos, producen efecto directo, no deben necesitar normas de desarrollo”¹³.

En el caso ecuatoriano el proceso de constitucionalización encuentra su punto más significativo con la vigencia de la Constitución de 2008, con la cual claramente se cumplen de manera suficiente con las *condiciones de constitucionalización*¹⁴; puesto que se la concibió como una constitución

¹¹ Riccardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p.75.

¹² Ídem, p. 75

¹³ Eduardo García De Enterría, *El Sistema de Fuentes del Derecho*, en *El Derecho Público de Finales de Siglo Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997 pp. 441.

¹⁴ R. Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, p.50-57. Las condiciones de constitucionalización para el autor son: 1. Una Constitución rígida, 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, 3. La fuerza vinculante de la Constitución, 4. La “sobreinterpretación” de la Constitución, 5. La aplicación directa de las normas

rígida -escrita y protegida contra la legislación ordinaria-, se implementaron garantías jurisdiccionales para protección de la norma fundamental y se plantea su fuerza vinculante a través de la interpretación y aplicación directa de su contenido; y, de la misma manera, se cumple la conformidad necesaria de la legislación a la Constitución y la posibilidad de utilizar las normas constitucionales dentro de la argumentación política para justificar acciones o decisiones.

Estas condiciones, para el Derecho Administrativo, conllevan una transformación a sus concepciones principales, ya que el proceso tiene como base la crítica al principio de legalidad que, en los orígenes de lo administrativo, se centralizó en el sometimiento del poder a la ley, entendida como la norma parlamentaria bajo un principio democrático, como la principal garantía de los derechos ciudadanos y sobre el cual se estructuró toda la administración pública.

Así para poder entender la verdadera constitucionalización de esta disciplina, es indispensable retomar sus pilares principales y, en sistematización de su estructura legalista, analizar brevemente éstos con el fin de confrontarlos a la nueva concepción constitucional.

1.1.1. El imperio de la ley.-

La consagración del Estado de Derecho y la ley sobre todo surgieron para el control a la arbitrariedad del poder, y esta última como creación propia de la soberanía popular de la cual se origina el poder público; así:

[...] la ley como acto deliberado del Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración, b) La subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva de aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado.¹⁵

constitucionales, 6. La interpretación conforme de las leyes, y 6. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

¹⁵ En alusión al desarrollo de los postulados de Otto Meyer. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p. 23.

Bajo esta concepción surge el principio de legalidad en el Derecho Administrativo y se expresa “en el ámbito de acción de los sujetos de ‘derecho público’ (típicamente el Estado y sus órganos) puesto que el principio de legalidad estaba diseñado para frenar las tendencias despóticas del poder, es donde éste adquiere sus mayores variantes como legalidad administrativa ‘el ente público solo puede hacer aquello que le esté expresamente ordenado’”¹⁶.

Este principio se convirtió en la piedra angular en el cual se desarrolló el Derecho Administrativo que “surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno absolutista”¹⁷ puesto que, como tal, la relación entre el Estado y los particulares se basaba en la aplicación irrestricta de la ley como garantía de las libertades ciudadanas.

La ley rige como la manifestación soberana del pueblo mandante y las actuaciones administrativas estarían, en lo posterior, sujetas al control de su legalidad por el cumplimiento de sus formalidades y su contenido, pues debían responder irrestrictamente a la norma jurídica positivizada; es decir, su validez estaba sujeta a lo que haya emitido el órgano determinado y con el procedimiento fijado para el efecto y fuera de toda arbitrariedad.

1.1.2. La relevancia del poder legislativo por representación de la soberanía democrática.

El Estado de Derecho dio origen formal al Derecho Administrativo, “pues al tomarse conciencia de que existen derechos del individuo frente al Estado y que el primero es un sujeto que está frente a él, no un objeto que éste pueda simplemente mandar, surge automáticamente la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos y de construir los principios con los cuales ella se

¹⁶ Norman J. Solorzano, *Notas para una crítica del principio de legalidad*, en *Crítica Jurídica*, No. 19, Buenos Aires, Facultades de Derecho de la universidad de Buenos Aires, 2001, p. 55.

¹⁷ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1998, p. 424.

rige”¹⁸; y, como tal, concretó el principio de legalidad bajo el presupuesto fundamental del respeto irrestricto al principio de separación de funciones como garantía en contra de la arbitrariedad, de tal forma que “la distinción entre los poderes Legislativo y Ejecutivo da al primero la preeminencia y limita al segundo a actuar en el marco previo trazado por las decisiones de aquel, esto es por las Leyes”¹⁹

En la función legislativa se encontraba afincado en mayor grado el ámbito representativo del pueblo, “la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder”²⁰; y bajo esa visión se consideraba a la ley como materialización de dicha representación; concepción que claramente constó en el Art.1 del Código Civil ecuatoriano, como muestra evidente del positivismo jurídico, al definir a la ley como “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”; esta norma sin lugar a dudas representa en su mayor esplendor la visión administrativa clásica, precepto que aún se encuentra en el ordenamiento ecuatoriano sin habérselo reformado o derogado expresamente.

En el Estado de Derecho, la función judicial tenía a su cargo únicamente la aplicación de la ley, consistía en *la boca de la ley*, y que representaba una sujeción estricta a la reproducción de la voluntad del legislador en sus sentencias; de tal forma que “sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.”²¹

Visto así el ejercicio judicial no implicaba afectación a la separación de poderes, ya que su autonomía administrativa era una de las proclamas, sino que su potestad de administrar justicia implicaba únicamente una operación lógica objetiva en base a la norma; luego, ámbitos sociológicos,

¹⁸ Ídem, p.425.

¹⁹ Ídem, p.425.

²⁰ Gustavo Penagos, *Bases jurídicas políticas del Derecho Administrativo*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009, p. 375.

²¹ Art. 3 Código Civil ecuatoriano vigente.

económicos, o cualquier criterio distinto no cabían, pues constituía subjetividad contraria a la aplicación objetiva del mandato del positivismo puro y a la clara expresión de la consideración que se tenía de las sentencias judiciales: “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren.”²²

En consecuencia, el Estado de Derecho se distinguió por su *legecentrismo* en cuanto la función más relevante era el legislativo bajo un principio democrático, y su producción legislativa respondía bajo una visión representativa para la limitación de las libertades convenidas por el propio pueblo, de tal forma que las otras funciones y sus actuaciones debían condicionarse a este mandato.

1.1.3. La aplicación de la Ley bajo el método de la subsunción.

El principio de legalidad, en el ámbito de la interpretación y aplicación del Derecho, implicó para los operadores legales la utilización de un único método, aquel de la subsunción normativa, con el cual se aplicaba estrictamente el sentido literal de la ley.

En el desarrollo de la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, se estructura un ordenamiento jurídico autosuficiente como un “orden coactivo de conducta humana, esto es un conjunto de normas que enlazan a determinadas circunstancias, en especial, a determinadas conductas humanas como condición, determinados actos coactivos como consecuencia”²³; y de tal forma se construye una estructura lógica formal bajo la figura de: *Si es A entonces debe ser B*; bajo el cual el juez, como boca de la ley, se remite a verificar el supuesto de hecho para aplicar la consecuencia jurídica de manera infalible.

De esa forma, “una vez determinada la regla, su aplicación concreta se reducía a un mecanismo lógico sin discrecionalidad – y en caso de que hubiese discrecionalidad se afirmaba la

²² Eiusdem.

²³ Hans Kelsen, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p.50.

ausencia del Derecho"²⁴; y frente a esta ausencia, el ordenamiento jurídico suplía la misma a través de la analogía, en el caso de contradicciones se aplicaba el criterio de jerarquía normativa, si subsistía la contradicción prevalecen las disposiciones especiales; y, finalmente, de mantenerse la inconsistencia, entonces se aplicaba la temporalidad y las reglas fijadas para el efecto²⁵.

Sin embargo, el proceso de subsunción no puede tomarse de una forma tan llana en consideración de las críticas que se han derivado de ella; puesto que, dentro de la aplicación del Derecho existe un presupuesto esencial en cuanto a la comprobación fáctica del supuesto de hecho, así a través de un aspecto probatorio se confirma la realidad del hecho para encajarlo en el supuesto normativo, y de tal forma que en la subsunción:

[...] existen dos niveles, o sea, hay una proposición jurídica que se refiere al contenido de la norma jurídica general y es esa la que va a integrar la premisa mayor, y al final, con base en la premisa mayor y en la premisa menor (una proposición declarativa), se llega a una conclusión que es la decisión del caso de especie. Pero para llegar a esto, no se ha seguido un proceso puramente lógico-formal, mecánico, sino que ha sido un proceso donde los valores han jugado un gran papel.²⁶

En consecuencia cabe hacer el reparo sugerido, puesto que si bien la aplicación normativa implica una lógica formal, no está exenta del proceso probatorio previo que implica la comprobación del hecho.

Luego de esta brevísima enunciación de los factores que marcan la tradición clásica del Derecho Administrativo, es necesario reafirmar que el proceso de constitucionalización afecta directamente a ellos que, si bien no constituyen una contradicción dialéctica absoluta, incluyen modificaciones en esta concepción y que debe entenderse, en consideración al debate académico actual, como el Estado Constitucional intenta superar esta concepción e instaurar otros parámetros directamente relacionados.

²⁴ G. Zagrebelsky, El derecho dúctil, p.132.

²⁵ Art.7 y 12 Código Civil ecuatoriano.

²⁶ Hermann Petzold Pernia, *El problema de la subsunción y la argumentación jurídica*, en http://www.iupuebla.com/Doctorado/Docto_derecho/Material_profe/MA_Lectura%206%20El%20problema%20de%20la%20subsuncion.pdf, p. 315.

1.1.4. Imperio de la Juridicidad

El imperio de la juridicidad consiste en la apertura en la concepción de las fuentes normativas que operan dentro de un ordenamiento jurídico, en tanto se lo considera como un conjunto más complejo y en el cual la norma legislativa – ley - es una norma dentro de un sistema más amplio en el que interacciona con otras fuentes que sustentan las actuaciones jurídicas.

El imperio de la Constitución no solo implica entenderla como una norma escrita, sino que deben entenderse los aspectos connaturales inmersos en ella, aquellos que van más allá de la positivización y que recae en los Derechos Humanos, pues no solo implica cumplir con un principio de unidad y coherencia en el ordenamiento jurídico, sino también aspectos de fundamento material, interpretativo, y de inmediatez en su aplicación. Estos aspectos desdoblan la funcionalidad de la Constitución, de tal forma que es necesario diferenciar con claridad que no se puede concebir a la juridicidad como un reemplazo de la ley por la Constitución; o en su defecto, la sola concepción de la Constitución como una ley mayor, sino la inclusión del bloque de constitucionalidad que incluye derechos y garantías derivadas de la naturaleza humana.

El posicionamiento de la Constitución va más allá de una modificación en este sentido; ya que “la idea de una supremacía jurídica de la Constitución, la hace prevalecer, pues, frente a las leyes”²⁷; y en sus derechos fundamentales implica una aplicación directa.

De esta forma, la primera fuente del Derecho Administrativo es la Constitución que le otorga su *legitimación material*, por lo que las actuaciones administrativas no pueden ser sino apegadas primero a ella, pues “resulta totalmente insuficiente en los modernos estados constitucionales de derecho, en los que la validez de las normas –así leyes como de los reglamentos, sentencias y actos

²⁷ E. García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 95.

administrativos reside en su conformidad no sólo formal sino también sustancial con normas de rango superior”²⁸

Por lo tanto, la aplicación del Derecho implica un ejercicio adicional en la práctica administrativa que modifica en extremo la visión de *mera legalidad* para resolver, ya que es necesaria la inclusión de nuevas fuentes, no solo agotar el argumento en la ley, e incluir el bloque de constitucionalidad, aspectos políticos, económicos, sociales y culturales que permitan una visión crítica de las normas jurídicas: “Al principio lo fundamental fue el respeto a la ley, en el principio de *legalidad* de la administración. Luego es la ley la que debe respetar principios constitucionales, a través del control judicial difuso y de oficio de dicha constitucionalidad.”²⁹

1.1.5. La relevancia del poder judicial como concreción de la justicia.

Con el Estado Constitucional, la relevancia del poder judicial se expresa en el hecho que el juez deja de ser *la mera boca de la ley* para constituirse el ejercicio pleno de la administración de justicia, no solo como operación lógica formal sino como una verdadera justiciabilidad de los derechos ciudadanos como proceso dinámico, dentro de una sociedad y en un momento histórico determinado.

Este posicionamiento determina una modificación sustancial en la concepción del Estado actual, ya que en el estado decimonónico la relevancia de la función legislativa expresaba la consagración de la soberanía popular bajo el contrato social; más en el Estado constitucional se hace relevancia del ámbito jurisdiccional que, a través de la Función judicial (jueces y tribunales), determina la aplicación del derecho como la proximidad a la equidad y justicia.

²⁸ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p.355.

²⁹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, en www.gordillo.com/tomo1.html, p. III-28

Con la importancia del ámbito jurisdiccional y la relevancia de esta función, obviamente se judicializan todos los ámbitos y de esa forma se suple la incapacidad de prever toda circunstancia en una ley escrita para que, a través de la incorporación de un derecho más dinámico y materializado en sentencias judiciales y precedentes que incluyen aspectos de carácter social, económico y cultural, se logre la concreción del derecho a la justicia. No se puede concebir un Estado Constitucional con deficiencias en el sistema judicial, pues la relevancia y fortalecimiento de lo jurisdiccional implica la verdadera protección de los derechos.

En la Constitución ecuatoriana, en un reparo a este elemento de la constitucionalización; contradictoriamente la función que en mayor medida se fortaleció fue la función ejecutiva, siendo la función jurisdiccional, con excepción de la Corte Constitucional, la que menores modificaciones soportó frente a su predecesora. Incluso en búsqueda de una reforma importante, aunque en detrimento del principio de separación de poderes, se ha venido buscando la transformación con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial y con la reforma sistemática que se ha dado a raíz de la consulta popular del 2011³⁰, estos últimos como iniciativa e intervención de la misma Función Ejecutiva.

Sin embargo del detrimento del ámbito judicial general existente, es posible determinar la constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano por la presencia de la Corte Constitucional como órgano fuerte en el funcionamiento estatal, y por la existencia de las garantías jurisdiccionales para ser interpuestas ante cualquier juez.

³⁰ La pregunta No. 4 y No. 5 sobre la Función judicial de la Consulta Popular de 7 de mayo del 2011, fueron aprobados en su mayoría. Resolución S/N publicada en el Registro Oficial 490 (Suplemento) del 13 de julio de 2011.

1.1.6. La aplicación del Derecho bajo reglas de argumentación jurídica.

La consecución de la justicia en el Estado Constitucional implica ya no solo la aplicación de una operación lógico formal de subsunción normativa, sino que implica un desarrollo adicional en el razonamiento, focalizado en la correcta argumentación jurídica y que permite la inclusión de aspectos de carácter material (político, social, económico y cultural) que resultan en una mayor proximidad a la justicia y equidad para un caso concreto.

La inclusión de nuevas herramientas hermenéuticas para el Ecuador ha significado, en la jurisdicción constitucional, un reconocimiento expreso de principios y reglas de interpretación; ya que, de conformidad con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³¹, se interpretarán las normas en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, y en caso de duda, en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se incluyen también las reglas de solución de antinomias, el principio de proporcionalidad y ponderación; y la interpretación evolutiva o dinámica, sistemática, y teleológica. Sin embargo, cabe notar que no se deja de lado la interpretación literal y, de la misma forma como cláusula abierta, se deja la posibilidad que se puedan utilizar otros métodos de interpretación con el fin de lograr un resultado justo en cada caso.

Una de estas nuevas reglas que con mayor énfasis se ha propugnado por el constitucionalismo, es la proporcionalidad que:

[...] se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad, y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización. Así pues, interpretar los derechos constitucionales a la luz del principio de proporcionalidad supone tratar a los derechos constitucionales como exigencias de optimización; esto es, como principios y no como simples reglas. En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas.³²

³¹ El Art. 3 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional positivizó ciertos principios de interpretación, y prescribe el cumplimiento de los mismos para la jurisdicción constitucional, entre otros, las reglas de solución de antinomias, el principio de proporcionalidad, la ponderación, y la interpretación sistemática.

³² Robert Alexy, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, México, Fontamara, 2007, p.90.

De tal forma se ha buscado que “cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro.”³³, y se obtenga la solución jurídica más próxima a la justicia con el menor menoscabo de los derechos fundamentales. Este principio rector, junto con otros métodos de interpretación y aplicación constitucional, se han instaurado a nivel de la jurisdicción constitucional pero que no puede limitarse solo a ese ámbito, pues es lógicamente aplicable en todos los ámbitos jurídicos, tal como indica el principio de efectividad que “(...) se refiere a la aplicación directa de la Constitución por parte de todas las personas, autoridades e instituciones, incluyendo las juezas y jueces³⁴. Esta situación incluye al proceso intelectual que opera en la resolución de las situaciones jurídicas por parte de la Administración Pública.

Para el caso concreto de lo administrativo, asumir la existencia de nuevas reglas de interpretación como parte de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, representa que las y los servidores públicos están obligados a aplicar la Constitución, con el fin de la protección de los derechos y garantía de los administrados involucrados, y deben hacerlo bajo las reglas de interpretación y métodos señalados en la ley de la jurisdicción constitucional, mas totalmente aplicables a la administración pública. De no aceptarlo de esa forma implicaría que se busque la constitucionalidad a nivel judicial únicamente y no en todos los ámbitos, criterio totalmente contrario al efecto de irradiación de la Constitución.

Este procedimiento racional implica como consecuencia *la constitucionalización de los actos de la administración pública*, en tanto en ejercicio de la autoridad pública, ya no solo se aplicará el método de la subsunción, ya sea en normas constitucionales o legales, sino también se podrá

³³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p.138.

³⁴ Agustín Grijalva, *Interpretación Constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*, en Andrade Grijalva y Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador –Estado, derechos e instituciones*, p. 273.

recurrir a las reglas previstas en el ámbito constitucional y, desde una visión administrativista, se hará constar tal revisión del ordenamiento jurídico y de los elementos fácticos en la motivación de los actos.

Esta ampliación hacia lo administrativo con la inclusión de nuevos métodos de hermenéutica jurídica aplicables al ejercicio de la función pública, se entiende de la transformación del Estado de Derecho a uno Constitucional, ya que si existe tal obligación jurídica constitucional de aplicarla, *¿Cómo puede aplicarse directamente la Constitución sin dilucidar su sentido, es decir interpretarla?*³⁵

1.2 Normas, derechos, garantías, y principios constitucionales aplicables a la Administración Pública.

La constitucionalización en el Derecho Administrativo implica, como se lo ha mencionado y desde el punto de vista de la garantía del administrado, el posicionamiento de la Constitución como primera fuente del Derecho Administrativo que se concreta en cuanto a *la legitimación formal* de las actuaciones administrativas, pero aún más en la aplicación de derechos y garantías constitucionales que representa la *legitimación material* de dichos actos.

Para visualizar la materialización de lo constitucional y sus efectos, se deben diferenciar las categorías jurídicas consistente en normas, derechos, garantías y principios constitucionales, debido a que en la actividad de la Administración Pública su aplicación inicia el recorrido hacia la concepción de lo administrativo en el Estado Constitucional.

La tradición ecuatoriana ha configurado una Constitución escrita por lo cual el elemento lingüístico permite marcar la diferencia entre las categorías propuestas, ya que de conformidad con la estructura lingüística que tenga podrá determinarse la diferencia entre ellas; y, de dicha estructura,

³⁵ Ídem, p. 273

se podrá determinar si corresponden a una norma bajo la concepción positivista, o en su defecto a un mandato de optimización³⁶ en una visión iusnaturalista.

Tal diferencia si bien no es sencilla pues, como se podrá constatar en lo posterior, la construcción constitucional interrelaciona las dos categorías jurídicas propuestas (norma o mandato de optimización) sin que aparezcan distintas unas de otras; pero aún así, el realizar tal distinción es importante ya que esto constituye el punto de partida para, en lo posterior y con la utilización de las herramientas hermenéuticas que correspondan, obtener la legitimación material y formal en una actuación administrativa, y sin que esto signifique la pérdida de su calidad obligatoria como un imperativo de conducta.

El criterio para diferenciar que se propone es la diferencia que se hace entre regla y principio:

[...] los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir <<constitutivo>> del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial.³⁷

Sin embargo, a este criterio se debe agregar que existe una correlación de la regla escrita a su vez con el principio ya que de esa forma se configura una interrelación en su contenido con la protección de un derecho o la aplicación de una garantía, y esto como un efecto de la inevitable positivización de los preceptos normativos.

Para el efecto, se debe tomar en cuenta que "[...] *la casi totalidad de los principios generales que se vinculan con el principio de legalidad, tienen su anclaje positivo, expreso o implícito, en textos*

³⁶ "Al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas, y como tales, deben ser aplicadas. Al manifestar que son de 'optimización' quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad." Sobre la denominación de Robert Alexy en Ramiro Ávila, *Los principios de aplicación de los derechos*, en Ramiro Ávila, edit., Constitución del 2008 en el contexto andino, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 39 y 40.

³⁷ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p. 110.

*constitucionales, no puede plantearse duda alguna acerca de su prevalencia sobre las leyes y reglamentos, en atención a la jerarquía de ley suprema que posee la Constitución*³⁸

Una primera distinción la conforman aquellas normas que, por su estructura lingüística y contenido, no responden al ámbito fundamental de la Constitución, sino a una regla conductual que responden más bien a la *constitucionalización* de determinados temas, con el fin de evitar su fácil reforma³⁹ y sobre todo en el ámbito orgánico de la norma fundamental. Estos preceptos evidentemente no pueden responder a un aspecto de ponderación, sino únicamente a la subsunción por conductas definidas para cumplirse que, en todo caso, por su jerarquía normativa prevalecen formalmente a leyes y reglamentos.

En el mismo sentido, "ciertas formulaciones de las proposiciones normativas se pueden usar tanto para dictar normas, o sea, para *prescribir*, cuanto para informar acerca de normas o *describirlas* verdadera o falsamente"⁴⁰; de tal forma que se hará referencia a reglas a aquellas cuya estructura es propia de una prescripción, y como mandatos de optimización a los derechos, garantías y principios, con el fin que permitan determinar la legitimación material en otras normas secundarias bajo el principio de integralidad de la Carta Magna.⁴¹

Finalmente, la importancia que se haga al respecto de estas categorías por su estructura lingüística permite definir las herramientas hermenéuticas que puedan ser utilizadas, sin que esto implique un menoscabo a la unidad constitucional y, aún menos, el carácter normativo e imperativo de cada precepto constitucional; puesto que son obligatorias aquellas prescripciones contenidas en

³⁸ Juan Carlos Cassagne, *El principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p.49.

³⁹ En la realidad ecuatoriana, encontramos que se ha elevado a constitucional aspectos propiamente de un desarrollo meramente legal, con el fin de imponer determinada tendencia política sobre aspectos; de tal forma la existencia de normas relativas al sistema económico, servicios públicos, medios de comunicación, entre otras actividades.

⁴⁰ Juan Ramón Capella, *Elementos de análisis jurídico*, Valladolid, Editorial Trotta, 1.999, p. 61.

⁴¹ El Art. 427 de Constitución del Ecuador: "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional."

la Constitución, en el caso de Ecuador todo aquello que consta en su Carta Magna de 2008 emitida por la Asamblea Constituyente y aprobada mediante referéndum, además de las modificaciones incorporadas en la consulta popular del 2011.

1.2.1. Las normas constitucionales.

En primera instancia, cuando se hace referencia a normas constitucionales se debe asimilar, con fines hermenéuticos, a la construcción de las reglas constitucionales con base a su estructura de un imperativo dentro de la figura kelseniana *Si es A, entonces debe ser B*; en la cual se encuentra el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica claramente establecida.

Consecuentemente, la norma constitucional en su consideración más positivista consiste en la norma jurídica (presupuesto de hecho y consecuencia jurídica) que se encuentra dentro de la Carta Magna y esta como norma emitida válidamente, por ejemplo de la Constitución de Ecuador:

Art. 119.- Para ser asambleísta se requerirá tener nacionalidad ecuatoriana, haber cumplido dieciocho años de edad al momento de la inscripción de la candidatura y estar en goce de los derechos políticos.

Bajo esta categoría, y por su construcción lógico-formal, el método aplicable en primera instancia será el de subsunción con el fin de determinar la legitimación formal y material, sin que obste una visión crítica de ciertas normas que pese a mantener esta estructura puedan contener una regla contrapuesta a un principio o a un derecho fundamental o una garantía.

1.2.2. Derechos fundamentales.

En consideración con la doctrina acordada sobre el derecho subjetivo como *aquella facultad inherente para hacer o no hacer algo*, los derechos constitucionales son aquellas prerrogativas pero que provienen de la naturaleza humana; por lo que se los ha diferenciado entre los patrimoniales y

fundamentales, ya que estos últimos son los que deberán considerarse para efectos de su aplicación inmediata y como connaturales al ser humano: *"en todos los casos los derechos fundamentales corresponden a valores y a necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados. Y es por su calidad, cantidad y grado de garantía como puede ser definida la calidad de una democracia y medirse el progreso."*⁴²

La importancia de los derechos fundamentales es esencial en un Estado Constitucional ya que toda actividad jurídica debe estar encaminada a la protección de estos; pues:

[...] son en realidad inviolables, además de inalienables e indisponibles, en el sentido de que su violación justifica la violencia: la violencia individual de la legítima defensa o del estado de necesidad como causa de justificación de actos que de otro modo serían punibles como delitos; la violencia colectiva de la resistencia y la desobediencia cuando [...] su violación proviene de las autoridades públicas⁴³

Cabe hacer una advertencia en consideración a la positivización de estos derechos en la Constitución; ya que, pese a su constancia escrita en la Carta Magna en un extenso reconocimiento, su obligatoriedad se ve difuminado más allá de los derechos constitucionales a aquellos reconocidos en instrumentos internacionales y los derivados de la naturaleza humana⁴⁴; aspecto que determina que un derecho fundamental no requiere constar positivamente (entiéndase escrito) en la Constitución para su aplicación en el Ecuador, lo que marcará una diferencia en el ámbito hermenéutico, sobre todo en la imposibilidad del método de la subsunción.

1.2.3. Garantías constitucionales.

La garantía constitucional constituye el mecanismo por el cual se protege el ejercicio de uno o varios derechos *"más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho*

⁴² L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 916.

⁴³ ídem, p. 861.

⁴⁴ Art. 11 núm. 7 de la Constitución ecuatoriana vigente.

*no garantizado no sería un verdadero derecho*⁴⁵; y consecuentemente la protección que la norma fundamental y el ordenamiento jurídico brindan se institucionaliza con procedimientos definidos que permiten cumplir con el objetivo garantista.

La primera garantía es la normativa, en cuanto el ordenamiento jurídico y todo acto emanado por el poder público se encuentran condicionados ante los derechos constitucionales, luego el contenido de estos actos debe cumplir la legitimación material referida en la misma Constitución:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

De la misma forma y en protección de los derechos fundamentales, se han previsto las garantías básicas del debido proceso (Art. 76 de la Constitución) que aplican a todo proceso en el cual se determinan derechos y obligaciones, incluido el proceso administrativo; y, como tales, son aquellas que, en el ámbito de la administración pública, representan la materialización más concreta de la constitucionalización del Derecho Administrativo.

Sin embargo, bajo las consideraciones que se han establecido, se ha de señalar que pese a que la denominación que realiza la misma Constitución como garantías del debido proceso, por su estructura lingüística, muchos responden a derechos o principios; por ejemplo, la mención expresa al derecho a la defensa y otros aspectos, como principios, que concretan en conjunto la garantía del debido proceso.

Con mayor claridad en cuanto a la categoría de mecanismo de protección, sin lugar a dudas, se presentan las garantías jurisdiccionales: la acción ordinaria de protección, la acción extraordinaria de protección, la acción de acceso a la información pública, el habeas corpus, el habeas data, y la

⁴⁵ L. Ferrajoli, *Derecho y Razón*, p. 59.

acción por incumplimiento⁴⁶ que constituyen la judicialización de los derechos y, como tales, responden a la protección judicial a los ciudadanos y sus derechos.

La implementación de estas garantías implica la incrustación de la jurisdicción constitucional en las actuaciones administrativas, y se deberán ver como las acciones oponibles al ejercicio del poder público que vulnere normas, derechos o principios constitucionales, pues son óptimos mecanismos de protección.

Bajo las consideraciones que se han desarrollado sobre la estructura de estas garantías se deben diferenciar: por una parte aquellas positivizadas para efecto de la subsunción como método primordial, tal como se da en las garantías jurisdiccionales; pero por otra, los derechos y principios que constituyen el debido proceso, pues no implican *per se* una regla unívoca, por lo que serán aplicables otros métodos como los de argumentación jurídica y ponderación.

1.2.4. Principios constitucionales.-

Con respecto a los principios se debe señalar que son aquellas máximas o directrices que sustentan la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, así *"el principio es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado."*⁴⁷

Para el efecto, se debe determinar que un principio constitucional constituye la "regla básica que guía el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de una Constitución formal de un

⁴⁶ Art. 86 y s. de la Constitución.

⁴⁷ Ermo Quisbert, *Principios Constitucionales*, Apunte 5, en <http://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>, p.28.

Estado determinado⁴⁸; y sirven como garantía de la vigencia y respeto a la misma; y debe diferenciarse que “un principio no es una garantía. Un principio es la base de una garantía”⁴⁹.

De tal forma, esto conlleva que los principios constitucionales estarán vinculados con la garantía, y esta última a su vez, a la protección del un derecho que, en la referencia de la Constitución con respecto a su aplicación directa e inmediata, incluye también la aplicación de estos principios, pues constituyen también mandatos de optimización que inteligenciarán las decisiones para mayor consecución de la dignidad humana.

Los principios vistos así, deben ser diferenciados ya que en su estructura no fijan una regla con una consecuencia unívoca y “[...] como requisitos de optimización, sin normas que requieren que algo se realice con mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas”⁵⁰, de tal forma que para su aplicación se debe recurrir a métodos argumentativos y de ponderación.

Por ejemplo, el *in dubio pro reo* consagrado en la Constitución, en su Art. 76 núm. 6 que enuncia:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. [...]

1.3. La constitucionalidad de las actuaciones administrativas.

La incidencia de conceptualizar los derechos, garantías, principios y normas constitucionales inmersas en las actuaciones administrativas, bajo una aplicación directa o a través del principio de jerarquía normativa, es el mayor resguardo que evita que la expresión del poder público sea

⁴⁸ Ídem, p.28.

⁴⁹ Ídem, p. 28.

⁵⁰ Robert Alexy, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, México, Fontamara, 2007, p. 90.

arbitraria; lo que constituye un requisito indispensable de constitucionalidad en las actuaciones administrativas para su validez y eficacia.

Desde este punto de vista, la clásica presunción de legitimidad de los actos administrativos⁵¹ debe incluir la constitucionalidad, ya que la incorporación de la Constitución como norma de fundamento, no solo formal sino material, implica la transformación al alcance de la presunción de legitimidad de los actos administrativos; y en tanto constituye una presunción *iuris tantum*⁵², en la cual se asume que los actos administrativos son emitidos no solo conforme a la ley sino a la Constitución y, en general, al Derecho.

Esta constitucionalidad tiene dos dimensiones: la conformidad con el principio de jerarquía normativa (legitimación formal); y que no menoscabe o vulnere derechos fundamentales (legitimación material). La ilegitimidad por inconstitucionalidad, por incumplimiento de las dimensiones señaladas, determinará que aquel acto administrativo inconstitucional deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados, y como tal, el acto administrativo que declara extinguido otro, por razones de legitimidad, tiene efectos retroactivos.⁵³

⁵¹ El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en su Art. 68 prescribe que: "Legitimidad y ejecutoriedad.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y, de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto. En el mismo sentido prescribe el Art. 82 del Código Tributario ecuatoriano, el cual adicionalmente incluye: "Sin embargo, ningún acto administrativo emanado de las dependencias de las direcciones y órganos que administren tributos, tendrán validez si no han sido autorizados o aprobados por el respectivo director general o funcionario debidamente delegado."

⁵² Esta calidad se ve expresada en el Art 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: "Presunción de legitimidad.- Se presume legalmente que las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y sus servidores, sujetos a esta Ley, son legítimas, a menos que la Contraloría General del Estado, como consecuencia de la auditoría gubernamental, declare en contrario.

⁵³ En este sentido debe entenderse el contenido del Art. 93 del ERJAFE, con la inclusión de la constitucionalidad: "Extinción de oficio por razones de legitimidad.- Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados. [...] El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos.

En este supuesto, para la administración pública moderna implica adoptar una posición diferente frente a la legitimidad de los actos, en cuanto implican no solo la aplicación de la ley sino la inclusión de todo un ordenamiento jurídico que determinará la legitimidad sus actuaciones.

1.3.1. Análisis crítico de las fuentes de legitimidad de la actuación administrativa.

Para efecto de determinar la legitimidad de una actuación administrativa, previo a la realización de la misma, es necesario que la administración pública y sus funcionarios al realizar la subsunción del presupuesto de hecho, contenido en la norma jurídica y previsto en la ley y en normas secundarias (reglamentos, acuerdos ministeriales, resoluciones de carácter general, ordenanzas), evidencien si dicha norma no carece de legitimación material frente a la Constitución; para lo cual, deberá hacer una revisión de la constitucionalidad de estas fuentes de derecho y verificar la conformidad de la norma legal o reglamentaria frente a la Constitución.

Este análisis se encontrará dentro de la motivación de los actos administrativos, no en la mera enunciación de las normas jurídicas o la remisión a los hechos, sino de la pertinencia entre ambos, entendida como la relación lógica racional entre la norma y los hechos, y que deberá incluir un proceso de revisión de constitucionalidad de las fuentes normativas secundarias frente a los derechos fundamentales, sus garantías, principios, y normas constitucionales.

Este proceso se replican en todas las categorías jurídicas del Derecho Administrativo tales como los actos normativos (actos reglamentarios), actos administrativos, contratos administrativos, actos de simple administración, y los hechos administrativos que se verán materializados en la racionalidad y juridicidad de cada uno de ellos frente a la Constitución. La juridicidad en el Derecho Administrativo implica, dentro de su estructura básica, el posicionamiento de la Constitución como la norma suprema y de la cual se va estructurando el poder a través de los organismos públicos que emanan sus decisiones conforme a esta fuente.

Acoger una posición crítica de las fuentes de legitimidad del acto responde a un análisis de las normas legales y reglamentarias que deben realizar las y los servidores públicos, en contraposición de los derechos y garantías constitucionales; puesto que, al ser un producto humano es susceptible de error y, como consecuencia, es posible que se determine la carencia de armonía con el ordenamiento jurídico ocasionando la ineficacia de las mismas; o en su defecto y bajo un juicio de valor, la solución normativa sea contraria a los derechos fundamentales.

La reflexión que realicen las y los funcionarios públicos sobre el aspecto axiológico de las normas legales y reglamentarias, requerirá un conocimiento pleno del ordenamiento jurídico y, asimismo, estará sujeto a un proceso racional y bajo el principio de interdicción a la arbitrariedad para garantizar que la revisión crítica de una norma no responda a criterios antojadizos, sino a un verdadero ejercicio de conocimiento jurídico con el fin de medir la legitimación material de dicha norma, y que en su aplicación se proteja la misma correspondencia con el Derecho.

Este proceso racional de aplicación del Derecho permitirá determinar si la aplicación bajo la subsunción normativa carece de legitimación material; así como en los casos en los cuales por contradicción normativa, dilucidará la opción más constitucional, y finalmente, en ausencia de norma para aplicar, fundamentará la decisión más acertada para la tutela de los derechos ciudadanos. Estos aspectos requieren de una posición más crítica de los operadores administrativos.

Pero tal visión como contraparte frente a la seguridad jurídica, posiciona con una relevancia indispensable al requisito de la motivación de los actos, puesto que la fundamentación racional y completa de las manifestaciones de la administración constituye el principal resguardo frente al abuso del poder, y como tal exige un proceso racional más complejo.

1.3.2. Aplicación de nuevas fuentes del Derecho.

Dentro de la juridicidad de las actuaciones administrativas, las y los servidores públicos deben en función de la juridicidad de sus actos recurrir y aplicar nuevas fuentes del Derecho, y no únicamente la ley y actos normativos secundarios; en efecto, se recurrirá a todo el ordenamiento jurídico: *La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*⁵⁴

De esta enumeración, en un primer momento es necesario hacer énfasis en la Constitución y en los tratados internacionales, en cuanto a la luz de la visión clásica administrativa implica una innovación, y referirnos a dos fuentes adicionales que, pese a no constar individualizadas en la enumeración del ordenamiento jurídico previsto, incluyen la juridicidad en las actuaciones administrativas: los precedentes jurisprudenciales y los principios generales del derecho.

La supremacía constitucional, en primera instancia, significa el sustento de toda normativa inferior sea la ley, los reglamentos y cualquier otra norma de carácter secundario; de tal forma la Constitución como tal constituye una fuente de carácter directo, tal como se ha desarrollado en los apartados anteriores.

Por otra parte, los tratados internacionales como fuente de derecho responden al sentido de bloque de constitucionalidad, tal como explícitamente en el derecho comparado lo ha contemplado la Constitución de Bolivia⁵⁵, pues al ser convenciones en materia de derechos humanos cabe su aplicación directa como fuente del Derecho Administrativo.

⁵⁴ Art. 425 de la Constitución ecuatoriana vigente.

⁵⁵ Constitución de Bolivia: "Artículo 410, Apartado II.- La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. [...]."

Se adicionan otras convenciones internacionales, suscritas y ratificadas debidamente, cuyo contenido no corresponde a derechos humanos, pero que forman parte del ordenamiento jurídico con una categoría infraconstitucional. Estas convenciones se constituyen como fuentes normativas vinculantes en el ámbito para el cual se fijaron y que exige de la participación de la administración pública.

En el régimen de propiedad intelectual, por ejemplo, con gran aplicación y desarrollo se han llevado a cabo los tratados internacionales e incluso por remisión legal directa de la Ley de Propiedad Intelectual se ha acogido tal normativa internacional:

“Art. 3.- El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), es el organismo administrativo competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales [...]”

Otra incorporación de distintas fuentes normativas representa el reconocimiento de los precedentes jurisprudenciales, que de cierta forma implica la mayor innovación en el Estado Constitucional; y, al respecto de esta nueva fuente, hemos de considerar una visión totalmente contraria a la clásica positiva que se expresó en el Código Civil⁵⁶, pues la incidencia y calidad vinculante de los fallos judiciales actualmente es mayor. Las sentencias que constituyen precedentes para el caso del Derecho Administrativo se originan en dos vertientes: la Corte Constitucional y la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Para el caso contencioso administrativo se debe considerar que, sobre todo por la configuración con el cual tuvieron origen, constituyen precedentes obligatorios para aplicación de la ley, las sentencias de casación de la sala especializada, sobre todo entendida para el juez *a quo*, con carácter de tener efectos generales y obligatorios, pero supeditados en lo posterior a que una ley pueda modificarlos; por lo que incluye también a su cumplimiento por la administración pública.

⁵⁶ Art. 3 del Código Civil ecuatoriano.- Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren.

En este sentido la Ley de Casación en su Art. 19 prescribe que: “todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley; dentro de lo cual además se resalta la existencia de “la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, aunque con excepción para la propia Corte Suprema –hoy Corte Nacional-. De igual forma se consagra la atribución de “emitir resolución obligatoria sobre puntos de derecho respecto de los cuales existan fallos contradictorios de las cortes superiores y tribunales distritales, aunque no le hayan llegado por vía de casación.”

Bajo este mismo concepto el Código Orgánico de la Función Judicial, de un origen más reciente y bajo la Constitución actual, determina la misma obligatoriedad como precedentes con un procedimiento específico⁵⁷ y se mantiene la salvedad de obligatoriedad para la misma Corte, ya que para cambiar el criterio jurisprudencial se requiere sustento en razones jurídicas, previa aprobación unánime de la sala, y en conocimiento del Pleno que decide si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio.

Al amparo de la visión clásica con respecto de los precedentes jurisprudenciales, estos están bajo la condición que la resolución al punto de derecho que se pronunció pierda vigencia por la expedición de una ley posterior, ya que al ser la aplicación de una norma, la expedición de una nueva implica una distinta aplicación del derecho.

En una forma distinta, en cambio, se tienen que considerar los precedentes de la Corte Constitucional, ya que de inicio se debe distinguir que tienen tres distintos orígenes y efectos.

⁵⁷ El Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe: “Las sentencias [...] que reiteren por tres ocasiones [...], obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. [...]; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio.”

Por una parte, las sentencias por acciones de inconstitucionalidad cuya finalidad es la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la eliminación de normas incompatibles por razones de fondo o forma⁵⁸, y cuyos efectos son de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro; y, excepcionalmente, se podrán diferir o retrotraer estos efectos por preservación de la fuerza normativa, la jerarquía normativa y la plena vigencia de los derechos constitucionales.⁵⁹ En consecuencia, ninguna autoridad puede aplicar el contenido de la disposición declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia y si la demanda fue desechada no se podrán presentar nuevas demandas.⁶⁰

Por otra parte, las sentencias interpretativas que emitan la Corte Constitucional y que constituyen fuente de derecho para el ámbito administrativo, pues significan un dictamen que no puede interferir las demás atribuciones de la Corte, se han restringido a las normas de la parte orgánica de la Constitución, y siempre que no exista una ley que desarrolle la cuestión objeto de interpretación; para este caso específico, se podrá expedir leyes sobre la materia que fue objeto de la interpretación y sin perjuicio del control de constitucionalidad que se realice después⁶¹.

Finalmente, las sentencias derivadas de la elevación de consultas por los jueces⁶² constituyen fuente para el Derecho Administrativo, se entendería inicialmente que para la sede contencioso administrativa ya que el Art. 141 de la Ley de las Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional lo determina como control concreto de constitucionalidad en procesos judiciales; sin embargo,

⁵⁸ Art. 74 y 95 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

⁵⁹ Por ejemplo la Sentencia No. 009-10-SIN-CC, publicada en el Registro Oficial 601, 2do. Suplemento, del 21 de diciembre del 2011: "tomando en consideración las implicaciones que conlleva la revisión de los contratos colectivos para el Estado ecuatoriano y los trabajadores en su conjunto, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los Decretos Ejecutivos No. 1396 y 1701 conforme el numeral anterior, se difieren por un plazo de 12 meses, en el cual la Asamblea Nacional expedirá la normativa que establezca el procedimiento y plazo para el proceso de revisión de los contratos colectivos.

⁶⁰ Art. 96 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁶¹ Art. 161 y 154 eiusdem.

⁶² Por ejemplo la sentencia 001-11-SCN-CC publicada en el Registro Oficial 381 Suplemento del 9 de febrero del 2011, que acumula varios casos consultados por los jueces, en el cual se señala como constitucional el inciso primero del Art. 24 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales en cuanto al tiempo de la apelación y que se interprete como días término.

también aplicable a la sede administrativa en consideración de los efectos, previstos en el Art. 143 de la misma ley, de carácter general si se pronuncia sobre compatibilidad de disposiciones normativas:

1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.
2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.

La última referencia que debe hacerse es la incorporación de los principios generales del Derecho como fuente normativa en lo administrativo y es necesario señalar que dentro del Estado constitucional se entenderá que, más allá del ámbito referencial que se hace al respecto de los principios desarrollados en la doctrina, muchos de ellos se han desarrollado en los precedentes jurisprudenciales señalados en el apartado anterior y muchos otros positivizados en la ley; tales como, la tutela judicial efectiva de los derechos (Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial), el *iura novit curia* (Art.4 núm. 13 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), y en el caso específico de lo administrativo en el Código Orgánico de la Organización Territorial, Autonomías y Descentralización (Art. 382): legalidad, celeridad, cooperación, eficiencia, eficacia, transparencia, participación, libre acceso al expediente, informalidad, intermediación, buena fe y confianza legítima.

Sin embargo de la positivización indicada de ciertos principios, se configuran como una fuente válida en el proceso de interpretación del Derecho, todos aquellos que incluso cuyo desarrollo no consta en la ley pero sirven en ilustrar la aplicación normativa.

1.3.3. Incursión de la jurisdicción constitucional sobre actuaciones administrativas.

Como consecuencia lógica de la inclusión de la constitucionalidad en los actos administrativos, es evidente que todo acto del poder público está sujeto a la revisión constitucional por el carácter irradiador de la norma fundamental, pues es un aspecto inmerso en la legitimidad de los actos y puede exigirse por medio de las garantías jurisdiccionales, el control constitucional concentrado o en la resolución de controversias con su juez natural de lo contencioso administrativo.

Se deberá entender que, frente a controversias suscitadas de incompatibilidad de la actuación de la administración pública con la Constitución, sea de manera directa por vulneración de derechos fundamentales, o en su defecto por violación al principio de juridicidad por aplicación incorrecta de las normas legislativas, el administrado estará en la capacidad de acudir a la jurisdicción más afín entre la constitucional y la contencioso administrativa. Es más que necesario recordar que las garantías constitucionales en esencia son mecanismos de los ciudadanos para precautelar sus derechos, sobre todo frente a los abusos del poder; es decir, generalmente dirigidas contra el Estado⁶³.

La operatividad de la jurisdicción constitucional tiene una vinculación directa frente a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que con la constitucionalización del Derecho Administrativo el objeto se convierte en el mismo: la legitimidad de las actuaciones administrativas, entendiéndose como la juridicidad de dicho actuar apegado a la Constitución y a la Ley; sin embargo, sus acciones están encaminadas a distintos efectos pero relacionados: las medidas constitucionales frente a la eficacia del acto (efectos) y lo contencioso administrativo a la validez (juridicidad).

⁶³ De conformidad con el Art.88: "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; [...] y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave [...]".

1.4. Discrecionalidad administrativa y la interdicción a la arbitrariedad.

Para entender el alcance real de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y su afectación al Derecho Administrativo, se debe partir de la distinción básica de los actos de la administración entre reglados y discrecionales, ya que asumir la posibilidad de la aplicación directa de derechos, garantías y principios constitucionales en las actuaciones administrativas, en primera instancia, parecería determinar una mayor incidencia de la discrecionalidad al momento de resolver sobre las situaciones jurídico-administrativas. Esto implica una posición crítica frente a las fuentes secundarias (legales y reglamentarias) y desemboca en una mayor participación de la subjetividad del funcionario público.

Es necesario incluir que, en la actualidad, cada vez es mayor la incidencia de la discrecionalidad administrativa sobre todo por la imposibilidad de prever todas las situaciones jurídicas en la norma positiva⁶⁴; sin embargo y de forma contradictoria, hay que señalar que en la práctica administrativa más bien se ha tratado de limitar esta discrecionalidad a través de normas secundarias, tales como sucede con el Instructivo para la Aplicación de Sanciones Pecuniarias emitido por el Servicio de Rentas Internas⁶⁵ en el Ecuador, en el cual se limita la discrecionalidad de los funcionarios que conocen de infracciones en el Ecuador y se fijan sanciones tasadas.

Todo acto de la administración constituye un acto reglado ya que es la materialización del principio de legalidad, en el cual las y los funcionarios públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades expuestas en la ley; y de tal forma, aplicarán la norma a través del método de la

⁶⁴ En el Registro Oficial 686 del 18 de octubre de 2002, se publicó el Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la Administración Pública (Decreto 3179) bajo la consideración de que: *"es evidente que la determinación legislativa de la totalidad de la actividad administrativa aparece como una utopía que debe ser dejada de lado en la medida que existan elementos operativos de racionalización del poder, en el entendido de que un margen de discrecionalidad es inevitable en el diseño de la actividad administrativa del Estado"*. Sin embargo de su categoría reglamentaria, su contenido responde a los avances doctrinarios al respecto de la discrecionalidad de la administración constituyendo un aporte normativo en el tema en el país.

⁶⁵ Se fija de manera tarifaria la imposición de multas a través de un instructivo de carácter interno; con lo cual limitan la discrecionalidad para el momento de resolver imponer la multa dentro del parámetro que les fija la ley. Resolución S/N publicada en el Registro Oficial 602 del 22 de noviembre del 2011 y reformada por Resolución S/N, publicada en el Registro Oficial 897 Suplemento del 22 de febrero del 2013.

subsunción normativa y deberán comprobar el supuesto de hecho y de esa forma impondrá la consecuencia jurídica. En este caso la discusión de la legitimidad del acto se centra en la verificación fáctica del hecho o, en su defecto, en haberse apartado de la subsunción de la norma de forma motivada.

De distinta manera, la misma ley prevé que en determinados casos intervenga la subjetividad del funcionario y a esta actividad se la categoriza como los actos administrativos discrecionales, puesto que dicha “[...] discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano”⁶⁶ y la solución jurídica para una situación, consecuentemente, no tendría univocidad en su aplicación.

Sin embargo, la legitimidad de dicho acto se encuentra sujeto al análisis de la motivación de la decisión siempre y cuando no se haya excedido de las opciones que presenta la norma: “[...] el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo –mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que lo sostiene.”⁶⁷

En este punto se hace fundamental entender a la debida motivación de los actos como garantía de interdicción a la arbitrariedad, ya que en ella deberá constar claramente la expresión de los argumentos de las o los servidores públicos para resolver en un sentido o en otro; por lo que deberá señalarse claramente la inexistencia de la aplicación unívoca de la normas jurídicas y, más bien, la presencia de varias opciones jurídicas:

[...] el poder discrecional no es susceptible de grados, en el sentido de que no es más o menos discrecional, tendrá ese poder si la ley deja a la administración dueña de su ejercicio; pero no lo es si

⁶⁶ Art. 2 del Reglamento para el Control de la discrecionalidad de la Administración Pública.

⁶⁷ Tomás R. Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Pamplona, Thomson Civitas, 2008, p. 81

ella le dicta las condiciones. Ahora bien, dentro de un acto, puede haber más o menos poder discrecional, según que la ley deje más o menos elementos de la decisión, a la libre apreciación de la administración.⁶⁸

Consecuentemente, la motivación como control de la discrecionalidad se manifiesta a través del principio de interdicción de la Arbitrariedad, “que incluye el más genérico de razonabilidad, que son los que se presentan como más idóneos para la tarea a realizar, no es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que éstas deben ser verdaderas”.⁶⁹; lo que en una visión actual y en consideración del Estado Constitucional se tiene que entender se extiende en igual medida al acto reglado y discrecional, no solo a la idoneidad de los medios que se encuentren en la ley –entiéndase norma del legislativo- sino bajo el principio de juridicidad, es decir, dentro de un ordenamiento jurídico completo y en el cual la ley es una sola de las fuentes.

Hay que tomar en cuenta el riesgo latente de la arbitrariedad de los poderes públicos en este sentido, pues la discrecionalidad ha sido muy cuestionada en el ámbito judicial para efectos de la interpretación de la norma, aspecto que representa aún mayores riesgos en la Función Ejecutiva.

Frente a este riesgo se renueva la necesidad de la principal garantía del positivismo jurídico y, por medio del principio de juridicidad, someter a la función ejecutiva en la cual se puede concretar con mayor facilidad lo despótico del poder. Solo así dentro de la motivación se deberá determinar con claridad la razón por la cual la consecuencia propia de la ley, no implica una legitimación material en contraposición con otras fuentes del Derecho y la contradicción que imposibilita la subsunción normativa; estos aspectos tendrán la posibilidad de ser confrontados en el ámbito judicial.

De tal análisis en la motivación del acto y en aplicación de la Constitución, surge entonces la potestad discrecional de resolver frente a un principio (mandato de optimización) y resolver en

⁶⁸ Ídem, p. 81.

⁶⁹ Art. 6. Reglamento del Control de la Discrecionalidad en la Administración Pública.

aplicación constitucional directa, la cual se diferenciará de aquellos casos en que únicamente responden a un ejercicio de inaplicación de una norma secundaria frente a una regla de carácter constitucional (principio de jerarquía normativa).

En ambos casos no se trata de un acto arbitrario, sino que se determinará para cada situación si consiste en un acto discrecional de la administración; o, en su defecto, un acto reglado de la administración con origen constitucional directo.

1.4.1. Validez en los actos discrecionales.

Un acto discrecional no se encuentra al margen del Derecho ya que, si bien interviene la subjetividad de las o los servidores públicos, intrínsecamente contiene elementos reglados que condicionan al acto y su legitimidad, y que deberán estrictamente regirse por principios del Derecho Administrativo; por lo que, si bien la resolución puede abstraerse de varias soluciones, estas deben derivarse del mismo ordenamiento jurídico de tal forma que: “el primer elemento de todo acto es la competencia del órgano que lo dicta, es decir la potestad en sí para dictarlo [...] El segundo elemento es la forma, que generalmente también es reglada [...] El tercer elemento es el procedimiento. Aunque no todos, un gran número de actos requieren de un procedimiento previo [...]”.⁷⁰ Estos tres elementos analizados bajo el principio fundamental de la razonabilidad que se encontrarán expresados en la motivación del acto administrativo.

1.4.1.1. La competencia del órgano que dicta el acto discrecional.

La potestad “es, en consecuencia, el Poder Público único del Estado dosificado y distribuido para su efectivo ejercicio, en cumplimiento de fines específicos, entre varios órganos, además,

⁷⁰ Juan Francisco Palacios, *El Control de la Discrecionalidad Administrativa*, en Revista Jurídica, No. 2002/15, Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2002, p. 39.

sometido al Derecho formal positivo, en el ámbito del cual, éste, siempre tiene la última palabra.⁷¹; y para los organismos públicos, esta se ejerce en medida de la competencia que les otorga la ley en razón de la materia, el territorio, las personas o el grado.

Este elemento subjetivo de la competencia en la emisión de un acto discrecional significa que sea emitido por el órgano que tenga la facultad y atribución para el efecto, y así cumplir con el contenido del Art. 226 del Constitución, puesto que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley, y no fuera de ellas.

1.4.1.2. El procedimiento y la forma.

El procedimiento y la forma, como elemento reglamentado responde a que el acto discrecional respete el procedimiento previo a la emisión del acto; tal como lo resume el Art 9 del Reglamento de control de la discrecionalidad ecuatoriano, en el cual se incluye que se deberá valorar las alternativas posibles, la relación costo-beneficio que supone cada una de estas (no solo desde un punto económico, sino a los efectos y una valoración principal; de tal forma que "la decisión debe ser, en consecuencia, ponderada."⁷²).

Además el acto responde también al ámbito de la formalidad, puesto que deberá ser notificado para su eficacia y respetar su contenido, por ejemplo con lo siguiente: a) indicación del titular del órgano; de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo; de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación; y, de los actos de

⁷¹ Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010. p.150.

⁷² Esto corresponde al texto original del Art. 9 del Reglamento para el control de la discrecionalidad de la administración pública, en la cual se menciona ya la ponderación pese a que norma fue expedida en el año 2002; de manera anterior a la Constitución 2008.

simple administración, informes, estudios o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto; b) los actos se producirán por escrito; contendrán la decisión, que deberá ser motivada; y c) se expresarán los recursos y acciones que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos; y la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.⁷³

1.4.1.3. Principio de Razonabilidad.

El principio de razonabilidad, como parte medular de la discrecionalidad, requiere que la decisión siendo racional pueda además de ser calificada como razonable, lo que significa un proceso que involucran a su vez la finalidad del acto, en tanto sea cierto y jurídicamente posible, y que constituya una medida proporcionalmente adecuada a dicha finalidad, esta de importancia en la valoración de dicho acto discrecional.⁷⁴

Dentro de este principio, se deben considerar los fines del acto para de evitar la *desviación de poder* en cuanto se conceptualice la causa que motivó el acto en relación directa con el fin que efectivamente cumple, por lo que se da tal desviación si existe una contradicción entre la causa del ejercicio de la potestad con la consecuencia obtenida; y, de la misma forma, se debe considerar la necesidad que fundamenta la opción jurídica que se ha escogido entre varias presentes.

La razonabilidad se debe entender como ese fundamento de justicia y legitimación material que se ha mencionado debe cumplir el acto de la administración pública, y que se expresa en que su motivación se fundamente en la necesidad y dirigido a la materialización de la justicia y los derechos; para esto es indispensable recurrir a una correcta argumentación jurídica.

⁷³ Art. 121, Art. 16 y 156 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

⁷⁴ Art. 10 y 11 del Reglamento de Control de la Discrecionalidad de la Administración Pública.

1.4.2. Conceptos jurídicos indeterminados.

Para la aplicación de la discrecionalidad administrativa y la contraposición con el acto reglado, de manera imprescindible, se debe hacer una diferencia relevante con la presencia de conceptos jurídicos indeterminados que influyen directamente en el ámbito de la aplicación de una regla; y, de tal forma que, visto en el ámbito administrativo, pueda quizá proyectarse en el ámbito constitucional para conciliar la contraposición de las nuevas tendencias jurídicas:

[...] es necesario aclarar que existen casos en los que el legislador no ha querido dar una potestad discrecional a un órgano administrativo, sino que, ha utilizado al momento de dictar una norma, *conceptos jurídicos indeterminados*, es decir, expresiones que para realizarse requieren de un análisis concreto en el caso examinado, puesto que la realidad no admite una determinación más precisa. Sin embargo, la calificación de la realidad puesta a examen al órgano no permite más que una solución.⁷⁵

Expuesto de esta manera, la presencia de conceptos jurídicos indeterminados significa encontrarse con un acto reglado, cuyo efecto se difumina en la determinación del concepto contenido en la norma, de tal forma que se correlacionan los principios con las reglas, pues en la interpretación de dicho concepto se deberá buscar la solución que más se acerque a la justicia y a la plena vigencia de los derechos fundamentales, para que finalmente se aplique la regla en ese sentido y “[...] la administración buscará su concreción a cada situación particular en función de los aspectos inequívocos que rodean cada circunstancia, procurando encontrar una única solución justa, aplicable al caso en concreto, en el marco de la potestad y competencia de la administración”⁷⁶.

Luego, verificado el supuesto de hecho se aplica una sola consecuencia jurídica sin ser discrecional por parte del funcionario, más su subjetividad interviene para determinar el concepto expuesto en la norma. La legitimidad del acto estará sujeta a la revisión de las consideraciones dentro de la determinación del concepto que realicen las y los funcionarios públicos más que en la aplicación del precepto.

⁷⁵ Juan Francisco Palacios, *El Control de la Discrecionalidad...* p.29.

⁷⁶ Art. 8 Reglamento para el control de la Discrecionalidad de la administración pública.

Para la determinación de dichos conceptos, los métodos argumentativos permiten de mejor forma la limitación a la discrecionalidad, lo que en posterior se complementará con la abstracción del presupuesto y la única consecuencia prevista.

Por parte del Derecho Administrativo, se vislumbran que los elementos analizados: el control de elementos reglados en la potestad discrecional, el principio de razonabilidad, y la presencia de conceptos indeterminados serán la conexión entre las aplicaciones constitucionales con las actuaciones administrativas; y, con la finalidad de cumplir con el principio de juridicidad que sujeta a la administración al Derecho, se vuelve aún más necesario en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa: "cuando la legalidad es la regla en el comportamiento de la administración en las sentencias de los jueces, la excepción puede asumirse y hasta justificarse, precisamente por ser excepción"⁷⁷.

⁷⁷ Juan García Amado en J. Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p.27.

CAPITULO II

DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD HACIA EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

La principal incidencia del posicionamiento de la Constitución dentro del Derecho Administrativo es la transición del principio de legalidad hacia el principio de juridicidad, en la cual las actuaciones administrativas no pueden respaldar su motivación por la mera legalidad (legitimación formal), sino que además deben incorporar una posición crítica de la norma legal y reglamentaria para la promoción los derechos y garantías fundamentales (legitimación material).

Esta transformación no puede descartar en absoluto al principio de legalidad, ya que esto implicaría la negativa a su función primordial frente a la interdicción de la arbitrariedad, así "tiene estrecha relación con el principio de la división de los poderes públicos, pues su finalidad es la de precautelar que la actividad de cada uno de éstos se ejerce acorde con las potestades que le asigna la Constitución o la Ley"⁷⁸

Una de esas potestades es la aplicación directa de la norma fundamental, pero esto no puede implicar dejar de lado el desarrollo normativo y legislativo; actividad que actualmente exige una mayor calidad técnica en su elaboración para que sea una herramienta útil.

El principio de juridicidad no implica una confrontación dialéctica con la legalidad, sino una complementariedad en tanto se propone la superación del principio hacia la inclusión de otras fuentes del Derecho, es decir, el respeto al principio de separación de poderes, a la seguridad jurídica y a la interdicción a la arbitrariedad, pero sin dejar de reconocer la necesidad de nuevos elementos hermenéuticos para la aplicación directa de los derechos y principios constitucionales, y de hecho, la aplicación en general de todo el Derecho para el ejercicio de la administración pública.

⁷⁸Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010. p. 149.

De tal forma se expresa la necesidad que, conjuntamente con la legalidad, se ponga mayor atención frente a la correcta elaboración de las leyes para que constituyan una fuente importante dentro del ordenamiento jurídico y que den continuidad a la aplicación de los demás principios del Derecho Administrativo que permitan cumplir con la justicia:

[...] se habla demasiadas veces de la Constitución como tal fuente y se la presenta precisamente como defensa y alternativa ante la corrupción de la ley por el poder legislativo. Pues bien, lo que estas razones muestran es que es un modo equivocado de enfocar el problema porque la Constitución puede y debe, en efecto, recoger todas esas exigencias y argumentos éticos y plasmarlos en un texto, y con ello puede condicionar genéricamente el contenido de las leyes, pero es impensable que puede ser un vehículo idóneo para sustituirlas en toda la variedad y complejidad de sus contenidos. Y la jurisprudencia, de cualquier clase y jerarquía que sea, no puede hacer ni lo uno ni lo otro. Por eso parece necesario volver a recordar que el núcleo más importante y decisivo del ordenamiento jurídico debe estar integrado por un cuerpo coherente de leyes generales y abstractas a las que se ha de tributar un deferencia privilegiada [...]"⁷⁹

Bajo estas apreciaciones, el principio rector del Derecho Administrativo debe ser aquel de juridicidad, es decir, aquel en el cual la administración pública en sus actividades debe estar sujeto a todo el ordenamiento jurídico y a todas las fuentes del Derecho; lo que implica un ejercicio racional mayor en cada acto de la administración y el manejo de nuevas herramientas hermenéuticas. Para el efecto, es necesario recordar como límite para la Administración Pública a la *tutela efectiva de los derechos*, sin que en su actividad se atribuya las facultades de la Función Judicial, la cual será quien en última instancia y en análisis de la motivación del acto del poder público determine si la actividad administrativa no vulnera derechos o contraviene la Constitución.

En el conjunto de actividades de la administración pública y de las normas presentes en el ordenamiento jurídico, se podrán encontrar con aquellos casos en los cuales su grado de complejidad no es mayor, pues "los casos fáciles o casos claros serían aquellos en los que la justificación de la respuesta jurídica no plantea dificultades en la medida en que las premisas

⁷⁹Francisco J. Lapporta *El Imperio de la ley, Una visión actual*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 167.

normativas y fácticas son claramente identificables⁸⁰; pero, bajo las mismas consideraciones, se estará presente con una situación totalmente contrapuesta, “[...] los casos difíciles son aquellos en los que debido a ciertos problemas que afectan a la/s premisa/s normativa/s y/o fáctica/s, surgen dificultades en relación con la justificación externa que hacen imposible aplicar mecánicamente mecanismos como el silogismo jurídico y que ponen en cuestión que exista una única respuesta correcta y determinada para el caso.”⁸¹ Para éstos últimos, su resolución implicará una mayor complejidad para el cumplimiento del principio de juridicidad en la actuación administrativa.

En consecuencia del grado de complejidad se presenta la utilización de los métodos de interpretación y aplicación del Derecho, y cada una de las herramientas hermenéuticas, en primer lugar a través de la subsunción de la norma; “[...] es verdad que si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación alguna [...]”; y así determinar la legitimidad formal y legitimidad material en la decisión.

Si frente a esta complejidad, las o los servidores públicos, se encuentran ante una duda razonable sobre la legitimidad material y constitucionalidad de la norma aplicable, entonces “[...] existe un problema de principios y es preciso ponderar”; y, de esa forma, se servirá de otras fuentes del Derecho y ha de aplicar directamente los derechos, principios y garantías constitucionales que como consecuencia acarrea la inaplicación de la norma secundaria.

El principio de juridicidad expresado en la Constitución debe ser entendido bajo las consideraciones que se ha mencionado para encontrar el verdadero alcance de su precepto:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de

⁸⁰ David Martínez Zorilla, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 33.

⁸¹ Ídem, p. 33.

coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

En este sentido, el principio de juridicidad se expresa a través de dos supuestos en la administración pública que en ejercicio de la potestad pública: a) ejerce *solamente* las competencias y facultades que le son atribuidas por la Constitución y la ley; y, b) que debe hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos fundamentales (constitucionales).

Lo mencionado encierra la nueva concepción que se construye frente al ámbito de lo administrativo, puesto que de esa forma se entenderá que el “Derecho Administrativo de la segunda modernidad requiere una nueva piel, nuevas técnicas, nuevos instrumentos. Los administrativistas debemos ayudar a confeccionarlas, no tratar de seguir enfundándolo en la vieja piel, una piel en muchos aspectos inservible, demasiado rígida y poco flexible”⁸².

Dentro de esto se encuentra la necesidad del conocimiento y utilización de métodos y herramientas hermenéuticas de la ley, pero también de la Constitución que, más allá que tengan su amplio desarrollo en la jurisdicción constitucional, deben aplicarse al ámbito administrativo y contencioso administrativo.

2.1. Aplicaciones constitucionales en las actuaciones administrativas.

Como consecuencia de la juridicidad y la constitucionalización del Derecho Administrativo, se deben reforzar las herramientas hermenéuticas legales con la incorporación de aquellas de origen constitucional; y, para el efecto, obtener la correcta aplicación del ordenamiento jurídico que otorgue a las actuaciones administrativas validez y eficacia, es decir, como acto público contenga la legitimación formal y material necesaria.

⁸² Schimidt-Assmann en Gustavo Penagos, *Bases Jurídico Políticas del Derecho Administrativo*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009, p. 429.

Un primer efecto de la constitucionalización en el ámbito hermenéutico es la incorporación de principios de interpretación constitucional que, en su efecto irradiador, afecta a las actuaciones administrativas y su motivación, por lo que es necesario hacer una diferencia de carácter académico sobre la aplicación de la Constitución conscientes que, en el proceso racional que determina la motivación en una resolución administrativa, no es tan evidente tal disgregación.

Se debe distinguir entre la aplicación directa e inmediata de derechos y garantías (como principios y mandatos de optimización) y aquel proceso de aplicación de normas constitucionales (como reglas) proveniente de la jerarquía normativa, ambas plasmadas en la propia Constitución.

Para el efecto, se ha de identificar la conformación y distinción lingüística del precepto constitucional y entender la diferencia entre los derechos, las garantías, y las normas que se encuentran en la Constitución para definir el método de aplicación para cada uno de estos; sin embargo, no se puede dejar de lado que estas categorías interactúan de forma permanente en las situaciones administrativas en lo cotidiano.

La diferencia propuesta permitirá ilustrar de mejor forma el proceso de aplicación de la Constitución y confrontarla con la práctica administrativa ecuatoriana, con el fin de estructurar y visualizar un proceso interpretativo adecuado para el ámbito administrativo.

La Constitución ecuatoriana prescribe en el ámbito de su aplicación dos situaciones diferentes, la primera de ellas corresponde a la aplicación directa e inmediata de derechos, garantías y normas (Art. 11 núm. 3), y la segunda a la aplicación de normas constitucionales bajo el principio de jerarquía normativa (Art. 425); ambos aspectos que se incluían ya en la concepción de la Constitución vigente de 1998⁸³, pero que en la actualidad significa una necesidad de análisis en

⁸³ La Constitución ecuatoriana de 1998 vigente hasta el 2.008 prescribía los dos principios de aplicación constitucional: "Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. [...] y Art. 272.- La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. [...] Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes,

consideración a la tendencia que se ha marcado en el ámbito administrativo y jurisdiccional ordinario; y, sobre todo con mayor visualización en la marcada relevancia de la jurisdicción constitucional actual expresada por la misma Corte Constitucional:

[...] La Constitución de la República marca diferencias considerables y sustanciales con respecto a la Constitución Política de 1998. Así, por ejemplo, en cuanto a *garantías jurisdiccionales* de los derechos constitucionales se refiere, se puede constatar un avance significativo en la protección y justiciabilidad de derechos. Mientras las *garantías constitucionales* previstas en la Constitución Política de 1998 se caracterizaban por su naturaleza meramente cautelar, las nuevas *garantías jurisdiccionales*, pasan a ser declarativas, de conocimiento, ampliamente reparatorias y excepcionalmente cautelares. Es decir, que a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, el juez constitucional, a través de sentencia, está en capacidad de analizar el fondo de un asunto controvertido, y como consecuencia de ello, tiene la obligación de declarar la violación a un derecho y reparar las consecuencias que éste puede experimentar.⁸⁴

2.1.1. Aplicación directa de los derechos y garantías.

Una de las mayores expresiones de la irradiación constitucional en todos los ámbitos y en especial para el caso del Derecho Administrativo, es la aplicación directa de la Constitución para todas las situaciones jurídicas, y como tal se encuentra claramente prescrito como principio de aplicación de la misma:

Art. 11.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

[...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.”

⁸⁴ Sentencia No. 002-09- SAN-CC de la Corte Constitucional de Ecuador, publicada en el Registro Oficial Suplemento 556 del 8 de abril del 2009, en negativa a una acción de incumplimiento.

De la lectura de esta norma es necesario puntualizar tres aspectos fundamentales, el primero consiste en las categorías jurídicas sobre las cuales recae el principio de aplicación, es decir, únicamente sobre derechos y las garantías; en segunda instancia se refiere a que la aplicación será directa e inmediata; y, por último, para dicha aplicación no puede alegarse falta de norma jurídica.

Bajo este precepto constitucional, la aplicación directa e inmediata corresponde únicamente a derechos y garantías tanto estén normativizados interna o internacionalmente, situación que se desprende del número 3 y 7 del mismo artículo citado, e incluso no requieren de representación lingüística normativa; por tal razón, dicha aplicación no corresponden a toda norma –regla- constitucional cuya aplicación estará bajo otra consideración como en lo posterior se analizará.⁸⁵

La característica principal de este principio es que la aplicación es directa e inmediata, lo que refiere específicamente a no requerir del desarrollo en normativa secundaria como supuesto necesario para su procedencia, lo que a su vez configura dos escenarios distintos: en caso de ausencia de normas secundarias y en contra de norma secundaria expresa.

De alguna forma el principio de aplicación directa e inmediata, con mayor claridad, se encuentra presente en el supuesto de ausencia de norma legal o reglamentaria, ya que es donde realmente de manera directa e inmediata es posible garantizar el pleno ejercicio de los derechos. Esto no obsta la inclusión de la aplicación que conlleva la incompatibilidad de normas secundarias con la opción jurídica que se deriva del pleno ejercicio de un derecho o garantía.

Por la naturaleza de los derechos y garantías, como mandatos de optimización, es imposible recurrir al método de subsunción en primer momento, pues no se encuentran determinado el supuesto de hecho en lo positivo; de tal forma que el método aplicable será de un carácter argumentativo.

⁸⁵ Ver análisis del apartado 2.1.2. de esta investigación.

En cambio, para el caso de encontrarse los derechos y garantías representados lingüísticamente, es necesario diferenciar la estructura en la cual se la formula para de esa forma determinar los lineamientos hermenéuticos.

Si consta únicamente en su declaración por medio de una estructura declarativa, entonces se deberá obtener el principio y la regla con la aplicación de métodos de argumentación y sobre todo por la ponderación, así por ejemplo los contenidos en el Art. 66 de la Carta Magna:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

Si se ha positivizado el principio, derivado del derecho y base de la garantía⁸⁶ y a través de la representación de una regla con estructura imperativa, se entenderá que el derecho o la garantía está contenida en dicha norma de tal manera que es posible la subsunción, por ejemplo:

Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

Realizada esta diferencia previa y determinada la regla, en caso de estar positivizada o no, entonces podrá ser aplicada al caso concreto y a través del método más adecuado. En el caso de contraposición de la norma legal o reglamentaria frente a reglas positivizadas se responde a una naturaleza distinta y expuesta en el Art. 426 de la Constitución que señala:

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

⁸⁶ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, ciudad Fernández, Editorial Trotta, 2009, p. 109. Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios.

Tal como se desprende del contenido de esta norma, la aplicación directa que se refiere responde a un ámbito de jerarquía, pues responde a la aplicación del ordenamiento jurídico y más bien propio del orden jerárquico que se enuncia en la misma constitución; de tal forma, la aplicación referida a un derecho o garantía positivizado responde a la aplicación directa pero en conjunción con el principio jerárquico.

2.1.1.1. En ausencia de norma.

Esta situación de análisis está enfocada a la aplicación directa de un derecho o garantía que no implica la contraposición directa con un precepto normativo secundario expreso; de tal forma que dicha aplicación no conlleva como consecuencia la inaplicación de un precepto legal o reglamentario, sino que implica un ejercicio aplicativo en vista de la ausencia de norma –regla- expresa pues “los individuos siempre acabarán desbordando las previsiones del legislador, por muy precavido que éste sea. Y, sin embargo, en el ordenamiento tiene que haber una respuesta para cualquier tipo de relación que se establezca entre los individuos”⁸⁷

Bajo este razonamiento, debe focalizarse que esta aplicación directa e inmediata en lo administrativo generalmente estará presente en el procedimiento, sean estos declarativos o sancionatorios, mas no en actuaciones de carácter interno de la administración o de formación de actos normativos, puesto que el presupuesto básico para la aplicación directa e inmediata son los derechos y garantías ciudadanas en una relación directa con los órganos públicos. Esto en una primera consideración para que la aplicación directa constitucional no deforme en un acto arbitrario.

⁸⁷ Javier Pérez Royo en Juan Carlos Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Andrade & Asociados, 2007, p. 43.

La segunda consideración que se debe tomar en cuenta trata sobre la legitimación formal del acto que conlleva la aplicación directa de los derechos y garantías, ya que de forma análoga a lo que se ha determinado para la y el juez aplicaría para las y los servidores públicos:

[...] cuando la jurisdicción pueda al menos servirse de algún apoyo legal, aunque sea vago e impreciso, las dos fuentes de legitimación pueden entrar en conflicto entre sí, ya que, de un lado, la tutela sustancial de los derechos fundamentales sancionados por la Constitución exige del juez la discrecionalidad y hasta una inventiva judicial que haga posible de algún modo la justiciabilidad de los mismos incluso más allá de la letra y de las lagunas de la ley ordinaria; pero por otro lado, la falta de articulaciones legales en la atribución de los derechos y la sujeción del juez a la ley hacen débil e incierta la legitimidad formal (además de la probabilidad) de tal inventiva.⁸⁸

En consecuencia, la mencionada legitimación formal para estos caso que resultan de la ausencia de una norma expresa responde entonces a un ejercicio de la discrecionalidad administrativa de las o los servidores públicos, de tal forma que debe regirse a los elementos reglados⁸⁹ del ejercicio discrecional; y por lo cual, se deberá respetar el aspecto de la competencia del órgano para la aplicación directa, la forma y el procedimiento de hacerlo, y finalmente la razonabilidad de la opción jurídica tomada. Es necesario recordar que “el poder administrativo en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para lo cual fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también su conformidad a la Ley y al Derecho a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental.”⁹⁰

De manera ejemplificativa, en base al denominado derecho a la legítima defensa y las garantías del debido proceso, se puede derivar la posibilidad de la realización de audiencias de interesados en todos los procedimientos administrativos para la expresión de su defensa.

⁸⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 919.

⁸⁹ Ver sobre el tema de los elementos reglados en la potestad discrecional en el Capítulo I apartado 1.4.1 de esta investigación.

⁹⁰ Tomás R. Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Pamplona, Thomson Civitas, 2008, p. 83.

En determinados procedimientos administrativos en la legislación ecuatoriana no se expresa la realización de audiencias de interesados; por ejemplo, en el caso del Código Tributario frente al conocimiento de contravenciones o infracciones reglamentarias:

Art. 363.- Siempre que el funcionario competente para imponer sanciones descubriere la comisión de una contravención o falta reglamentaria, o tuviere conocimiento de ellas por denuncia o en cualquier otra forma, tomará las medidas que fueren del caso para su comprobación, y mediante un procedimiento sumario con notificación previa al presunto infractor, concediéndole el término de cinco días para que ejerza su defensa y practique todas las pruebas de descargo pertinentes a la infracción. Concluido el término probatorio y sin más trámite, dictará resolución en la que impondrá la sanción que corresponda o la absolución en su caso.

Tal como se desprende, el procedimiento que se fija es sumario, en el cual se fija el término de cinco días para ejercer la defensa; en el cual por tanto aplicaría lo prescrito en la Constitución:

Art 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Pese a la ausencia de norma expresa en la cual se manifieste la posibilidad de llevarse a cabo una audiencia, en aplicación directa e inmediata de esta garantía el administrado, podría solicitarla e incluso de oficio la o el servidor público podría ordenarla.

Para el efecto, la discrecionalidad del funcionario se encuentra en decidir que se lleve a cabo o no dicha audiencia, y si tal situación vulnera o no dicha garantía; entonces en un análisis se debe considerar los elementos reglados de la misma, en el cual la competencia será del funcionario que sustente el procedimiento en base a la normativa tributaria y administrativa interna, la forma exige la convocatoria que por su naturaleza consiste en un acto de simple administración, su realización una vez instruido el procedimiento y antes de redactar la resolución, y solo previo traslado a las partes.

La razonabilidad de la convocatoria y realización de la audiencia dependerá entonces de la necesidad de hacerlo, por medio oral o si basta que se lo haga de manera escrita, en base al caso

concreto y la importancia del medio probatorio; por ejemplo, la existencia de nuevos hechos y documentos.⁹¹

En el caso de no respetarse estos elementos, entonces el acto de supuesta aplicación directa constitucional se convertiría en un acto arbitrario, lo que implicará la obligación que dentro de la resolución final y en su motivación se haga referencia a la argumentación jurídica sobre la cual se negó o aceptó la audiencia con el fin de sustentar la decisión para cada caso concreto.

Como se desprende inmediatamente esta garantía es totalmente extensiva a los procedimientos en sede administrativa, por ejemplo al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización (COOTAD) que de igual forma no contiene una norma referente a audiencia de interesados en sus procedimientos administrativos; sin embargo, debe considerarse que la aplicación es para un caso concreto, por lo cual no implica la aceptación en todos los procedimientos sino los que resulten necesarios, pues de no hacerlo así, se afectaría el libre desarrollo de la actividad de la administración pública.

La aplicación directa constitucional de esta garantía representa que, pese a la ausencia de norma legal o reglamentaria, se realice la audiencia en los procedimientos administrativos y de esa forma la o el servidor público a cargo del procedimiento no tendrá más que, en dicha aplicación, dictar como un acto de simple administración la convocatoria a audiencia pública, en el cual deberá justificar la necesidad de la misma y bajo qué argumentos lo hizo.

2.1.1.2. Contra norma expresa.

La situación que se prevé en este apartado es la existencia de un precepto normativo secundario expreso que implique la contraposición frente a una aplicación directa de un derecho o

⁹¹ En el caso del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el Art. 190 prescribe la procedencia de la audiencia: "Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario"

garantía constitucional, de tal forma que dicha aplicación resulte a su vez en la inaplicabilidad de un precepto legal o reglamentario para un caso concreto.

Como primera consideración se debe analizar que la facultad de declarar inconstitucional una norma jurídica es privativa de la Corte Constitucional⁹² en un sistema concentrado de control de constitucionalidad, por lo cual y para estos casos, como consecuencia de la aplicación directa de derechos y garantías, lo que realiza la o el servidor público es inaplicar, por inconsistencia material, determinada norma legal o reglamentaria para un caso concreto.

En cumplimiento de la aplicación directa de los derechos y garantías, y del principio de juridicidad se produce la facultad de inaplicar un precepto legal o reglamentario por su contradicción con la Constitución para las y los funcionarios públicos, mas únicamente para casos concretos y no con carácter general tal como prescribe el Art. 11 núm. 3 de la Carta Magna; sin perjuicio que la administración, con base a la publicidad de la acción correspondiente, solicite la declaratoria de inconstitucionalidad por una obligación ética.

Dicha inaplicación es indispensable ya que si se exige de las y los funcionarios públicos la aplicación de la Constitución como resultado del principio de juridicidad, en caso de normas inconstitucionales no puede sino dejarlas de aplicar.

Sin embargo, a esta aplicación directa debe vincularse la calidad de positivizado del principio o regla derivada del derecho o garantía constitucional, pues en ese sentido debe entenderse el inciso segundo del Art. 426 de la Constitución: "Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.", el cual vincula a

⁹² Constitución ecuatoriana vigente: "Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. [...]"

dicha aplicación al principio de jerarquía normativa. Obviamente las normas que refieren este precepto contienen la positivización de los derechos y garantías, y su estructura lingüística puede expresar un mandato de optimización o un imperativo.

Bajo esta distinción se debe considerar que en un primer caso, la aplicación de un derecho o garantía, cuyo principio o regla no se encuentre positivizado, responderá a una forma directa e inmediata que implicará la inaplicación de una norma secundaria en un caso concreto, para lo cual se recurrirá a un método argumentativo indefectible para obtener la opción jurídica que mejor cumpla la vigencia del derecho invocado.

En otra situación, en cambio se deberá considerar la aplicación cuando el derecho, la garantía, el principio, o la regla que se deriva de ellos se encuentra positivizado, pues se definirá mediante el método de subsunción y con una posición crítica para determinar el alcance de la norma constitucional bajo el principio de jerarquía normativa, y de esa forma, mediante métodos argumentativos, concretar la legitimación material del acto frente a la norma secundaria.

De forma ejemplificativa podemos recurrir al principio de inocencia en la garantía del debido proceso y del derecho a la legítima defensa de los ciudadanos, frente a una norma del régimen sancionatorio administrativo de hidrocarburos en el Reglamento a la Ley 2007-85 reformativa a la Ley de hidrocarburos y al Código Penal⁹³:

Art. 11.- Carga de la prueba.- Es obligación del sujeto de control probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en su escrito de pruebas de descargo y que ha negado expresamente el Director Nacional de Hidrocarburos, o su delegado, salvo aquellos que se presuman legalmente.

El cuestionamiento a la legitimación material de la norma citada se encuentra en la contradicción con la carga de la prueba que se invierte en contra de los sujetos de control, puesto

⁹³ Expedido mediante Decreto 1036 publicado en el Registro Oficial 331 del 7 de mayo del 2.008.

que se debe probar lo afirmado primeramente, e incluso lo que la autoridad pública ha negado, aspectos totalmente contrarios al principio constitucional de la inocencia:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

En consideración a este principio frente a la carga de la prueba nadie debe probar su inocencia, de tal forma que en todo procedimiento administrativo la carga de la prueba no puede ser del administrado sino de la Administración que ataca su inocencia, por lo que la norma citada es contradictoria con el principio de inocencia; por lo que es inaplicable en primer momento.⁹⁴

Sin embargo el proceso racional para fijar la inaplicación está sujeto a la hermenéutica constitucional, y es necesario determinar dos aspectos fundamentales previos a la inaplicación de la norma señalada a un caso concreto.

Primero, es necesario recurrir a las reglas de interpretación constitucional, una de ellas al principio de ponderación -cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro-⁹⁵ por el cual la aplicación de un principio no puede violentar otro de rango constitucional para lo que debe tomarse en cuenta la siguiente norma constitucional:

Art. 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. [...] Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para

⁹⁴ La situación de indefensión se agrava con la disposición contenida, a continuación, en el Art 13 del mismo Reglamento, que prescribe: "Art. 13.- Gastos a cargo de los interesados.- Si las diligencias fuera de la oficina o de la dependencia de la Dirección Nacional de Hidrocarburos – hoy Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos- fueran solicitadas por el sujeto de control o un tercero interesado, los gastos serán de cuenta del solicitante, quien previó a la diligencia depositará en la cuenta especial de la Dirección Nacional de Hidrocarburos los valores correspondientes."

⁹⁵ La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatoriana vigente prescribe en Art. 3 núm. 3 que: "[...] 3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro."

obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado. [...].

(El subrayado es del autor)

La citada norma es la máxima expresión de la responsabilidad objetiva en el ámbito ambiental por la cual se justifica la reversión de la carga de la prueba que representa la obligación de probar por aquella parte que se encuentra en una mejor posición de hacerlo⁹⁶

En completo cumplimiento estricto del mandato constitucional y bajo la interpretación realizada en el caso concreto, la o el funcionario público deberá inaplicar el contenido de la norma citada en el régimen de hidrocarburos e incompatible con el principio de inocencia; sin embargo el alcance de dicha inaplicación no abarca a todos los casos de las infracciones, ya que parte del razonamiento será la diferencia de las infracciones de aquellas que corresponden a un daño ambiental, y en estas últimas, la reversión de la carga probatoria no implica ninguna vulneración constitucional.

Este breve razonamiento determina la existencia de un acto discrecional de la administración pública para el cual se hace uso en un primer momento del método subsuntivo y del principio jerárquico para determinar la falencia en la legitimación material del acto, pero a través del método de argumentación jurídico se busca su legitimación, y por integralidad se determina el alcance de la aplicación de la norma secundaria más conforme con los derechos, principios y garantías constitucionales. Este aspecto con mayor fundamento deberá constar en la motivación del acto administrativo para representar la materialización de la incursión de la hermenéutica constitucional en el Derecho Administrativo.

⁹⁶ Cfr. Jaime Azula Camacho, *Manual de Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial Temis, 2008, p. 51.

2.1.2. Aplicación de la Constitución por el principio de jerarquía normativa.

Dentro de la estructura de la Constitución, como manifestación lingüística, se expresan normas constitucionales bajo una estructura de regla y bajo el criterio de imperativo lógico, es decir cumplen la estructura lógica del debe ser y, en determinados casos, corresponden a reglas positivizadas derivadas de mandatos de optimización –derechos y garantías- que se encuentra en la misma Constitución:

Acceptar que los derechos fundamentales son Derecho objetivo no conlleva sino admitir que son normas jurídicas y que por su rango jerárquico supremo son parte del sistema de fuentes que condicionan la validez del sistema, pues, son normas de las que derivan derechos y obligaciones y, además, tienen efecto derogatorio de normas preconstitucionales que sean contrarias a tales normas-principios de derechos y determinan, tales preceptos fundamentales, los procesos de aplicación normativa, desde la obligatoriedad de interpretar los preceptos conforme la normativa constitucional, hasta la integración o relleno de las lagunas que presenta el Ordenamiento jurídico.⁹⁷

En coincidencia con este argumento, la positivización de reglas directamente relacionadas a los derechos fundamentales constituyen, para efectos de interpretación, normas constitucionales que responde a una visión positiva del Derecho de un ordenamiento jurídico autosuficiente y de unidad, tal visión se expresa en el Art. 425 de la misma Constitución que prevé la aplicación de normas constitucionales bajo el principio de jerarquía normativa:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

⁹⁷ J. Zavala Egas, *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 70.

De la lectura de este precepto, claramente se expresa la diferencia que la Constitución propone entre la aplicación de los derechos y las garantías expuestos (Art. 11) y las normas constitucionales (Art. 425), ya que las primeras se aplican bajo el criterio expuesto como directo e inmediato mientras que sobre las normas constitucionales se hace referencia a su aplicación directa bajo la visión de la jerarquía del ordenamiento, sea que en su contenido reconozcan derechos y garantías o contengan un principio positivizado, e incluso si constituyan meras reglas programáticas de la parte orgánica de la Constitución.

Bajo esta impresión de la aplicación al amparo del Art. 425 de la Carta Magna, debe entenderse que su objeto se basa en las normas constitucionales, es decir, como elemento lingüístico imperativo a diferencia de los derechos y garantías; luego el método de la subsunción constituye una de las herramientas hermenéuticas principales bajo el criterio “[...] jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior, el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial.”⁹⁸ Adicionalmente, se debe considerar que “las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”⁹⁹

La aplicación directa de normas constitucionales por jerarquía normativa en un caso concreto excluye la posibilidad de ausencia normativa, pues siempre existe una norma sea de rango constitucional, pues en ausencia de una de carácter legal o reglamentario, la constitucional existente es directamente aplicable por su jerarquía.

⁹⁸ Luis Prieto Sanchis, *El juicio de ponderación constitucional*, en Miguel Carbonell, ed., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 86.

⁹⁹ Art. 427 de la Constitución ecuatoriana vigente.

2.1.2.1. Inaplicación de una norma secundaria en casos concretos.

La situación prevista en este apartado hace relación a la inaplicación de una norma secundaria en un caso concreto por su inconstitucionalidad, ya que por el principio de jerarquía normativa dicha norma, pese a su existencia, carece de validez formal; por lo cual, la jerárquica superior debe ser aplicada directamente y la administración pública, al estar en obligación de resolver apegada a Derecho, realizará un proceso racional en el cual interpreta y aplica las normas jurídicas frente a los hechos inmersos en la cuestión administrativa y con una visión crítica de las mismas.

La solución frente a tal contradicción, de conformidad al citado Art. 425, es la aplicación por jerárquica superior de la regla constitucional de manera directa, es decir al ser un imperativo que contiene un supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, simplemente se aplica por subsunción normativa en el caso concreto.

Para ejemplificación podemos citar la siguiente norma constitucional:

Art. 318.- El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua. [...]

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.

(Lo subrayado es del autor).

Esta norma constitucional fija con claridad la prelación en la gestión de recursos hídricos; con distintas concepciones a las previstas en la Ley de Aguas:

Art. 36.- Las concesiones del derecho de aprovechamiento de agua se efectuarán de acuerdo al siguiente orden de preferencia:

- a) Para el abastecimiento de poblaciones, para necesidades domésticas y abrevadero de animales;
- b) Para agricultura y ganadería;
- c) Para usos energéticos, industriales y mineros; y,
- d) Para otros usos.

En casos de emergencia social y mientras dure ésta, el Consejo Nacional de Recursos Hídricos podrá variar el orden antes mencionado, con excepción del señalado en el literal a).

De la confrontación de las dos normas citadas se puede determinar que la Constitución incluye una prelación distinta en la gestión de los recursos hídricos, de tal forma y bajo el principio de jerarquía normativa, la norma aplicable es la constitucional bajo un método de subsunción normativa en inaplicación de la norma legal por adolecer de inconstitucionalidad superviniente.¹⁰⁰

Es necesario determinar que si bien constituye una aplicación directa no implica la vulneración de otros derechos o el no sometimiento a los principios fundamentales del Estado de Derecho y tan vigentes hasta la actualidad: la división de poderes y la interdicción a la arbitrariedad; sino realmente implica el ejercicio de subsunción de la norma fundamental que, como efecto tiene la inaplicación de una norma secundaria, y asimismo no se trata de la presencia de un acto discrecional sino que se determina la presencia de un acto reglado, es decir, existe un único sentido en la aplicación normativa.

Como el efecto obvio en estos casos de aplicación de la Constitución, en el presupuesto de hacerlo contra norma secundaria expresa, resulta que al menos de la consideración de la administración pública que dicha norma es inconstitucional debe dejarla de aplicar por el principio jerárquico y con efectos únicamente para el caso concreto; pues no tiene la competencia con respecto a una declaratoria oficial en ese sentido, atribución privativa de la Corte Constitucional en el sistema concentrado de constitucionalidad que ha acogido el Ecuador.¹⁰¹

¹⁰⁰ De conformidad con la Disposición Derogatoria de la Constitución ecuatoriana vigente: "Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución."

¹⁰¹ "La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una asamblea Constituyente, se reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales" Ramiro Ávila Santamaría, *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*, en Constitución del 2008 en el contexto andino, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.23.

2.2. Aplicaciones Constitucionales en la práctica administrativa

(Análisis de Casos)

En casos que representan cierta complejidad en la administración pública, las y los servidores públicos, con resguardo a la revisión que realiza la Contraloría General del Estado por responsabilidades civil y administrativa e indicios de responsabilidad penal, han optado por evitar cuestionamientos a su actividad; por lo que, con cierto rezago de carácter de *ultra legalidad* han optado por diversos mecanismos contrarios a las concepciones expuestas anteriormente sobre la aplicación directa por principio de jerarquía normativa de la Constitución y, aún menos, en los casos de aplicación directa e inmediata de derechos y garantías.

De tal forma y erróneamente se ha procurado la expedición de normativa secundaria de carácter general o incluso de otro tipo de categorías jurídicas, tales como resoluciones e instructivos, como herramientas perniciosas para legitimar las actuaciones administrativas o para concreción de intereses determinados. Se ha utilizado también a la institución de la consulta con la finalidad de obtener un pronunciamiento previo que permita sustentar la decisión de la administración en un sentido u otro, y de esa forma descargar responsabilidades frente al Juez de Cuentas (Contraloría General del Estado), o si en el ámbito judicial se resuelve en contra de la actuación administrativa.

Con base en la nueva concepción constitucional del Estado, pero de manera contradictoria, se ha buscado sobre todo en la jurisprudencia de carácter constitucional obtener la legitimación material de las actuaciones administrativas más allá de una aplicación constitucional directa, o en muchos otros casos, la politización de la Corte Constitucional para sustentar, como el organismo de última instancia, decisiones de gobierno.

Evidentemente, este último aspecto constituye una concepción positivista de la Constitución distinta del Estado Constitucional de derechos y justicia que se propugna; sin embargo, su presencia

es de gran incidencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como una particularidad del Estado que se está construyendo como deformación contraria al constitucionalismo moderno:

Que el neoconstitucionalismo principialista justifique mediante principios y valores constitucionales decisiones *contra legem*, inaplicaciones puntuales de la ley que venga al caso, se podrá ver con más o menos simpatía, pero es lujo que cabe permitirse en países en los que existe y está bien asentada una cultura de la legalidad. Cuando la legalidad es la regla en el comportamiento de la administración en las sentencias de los jueces, la excepción puede asumirse y hasta justificarse, precisamente por ser excepción¹⁰²

Dentro de esta práctica administrativa se han construido fórmulas para la concreción del respeto a la Constitución, no necesariamente de manera directa y con cierto cuestionamiento al límite entre la arbitrariedad y la discrecionalidad de la Administración Pública, pero encaminado más bien a liberar la responsabilidad administrativa que deriva de una aplicación bajo parámetros de inmediatez. Esta práctica constituye bien o mal también un efecto de la constitucionalización de lo administrativo.

2.2.1. Expedición de normas con carácter general contrarias a la norma legal.

Bajo un criterio de mera legalidad y en casos de normas inconstitucionales, la Administración Pública en el Ecuador ha optado para respaldar sus decisiones, antes que en la aplicación directa constitucional en casos concretos, a hacerlo a través de normas de carácter general, sobre todo reglamentarias, como respaldo previo para sus actuaciones frente a responsabilidades administrativas.

A manera de ejemplo, se puede hacer nuevamente referencia al caso sobre la impugnabilidad de los actos de poder público como norma y principio positivizado en la Constitución ecuatoriana:

Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

¹⁰² Juan García Amado en J. Zavala Egas, *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p.27.

Esta norma constitucional que expresa el principio de impugnación como parte las garantías del debido proceso y del derecho de recurrir¹⁰³ ha sido desarrollada en la legislación para precautelarlo a través de los diversos recursos procesales.

En aplicación de esta norma, en el ámbito administrativo, deberá entenderse que la fase de impugnación es una exigencia constitucional para todo procedimiento administrativo sin excepción alguna, luego toda aquella norma legal o reglamentaria contraria será inaplicable.¹⁰⁴

La Corte Constitucional incluso declaró la inconstitucionalidad de una norma legal contraria a este sentido de impugnabilidad y, mediante Resolución 0006-2006-DI¹⁰⁵, declaró la inconstitucionalidad del Art. 403 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, en el cual cabe destacar no solo tal declaratoria, sino que se suplió a la ley y señaló la competencia de quien conocerá tal impugnación.

Art. 403.- Inadmisibilidad de recurso.- En las sentencias dictadas por contravenciones no habrá recurso alguno, quedando a salvo el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios contra la jueza o juez que la dictó.

El texto subrayado fue declarado inconstitucional; y adicionalmente se dispuso que el Juez Penal sea quien revisará las resoluciones emitidas en juzgamientos de contravenciones.

Sin embargo de estos antecedentes sobre el alcance de la impugnación de los actos de poder público, existen casos en determinados regímenes administrativos que se mantiene la contravención a la impugnabilidad de los actos.

¹⁰³ La Constitución en su Art. 76 prescribe que: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:(...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos." La regla que se deriva de estos derechos y garantía, se encuentra normatizada bajo la estructura imperativa en el Art. 173 de la misma Carta Magna, en el cual se contiene un mandato de cumplimiento y su aplicación se la hace bajo el principio de jerarquía normativa.

¹⁰⁴ Ver en Jaime F. Galán Melo, *Aplicación constitucional: la impugnación en el procedimiento administrativo en el Ecuador*, en Tinta Jurídica Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Internacional SEK, Quito, 2012, p. 55 a 74.

¹⁰⁵ Publicada en el Registro Oficial 531 Suplemento del 18 de febrero del 2009.

Por ejemplo, en el Sistema Ecuatoriano de la Calidad se presenta una inconstitucionalidad superviniente pues la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad¹⁰⁶ fue emitida antes de la Constitución vigente y de la sentencia referida, pero fue reformada mediante el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones¹⁰⁷ cuyo origen es más bien reciente, y posterior a la norma fundamental, sin que se haya subsanado la incompatibilidad normativa:

Art. 58.- En forma previa a la aplicación de sanciones, por parte del Ministerio de Industrias y Productividad, por infracciones a la presente Ley, se deberá cumplir el siguiente procedimiento administrativo que se establecerá en el reglamento general de aplicación. [...] Practicadas las diligencias probatorias, en el término máximo de cinco días, el Director del INEN o del OAE elaborará un informe que será sometido a la resolución del Ministerio de Industrias y Productividad, el que se pronunciará en única y definitiva instancia administrativa. [...] ¹⁰⁸

(El subrayado es del autor).

Este artículo enuncia una única y definitiva instancia administrativa, lo que es totalmente contrario a la norma constitucional de impugnación de actos del poder público, pese a que en la misma ley en su Disposición General Séptima se prevé que “De las decisiones administrativas que adopten los órganos a los que se refiere esta Ley se podrá plantear los recursos establecidos en el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, independientemente de las acciones contencioso administrativas, civiles o penales, que los afectados deseen plantear.”

Para el caso de las decisiones en infracciones se debe entender que la intención del legislador era la de restringir la aplicación de esta disposición y excluir para que, en una única y definitiva instancia administrativa, se resuelvan las infracciones; sin embargo en el Reglamento a la Ley del

¹⁰⁶ Ley 2007-76 publicada en el Registro Oficial No. 26 Suplemento del 26 de febrero del 2.007.

¹⁰⁷ Publicada en el Registro Oficial No. 351 Suplemento del 29 de diciembre de 2010.

¹⁰⁸ Reformado por la Disposición Reformativa Novena del Código de Producción, Comercio e Inversiones publicado en el Registro Oficial No. 351 Suplemento del 29 de diciembre del 2010.

Sistema Ecuatoriano de la Calidad, expedido después de cuatro años¹⁰⁹; se fija una norma totalmente contradictoria con esta apreciación que se podría hacer de la intención de la Ley:

Art. 90.- La resolución que imponga la Subsecretaría de la Calidad, podrá ser susceptible de apelación ante el Comité Interministerial de la Calidad, dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la notificación al administrado.

El Comité Interministerial de la Calidad, una vez que conozca del caso emitirá resolución de definitiva instancia administrativa en el término de diez (10) días a partir de su conocimiento.

En el caso concreto nos encontramos frente a una evidente incompatibilidad con la Constitución, ya que la norma legal es contraria con la disposición constitucional sobre la impugnabilidad de actos del poder público y, por lo tanto, una norma inaplicable; pero en corrección de esto, se busca que por medio de la norma reglamentaria, se subsane el procedimiento administrativo en el aspecto impugnatorio. No puede considerarse a esta figura como una aplicación constitucional correcta si se lo hace por medio de una norma reglamentaria-decreto-, pues la misma Constitución determina como garantía normativa que “solo por categoría normativa “ley” se pueden regular los derechos constitucionales”¹¹⁰.

Cabe recordar que de conformidad al Art. 132 de la misma Constitución “Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales [...] 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.”

En aplicación del principio de jerarquía normativa para el caso señalado, debe entenderse que la conformidad con la impugnabilidad de los actos, por parte de la norma reglamentaria no le otorga validez al reglamento, pues es inaplicable por ser contraria a la Constitución por innovar

¹⁰⁹ Publicado en Registro Oficial No. 450 del 17 de mayo del 2012.

¹¹⁰ J. Zavala Egas, *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 65.

disposiciones legales, y no se valida por ser más acorde a la Constitución que la norma jerárquicamente superior (ley), y si esta última carece de validez.

Para efectos de la corrección en la aplicación directa de la Constitución y de los derechos y garantías, bajo un método de argumentación jurídica, se determinará la procedencia de cualquier impugnación en caso de presentarse por ser legítima materialmente para un caso concreto, y con un trámite que constitucionalmente cumpla con la garantía al debido proceso, y no únicamente sustentado en la aplicación de un reglamento igualmente viciado.

Cabe señalar que pese a la expedición del reglamento que reconoce la inaplicabilidad de la norma legal, hasta la actualidad no se ha declarado la inconstitucionalidad de dicha norma y los procedimientos administrativos estarían aplicando la norma reglamentaria, sin ningún reparo en la contradicción con la ley.

Pese al argumento en el cual por medio de un reglamento no se puede regular un derecho o garantía así como tampoco alterar o innovar la ley, debe indicarse que en el Régimen de Telecomunicaciones, frente a la inconstitucionalidad por incompatibilidad con el principio de impugnabilidad del Art. 33 de la Ley Especial de Telecomunicaciones¹¹¹, norma de similar contenido a la citada en el régimen de la calidad, la Superintendencia de Telecomunicaciones procedió de una forma algo parecida a la descrita anteriormente.

Esta institución excediendo el contenido de la norma legal, pero a través de un reglamento interno –instructivo-, norma de aplicación interna para las y los funcionarios, y no con efectos para los administrados, reguló el ámbito impugnatorio y desarrolla los recursos correspondientes. Se confrontó dicha incompatibilidad por medio de la expedición de la Codificación al Instructivo de

¹¹¹ El Art. 33 de la Ley Especial de Telecomunicaciones prescribe que: "El Superintendente dictará resolución en el término de quince días contados desde el vencimiento del término para contestar, haya o no recibido la contestación. [...] La resolución que dicte el Superintendente causará ejecutoria en la vía administrativa, pero podrá contradecirse en la vía jurisdiccional ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme a la Ley."

Aplicación del Proceso de Juzgamiento Administrativo de las infracciones tipificadas en la Ley Especial de Telecomunicaciones, Ley de Radiodifusión y Televisión, Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos y en otras normas del sector de las telecomunicaciones¹¹², y prevé para el caso de estas infracciones un capítulo denominado explícitamente: "Protección de Derechos Constitucionales en la vía administrativa". Se debe señalar que en este instructivo se crea el recurso de reconsideración en su Art. 25¹¹³ para los casos de las infracciones en telecomunicaciones; ya que para radiodifusión y televisión se desarrolla la apelación prevista en la ley.¹¹⁴

Bajo el mismo esquema de incorrecta aplicación constitucional con un vicio en su legitimidad formal, el Servicio de Rentas Internas emitió una norma de carácter interno: el Instructivo para la Aplicación de Sanciones Pecuniarias emitido por el Servicio de Rentas Internas¹¹⁵, con el fin de limitar la discrecionalidad administrativa otorgada por la ley para la fijación de multas dentro del rango determinado en la ley, y automatizar la aplicación de dichas sanciones por sus funcionarios.

En este caso, el Código Tributario otorga la potestad discrecional en la fijación del monto de las multas dentro del rango claramente expresado en la misma para las contravenciones y faltas reglamentarias, mas por parte de la Administración Pública y por medio de un instructivo – norma interna-, en total detrimento del principio de jerarquía normativa se automatiza las resoluciones y fija

¹¹² Codificación emitida por el Superintendente de Telecomunicaciones por medio de Resolución ST-2011-0016 publicada por el Registro Oficial No. 377 del 3 de febrero del 2011.

¹¹³ Art. 25 eiusdem: "Reconsideración.- En caso de que el administrado estime que se han inobservado sus derechos constitucionalmente protegidos, podrá pedir la reconsideración de la resolución correspondiente ante la misma autoridad que emitió dicho acto. De las resoluciones que emitan las regionales, se podrá recurrir ante el Superintendente para solicitar la reconsideración, no siendo requisito hacerlo previamente ante la autoridad regional. [...]."

¹¹⁴ La Ley de Radiodifusión y Televisión, vigente desde su publicación en el Registro Oficial No. 785 del 18 de abril de 1975; con sus respectivas reformas hasta la actualidad, prescribe en su Art. 71: "La Superintendencia de Telecomunicaciones podrá imponer a las estaciones, por infracciones de carácter técnico o administrativo previstas en esta Ley o en el reglamento [...] El concesionario podrá apelar de esta resolución en el término de ocho días de notificada, ante el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión – hoy fusionado con el CONATEL- el que podrá confirmarla, revocarla o modificarla en la siguiente sesión de este organismo; en este caso no procederá el voto del Superintendente de Telecomunicaciones.[...]"

¹¹⁵ Resolución S/N emitida por el Servicio de Rentas Internas publicada en el Registro Oficial 602 del 22 de noviembre del 2011, y reformada por Resolución S/N, publicada en el Registro Oficial 897 Suplemento del 22 de febrero del 2013.

el monto exacto con el cual se sancionará cada una de las faltas, sin que las y los funcionarios analicen las particularidades del caso.

Este instructivo en total contradicción constitucional, pues solo “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”¹¹⁶, y si la ley permite tal discrecionalidad del funcionario de imponerlas dentro de un rango específico, lo hace para que se consideren las diversas circunstancias de cada caso, sin que se pueda pretender que una norma de carácter interno puede tener efecto directo sobre la situación del administrado.

En el mismo sentido de menoscabo a la jerarquía normativa se ha abusado en exceso de decretos ejecutivos en el Ecuador, los cuales directamente han ido en contra de la Ley bajo el objetivo de reorganizar ciertas instituciones y por decreto se ha reformado la ley tales como:

1. Secretaria Nacional de Agua.- Esta institución administrativamente dependiente de la Presidencia se originó como *reorganización* por medio de decreto ejecutivo de la autoridad del agua frente al Consejo Nacional de Recursos Hídricos previstos aún en la Ley de Aguas.¹¹⁷
2. Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).- Mediante decreto se fusionó a CONARTEL con CONATEL¹¹⁸, en contradicción con las disposiciones de dos leyes: Ley de Radiodifusión y Televisión y Ley Especial de Telecomunicaciones.

Cabe hacer referencia a estos casos, pues con la expedición de normas secundarias se modifican el sentido de la ley, y demuestran las aberraciones jurídicas que distan totalmente de lo

¹¹⁶ Art. 76 núm. 6 de la Constitución ecuatoriana vigente.

¹¹⁷ Decreto Ejecutivo No. 1088 publicado en el Registro Oficial 346 del 27 de mayo del 2.008.

¹¹⁸ Decreto Ejecutivo No. 8 publicado en el Registro Oficial 10 del 24 de agosto del 2.009 el CONATEL se fusiona con el CONARTEL.

que significa la aplicación directa de la Constitución; lo que constituye una contradicción al principio de juridicidad y a la jerarquía normativa.

La correcta aplicación constitucional, de forma totalmente distante a los abusos expuestos, consiste en la inaplicación de una norma legal en un caso concreto en el cual existe contradicción con derechos y garantías. Con esta aplicación correcta nace un deber ético de la administración pública de demandar su inconstitucionalidad, en base a la acción pública prevista, o aquella de promover la reforma de la ley para suplir el conflicto en los casos venideros; pero en ningún caso legitima emitir una norma de carácter reglamentario para regular abstractamente dicha incompatibilidad normativa.

2.2.2 Participación de la jurisdicción constitucional.

En una realidad más deprimente de la actuación administrativa y del temor al control público, se ha dejado que resoluciones de la jurisdicción constitucional otorguen el respaldo de las decisiones públicas, a través de la declaratoria abstracta o concreta de constitucionalidad, y de esa forma condicionar el actuar administrativo a dicha declaratoria, más allá de una evidente inconstitucionalidad identificada.

Bajo esta consideración la inaplicación de una norma legal, más allá de su evidente inconstitucionalidad, únicamente se ha verificado después de su declaratoria oficial; es decir, ha trasladado la responsabilidad a lo jurisdiccional sobre la aplicación o no de una norma constitucional, lo que directamente es contrario a la intención prevista en la misma Constitución sobre su aplicación directa. Esto responde a una lógica de mera legalidad (legitimación formal), en el cual se hace lo que dice la ley aún si esta es evidentemente inconstitucional, se deja de lado la legitimidad material, y más bien se restringe la irradiación constitucional como si solo correspondiera a la función jurisdiccional.

Esta contradicción proviene de la generación de sentencias, por parte de la administración pública como accionantes o aquellas que se originan de la omisión consciente de aplicar la norma fundamental por parte de la misma, para que posteriormente se resuelva una situación en un sentido u otro; sin embargo, no puede hacerse una generalización, ya que la existencia de sentencias de inconstitucionalidad *per se* no implican contradicción a la aplicación directa de la Constitución, sino más bien en casos específicos es una expresión propia de dicha aplicación y una fuente del derecho válida en lo administrativo.

La práctica administrativa hace visible la existencia de las sentencias y precedentes constitucionales como nuevas fuentes del Derecho administrativo, pero en los casos que realmente existe una duda razonable al respecto de la constitucionalidad de una norma; mas no en aquellos en los cuales, pese a la certeza de la vulneración, se deja a la jurisdicción constitucional su solución, o se busca se exceda de su carácter jurisdiccional a uno consultivo e interpretativo. Si la misma administración pública es quien activa la jurisdicción constitucional para fundamentar la aplicación constitucional y legal en sus actuaciones, es totalmente contrario a la constitucionalización del ámbito administrativo.

2.2.2.1 Acciones previas de inconstitucionalidad para a realizar determinadas actuaciones administrativas.

Para visualizar este escenario basta mencionar que, como una forma de legitimar y respaldar determinadas decisiones administrativas, se ha buscado la declaratoria de inconstitucionalidad para fijar el momento en el cual procede la aplicación de las normas constitucionales, razonamiento contrario a la concepción de la aplicación directa de la Constitución.

Un caso denotativo de esta consideración se encuentra enmarcado en la norma constitucional sobre la conformación de los órganos de control y regulación, sobre lo cual la Constitución en su Art. 233 señala:

No podrán ser funcionarias ni funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan.
Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios.

El primer inciso de esta norma corresponde claramente a una prohibición para quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen intereses de terceros que los tengan, por lo que no podrán ser funcionarios en determinados órganos colegiados y, tal como es evidente, esta norma corresponde a una regla constitucionalizada en búsqueda de que no sea reformado por leyes posteriores.

Sin embargo pese a la claridad de su construcción, y por ende, en aplicación del principio de jerarquía normativa, aquella norma legal que se encuentre contraria a esta no debe ser aplicada, se crearon normas legales que instauran órganos colegiados, en su mayoría, que directamente se encontraban en contra de la disposición de la conformación, pese a que dicho precepto ya constaba en la Constitución de 1.998¹¹⁹.

Para este caso, la aplicación del Art. 233 de la Constitución actual, no se lo ha realizado de forma directa sino se ha dado todo un proceso de solicitudes reiterativas de inconstitucionalidad de conformación en varios organismos con órganos colegiados.

¹¹⁹ La Constitución de 1998 preveía que: "Art. 123.- No podrán ser funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses o representen a terceros que los tuvieren en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas. El funcionario público deberá abstenerse de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad a los que preste sus servicios."

En esta genealogía están presentes los casos del Consejo Nacional de Zonas Francas (CONAZOFRA)¹²⁰, Consejo Nacional de Aviación Civil¹²¹, y, Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión (CONARTEL)¹²²; de los cuales se ha esperado la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma correspondiente con el fin de, a partir de esa fecha y mediante sentencia, excluir a los miembros que tienen un interés directo o representan a terceros que lo tienen.

En lo posterior el destino de muchos de estos órganos colegiados fue la reorganización, legítimamente a través de reformas legales como CONAZOFRA y el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXI)¹²³, e ilegítimamente por medio de decretos que reforman a la ley como el CONARTEL¹²⁴ y el Consejo Directivo del Instituto de Propiedad Intelectual.¹²⁵

Sin embargo de estos aspectos, en contexto es necesario indicar que a través de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad se ha dado distinto alcance a la aplicación del citado Art. 233, lo que ha complicado aún más el panorama de legitimidad, y de alguna forma justifica la espera de la resolución de la Corte Constitucional para corregir la inconstitucionalidad, en tanto el alcance para un caso es que representan interés privado en el caso de CONARTEL¹²⁶, y de forma distinta quienes representen a los entes controlados como en CONAZOFRA.¹²⁷

¹²⁰ Sentencia No. 0001-2009-SIN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 590 Suplemento del 14 de mayo del 2009; en la cual se excluyó al representante de la Cámara de Zonas Francas del Ecuador y al representante de los usuarios de las zonas francas, por derogatoria parcial del artículo respectivo.

¹²¹ Sentencia No. 0020-2008-TC de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 577 Suplemento del 24 de abril del 2.009, en la cual se excluyó al representante de las empresas nacionales de aviación, por derogatoria parcial del artículo respectivo.

¹²² Sentencia No. 0021-2008-TC de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 584 Suplemento del 6 de mayo del 2.009, en la cual se excluyó al Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Radio y Televisión "AER" y al Presidente de la Asociación de Canales de Televisión del Ecuador "ACTVE", por derogatoria parcial del artículo respectivo.

¹²³ Derogatoria expresa de la Ley de Zonas Francas y de la Ley de Comercio Exterior e Inversiones por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

¹²⁴ Por el Decreto Ejecutivo No. 8 publicado en el Registro Oficial 10 del 24 de agosto del 2.009 el CONATEL se fusiona con el CONARTEL y asume las competencias y atribuciones del último; pese a las disposiciones expresas de la Ley de Radiodifusión y Televisión y la Ley Especial de Telecomunicaciones.

¹²⁵ Decreto Ejecutivo No. 1322 publicado en el Registro Oficial No. 813 del 19 de octubre del 2.012.

¹²⁶ Sentencia No. 0001-2009-SIN-CC: "Del texto constitucional citado se deduce que la conformación del Consejo Nacional de Zonas Francas CONAZOFRA, por parte de los propios entes controlados, constituye un obstáculo para el

En el ámbito administrativo, esto ha significado la expectativa de la declaración por parte de la Corte Constitucional para realizar determinada actuación administrativa y, en este caso, por ser una afectación directa al órgano colegiado, con mayor razón pues la correcta conformación significa cumplir con la competencia como aspecto esencial del acto administrativo y su legitimidad.

La competencia de un órgano colegiado depende de la correcta y completa conformación, lo que incluye también el quórum mínimo en las decisiones para ejercer todas sus atribuciones, de no existir este presupuesto todos sus actos están viciados con nulidad de pleno derecho sin poder ser convalidado. La irregularidad en la conformación del órgano colegiado conlleva a la incompetencia del organismo y, por ende, la nulidad del acto administrativo con efectos retroactivos, y esto aún más si dicha nulidad se produce por cuestiones de constitucionalidad.

Bajo este razonamiento, las actuaciones de los órganos señalados anteriormente desde la expedición de la norma constitucional, cuyo texto corresponde a su similar en la Constitución 1998, hasta la ejecutoria de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de su conformación, carecían de legitimidad material si se analiza desde el punto de vista de la aplicación directa de la Constitución, esta postura resultaría en una clara ilegitimidad en un número considerable de actuaciones administrativas.¹²⁸

En otro sentido se entenderá que, para este caso, se ha asumido una postura de ultra legalidad, de tal forma que, incluso con la expedición de sentencias de carácter constitucional previo, en cada

desarrollo de dicho órgano, al crearse al interior del Consejo, conflictos de intereses entre administrador y administrados, llegando al punto de ser un medio que sirva a la defensa de intereses particulares."

¹²⁷ Sentencia No. 0021-2008-TC: "[...] En tal sentido, el CONARTEL no podría tener entre sus miembros a un representante de la AER y a un representante de la ACTVE en virtud de que éstos representan a organismos activos, de lo que se colige que, en sus actuaciones procederían como juez y parte en razón de que éste órgano de control regula los asuntos en los que estos sectores tienen particular interés."

¹²⁸ Este caso, responde a un principio de buena fe y seguridad jurídica, tal como se expone "existió el caso de Barbario Felipe, esclavo que obtuvo cargo de pretor y de quien emanaron diversos actos que, no obstante la prohibida investidura, se mantuvieron como válidos." García Trevijano Fos citado por Juan Carlos Benalcázar, *El Acto Administrativo en materia Tributaria*, Quito, Ediciones Legales, 2004.

uno de los casos se ha propuesto la demanda de inconstitucionalidad y se ha esperado la sentencia respectiva para que sus efectos sean para lo venidero.

Para mejor comprensión, en el aspecto estructural lingüístico la norma constitucional sobre la prohibición de conformación de organismos de control y regulación implica un imperativo; de tal forma que para la administración pública constituye un acto reglado que en su configuración contiene un concepto jurídico indeterminado; así la solución a la situación jurídica únicamente responde a una solución por el método de la subsunción, mas la misma se encuentra matizada por la determinación del concepto *interés* que se debería determinar a través de métodos argumentativos.

Sin embargo de este criterio, la opción que se ha tomado es que la determinación se la realice por parte de la Corte Constitucional, y asimismo por subsunción se determine la incompatibilidad de la norma legal y su expulsión del ordenamiento, dejando de lado la aplicación directa constitucional por parte de la administración pública.

2.2.2.2 Acciones de interpretación de normas constitucionales.-

Como medida preventiva a futuras disconformidades frente a la indeterminación de conceptos en una norma constitucional y su falta de desarrollo en la ley, y con el fin que como acto reglado solo se proceda a la subsunción normativa, se ha buscado de manera previa que actúe la Corte Constitucional, no como legislador negativo sino para que su dictamen legitime las futuras decisiones administrativas.

En este sentido se asimiló la figura de la acción de interpretación Constitucional¹²⁹, con el fin de que se expida un precedente constitucional de cumplimiento obligatorio, y de tal forma sustentar una

¹²⁹ Cuando entra en vigencia la Constitución ecuatoriana de 2008, no se contempló de manera expresa las acciones de interpretación constitucional; sin embargo de lo cual en aplicación de las atribuciones de la Corte, se procedió en ese

determinada forma de aplicación de la norma constitucional o en su defecto condicionar el desarrollo de normativa posterior.

Si bien la aplicación de la Constitución significa una obligación general, no es menos cierto que su aplicación prevé ciertos problemas hermenéuticos, los cuales se han buscado solucionar con la participación de la Corte Constitucional, y de esa forma trasladar la responsabilidad en la decisión a dicho órgano, en vez de solucionarlo dentro de la potestad de cada órgano administrativo.

Para el efecto, la obtención de una sentencia interpretativa ha estado encaminada para la norma constitucional que contiene conceptos jurídicos indeterminados, y para legitimar determinadas decisiones e incluso desarrollos normativos legales y reglamentarios. No se aplica directamente la Constitución a la espera de una sentencia previa del órgano de control constitucional, pese a que tal dictamen, es cuestionable pues “si se busca el pronunciamiento de la Corte Constitucional lo jurídico es acudir a los *procesos constitucionales específicos* diseñados para el efecto (...) En cambio, si la propia Corte viola el debido proceso en el desempeño de sus competencias solo le espera una deslegitimación acelerada como órgano jurisdiccional”¹³⁰; aspecto que se ha verificado en el Ecuador.

Pese a que es contraria a la naturaleza jurisdiccional y no consultiva de la Corte Constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales ecuatoriana representó el respaldo legal a la existencia de la acción de interpretación constitucional como institución individualizada, a diferencia a otros países cercanos, como Colombia y Perú, cuyo origen fue y se encuentra aún en el desarrollo

sentido; y en lo posterior la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, expedida un año después (Registro Oficial Segundo Suplemento del No. 52 del 22 de octubre del 2009), se legitimó tal acción en el articulado de dicha ley: “Art. 154.- Objeto y Competencia.- La Corte Constitucional, a petición de parte, realizará la interpretación de las normas de la parte orgánica de la Constitución de la República, con el objeto de establecer el alcance de dichas normas, siempre que no exista una ley que desarrolle la cuestión objeto de interpretación. La Asamblea Nacional podrá expedir leyes sobre la materia que fue objeto de los dictámenes interpretativos de la Corte Constitucional, sin perjuicio del control de constitucionalidad que pueda realizarse.”

¹³⁰ Agustín Grijalva, *Interpretación Constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*, en Andrade, Grijalva y Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador –Estado, derechos e instituciones*, p. 276.

de la misma jurisprudencia bajo el concepto de modulación, que “proviene de una necesidad práctica mas no de un razonamiento teórico, apuntando hacia un modelo de realismo jurídico, por encima del modelo dogmático”¹³¹.

En Colombia sobre la interpretación, la Corte Constitucional manifestó que: “La Corte tiene la posibilidad de modular de muy diversas maneras los efectos de sus sentencias. En efecto, de conformidad con la Constitución, es a la Corte Constitucional a quien corresponde señalar los efectos de sus sentencias. Esta Corporación cuenta entonces con la posibilidad de modular el efecto de su fallo, con el fin de evitar los equívocos o los efectos paradójicos.”¹³² Con este argumento, se ha mantenido dentro de una de las modulaciones de las sentencias, entre otras, a aquella que corresponde a las sentencias interpretativas.

En el caso peruano¹³³ se manifestó en el sentido que “los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley.”¹³⁴, justificación necesaria para el desarrollo de las sentencias interpretativas en el avance de los precedentes.

Sin embargo, debe señalarse que antes de su expedición la Corte ecuatoriana en un inicio, bajo el mismo lineamiento de desarrollo jurisprudencial, procedió a emitir sentencias interpretativas

¹³¹ Miguel Ocampo Gómez, *La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en Colombia*, en Boletín No. 17, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Escuela de Derecho Universidad Sergio Arboleda, 2009, p.7, en http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/boletines/boletin_17.pdf.

¹³² Ídem, p. 8.

¹³³ Ver Francisco J. Eguiguren Praeli, *Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal Constitucional Peruano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, p. 324, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/20.pdf>.

¹³⁴ Apartado 29 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente EXP. N° 010-2002-AI/TC, de Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>.

basadas en las atribuciones que la Constitución le otorga como máximo intérprete¹³⁵, para después con rezagos de legalidad, constituir la institución de la acción de interpretación constitucional en la ley de la materia de control constitucional como se lo ha indicado. Cabe mencionar que muy aparte se hizo constar en la misma ley a la modulación de las sentencias¹³⁶

Dentro de la instauración de esta figura y su utilidad para la determinación de conceptos jurídicos constitucionales, el contenido del dictamen de la Corte Constitucional “en su parte resolutive, fijará claramente, mediante una regla, el alcance de la norma constitucional objeto de interpretación, a partir de la explicación de los argumentos constitucionales y los métodos hermenéuticos que sirvan para fundamentarla.”¹³⁷.

En una materialización de esta realidad, se puede hacer referencia al régimen de los sectores estratégicos en el Ecuador previsto en la Constitución:

Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

La esencia de la norma prevé que el Estado de forma directa o a través de empresas públicas explote las actividades, incluidos los sectores estratégicos, y solo de manera excepcional se delegue la participación a los privados y a aquellos de la economía popular o solidaria.¹³⁸

¹³⁵ Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

¹³⁶ Art 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatoriana: “Modulación de los efectos de las sentencias.- Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.”

¹³⁷ Art. 158 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatoriana vigente.

¹³⁸ Esta concepción de excepcionalidad se ha contemplado en normativa legal posterior a la Constitución del 2008, tal como la Ley de Minería publicada en el Registro Oficial No. 517 Suplemento del 29 de enero del 2009 y con reformas por medio del Decreto Ley S/N publicado en el Registro Oficial No. 583 Suplemento del 24 de noviembre del 2011.

El problema de indeterminación que se generó en este ámbito y que centraliza este apartado, es la interpretación que se intenta dar al concepto de *excepcionalidad* presente en la norma constitucional frente a una realidad totalmente diversa¹³⁹.

Como concreción palpable de tal intención y en limitación de la participación privada, se encuentra el criterio expuesto en la sentencia interpretativa del Art. 408, sobre el espectro radioeléctrico, que realizó la Corte Constitucional ecuatoriana para el periodo en transición¹⁴⁰; pero que la realizó en conjunto con el Art. 313, e inexplicablemente manifestó:

El espectro radioeléctrico, considerado como recurso y sector estratégico, no puede ser utilizado y aprovechado por empresas ajenas al sector público, razón por la cual, la regla prevista en el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución no se aplica respecto al espectro frecuencial radioeléctrico. Bajo esas circunstancias, la empresa pública, constituida por el Estado, podrá delegar excepcionalmente la participación en el sector estratégico y servicio público telecomunicaciones a la iniciativa privada.

(El subrayado es del autor)

De esta interpretación se desprende que la delegación la deberá realizar la Empresa Pública y por excepción a la iniciativa privada cuando esta empresa sea quien lo delegue para el efecto; sin embargo, posteriormente en otra sentencia interpretativa inusual, ya que se refieren a las normas constitucionales contenidas en el Art. 313, 315 y 316¹⁴¹ y sin mención del Art. 408, en un sentido contrapuesto mencionó que:

[...] Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley.[...] solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios

¹³⁹ Para el efecto basta con mencionar que se reconoce a las telecomunicaciones como sector estratégico y servicio público; y de esa forma, la participación privada debería ser excepcional; sin embargo, en el sector de la telefonía móvil, de tres empresas la participación privada es mayoritaria con dos empresas privadas OTECEL S.A con 29,17%; CONECEL S.A. con el 68,96% y CNT EP –empresa pública- con apenas el 1,87%; según datos de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUPERTEL) del 2009 al 2012, en <http://www.supertel.gob.ec/index.php/Estadisticas/Servicios-de-Telecomunicaciones.html>.

¹⁴⁰ Sentencia Interpretativa N° 0006-09-SIC-CC de la Corte Constitucional del Ecuador del 01 de octubre del 2.009, en el caso No.0012-08-IC propuesto por el presidente del CONARTEL ante la Corte Constitucional para el periodo de transición; publicada en el Registro Oficial No. 43 Suplemento del 08 de octubre del 2.009.

¹⁴¹ Sentencia Interpretativa No. 001-12-SIC-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 629 Suplemento del 30 de enero del 2.012.

públicos [...] a través de las autoridades de control y regulación competentes [...] Interpretese la gestión del sector estratégico como la prestación del servicio público relacionado[...] Por otra parte [...] el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes [...] podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos[...] También [...] las instituciones del Estado requieran gestionar algún sector estratégico como medio para poder prestar los servicios públicos que les son inherentes, como en el ejemplo que expone el señor presidente de la república en la solicitud [...] no necesitan constituir empresas públicas ni compañías de economía mixta para poder acceder a los títulos habilitantes respectivos [...] Asimismo, se interpretará [...] la iniciativa privada y la economía popular y solidaria puedan gestionar sectores estratégicos y/o prestar servicios públicos en el ámbito de las disposiciones constitucionales consultadas, deberán ceñirse a lo establecido en la ley correspondiente y a lo regulado por las autoridades[.]

De la lectura de la extensa interpretación que realiza nuevamente sobre la excepcionalidad en la prestación de sectores estratégicos y servicios públicos, propio más bien de un desarrollo normativo legal, hace un cambio de percepción a lo que pronunció en la sentencia sobre el Art. 408 y modifica el criterio sobre el término indeterminado *excepcionalidad*¹⁴²; de tal forma que, la administración pública se encuentra en la obligación de acoger dicha interpretación para llenar el contenido de la norma para su aplicación como acto reglado, es decir, por subsunción; en este sentido la misma sentencia señala:

[...] esta sentencia interpretativa tiene carácter normativo y rige hacia el futuro, así como el carácter vinculante general, de conformidad con lo señalado en el artículo 159 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [...]

Cabe recordar que uno de los principios incorporado con la Constitución del 2008 sobre la justicia constitucional es la obligatoriedad de los precedentes constitucionales¹⁴³, lo que implica el cumplimiento por parte de la administración pública del principio de juridicidad, más allá de

¹⁴² Ver en Jaime F. Galán Melo, *La participación privada en la prestación de servicios públicos en el Ecuador*, en Tinta Jurídica Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Internacional SEK, Quito, 2010.

¹⁴³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: "Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: [...] 3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia."

considerarla correcta o no, y con el problema de encontrarse en vigencia ambas interpretaciones contradictorias.

Además de estos precedentes se debe tomar en cuenta normas de índole legal, que desarrollaron el alcance de dicha excepcionalidad bajo el mismo criterio y se limita a: que la determinará el Presidente y para determinados casos, tales como la necesidad o conveniencia de satisfacer el interés público, colectivo o general; que justifique la necesidad de incrementar niveles de eficiencia o niveles de economías de escala mediante la atracción de operadores especializados; que se demuestre que en el país no se cuenta con la tecnología, recursos económicos, capacidad o competencias necesarias; que el Estado o sus empresas públicas no puedan de manera inmediata satisfacer la demanda del servicio¹⁴⁴; y que el servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas.¹⁴⁵

En un caso distinto y que demuestra heterogeneidad en la práctica de la aplicación constitucional, por su parte la Superintendencia de Compañías del Ecuador no acudió a una sentencia de interpretación para determinar un concepto dentro de un precepto constitucional y que por ley no se encuentra desarrollado; y suplió su requerimiento con la expedición de una norma secundaria y oficializó su interpretación constitucional¹⁴⁶, para efectos de la aplicación de la

¹⁴⁴ Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, en su Art. 100 prescribe: "En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos [...] / En concordancia, los mismos lineamientos expresa el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de transporte emitido por Decreto 810 publicado en el Registro Oficial No. 494 del 19 de julio del 2011.

¹⁴⁵ La Regulación No. CONELEC - 002/11 en su alcance señala: "determinar las condiciones que permitan establecer los dos casos de excepcionalidad siguientes: que es necesario y adecuado satisfacer el interés público, colectivo o general a través de la inversión privada, en generación eléctrica. b. que la demanda del servicio eléctrico no pueda ser cubierta por empresas públicas." Emitida por el Directorio del CONELEC en sesión de 14 de abril de 2011, en www.conelec.gob.ec/.../002_11%20EXCEPCIONALIDAD.docx.

¹⁴⁶ Resolución SC-DSC-G-12-015 publicada en el Registro Oficial No. 826 del 8 de noviembre del 2012 emitida por la Superintendente de Compañías de Ecuador.

prohibición contenida en el artículo 312¹⁴⁷ de la Constitución sobre el sistema financiero y las comunicaciones:

Art. 2.- Para efectos de la aplicación de la prohibición establecida en el artículo 312 y la Disposición Transitoria Vigésimo Novena de la Constitución de la República, se considerará como empresas privadas de comunicación de carácter nacional a las sujetas al control y supervisión de la Superintendencia de Compañías que operen medios impresos, siempre que la publicación circule en una o más provincias del territorio de la República del Ecuador cuya población corresponda, conjuntamente, al treinta por ciento o más del total de habitantes del país, de acuerdo con el último censo nacional.

Esta resolución implica la determinación de un concepto para efectos de la aplicación de un acto reglado; sin embargo, no puede considerarse una aplicación constitucional directa, ya que al expedir la resolución lo que se hace es, por medio de un acto secundario de efectos generales, posicionar una interpretación constitucional y respaldar posteriores actuaciones administrativas como una forma de desarrollo normativo.

En este caso no se cumplen con los elementos reglados de la potestad discrecional administrativa, pues no es el órgano competente para interpretación oficial de la Constitución y la forma no puede ser por una resolución, sino que al ser un precepto constitucional debe desarrollarse por una ley. El alcance de esta interpretación se consolidó con la expedición por el mismo organismo del Reglamento que regula la observancia de la disposición constitucional que prohíbe a las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad comunicacional.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Art. 312 de la Constitución ecuatoriana vigente: "Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente."

¹⁴⁸ Resolución No. SC-DSC-G-12-011 de la Superintendencia de Compañía publicada en el Registro Oficial 743, Segundo Suplemento del 11 de noviembre del 2012.

2.2.2.3 Consulta previa para inaplicación de una norma inconstitucional.

Dentro de este apartado es necesario determinar la posibilidad de la institución de la Consulta con el fin de inteligenciar la aplicación de las normas constitucionales, frente a normas legales o reglamentarias, la misma que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en general, se encuentra como la posibilidad que sea realizada para conocimiento y resolución de un órgano con mayor jerarquía, y como requisito previo para la realización de una actuación administrativa.

El sistema concentrado de constitucionalidad ha implicado la consagración de la consulta obligatoria que suspende un proceso judicial, en búsqueda de la revisión de constitucionalidad de una norma determinada tal como prescribe el Art. 428 la Constitución ecuatoriana:

Quando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

De la lectura de esta norma es necesario tomar en cuenta que, en el caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma, únicamente las y los jueces deben remitir obligatoriamente en consulta a la Corte Constitucional.

Frente a la obligación de la aplicación directa e inmediata de la Constitución, en la cual incluye a todos los operadores de derecho, se forma una exclusión clara en la misma norma para las y los servidores públicos que no pueden elevar a consulta a la Corte Constitucional, o peor aún suspender el proceso administrativo en este caso, pues se prevé tal facultad únicamente a las y los jueces.

Tal distinción se encuentra de forma más evidente y dentro de un mismo precepto en el Art. 142 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad

que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.[...].

La obligación de aplicar las disposiciones constitucionales incluye a las “autoridades administrativas, servidoras y servidores, y las juezas y jueces”, tal como se desprende del primer apartado del artículo citado; en cambio en el siguiente apartado expresamente se excluye a las y los servidores públicos de la consulta obligatoria para elevar a la Corte Constitucional, lo que deja esta obligación únicamente al ámbito judicial.

De la lectura de las normas citadas, la obligación de la aplicación directa de la Constitución expuesta a las y los jueces solo contempla el caso de derechos y garantías por ausencia de normas, ya que en caso de incompatibilidad de normas deberán recurrir a la consulta obligatoria ante la Corte Constitucional.

Consecuentemente y de manera no oficial, en una suerte de desconcentración fáctica del control constitucional, las y los servidores públicos tienen la obligación plena de aplicar normas constitucionales bajo el principio de juridicidad, sin opción de elevar en consulta obligatoria, lo que de alguna forma constituye un control de la concordancia de las normas inferiores frente a la Constitución.

Obviamente se debe guardar las distancias frente a las potestades de un juez que constituye la decisión de última instancia en lo jurídico, pero con mayor campo de acción, en el caso de las y los funcionarios públicos, se visualiza la irradiación constitucional en todos los ámbitos.

Si bien es arriesgado asumir que el sistema de control de constitucionalidad en el Ecuador es mixto bajo las consideraciones realizadas sobre la aplicación directa de la Carta Magna por las y los servidores públicos, no es menos cierto que el hecho de no aplicar una norma inferior por su inconstitucionalidad, si bien no implica una declaratoria con efectos generales, se traduce en un control fáctico de constitucionalidad, para el caso concreto y sin efectos de última instancia.

De esta forma es contradictorio asumir que, con la aplicación directa de la Constitución se prevea también la existencia de un sistema absolutamente concentrado de control constitucional, ya que si se ha limitado al juez con la consulta obligatoria, en cambio la Administración Pública no se encuentra restringida a tal figura.

Bajo estas consideraciones, la respuesta es definitiva sobre la inoperancia de la figura de la consulta obligatoria por parte de la administración pública, pues dentro de este apartado el legislador constitucional decidió aglomerar a servidores y jueces en muchas de sus disposiciones, pero los diferencia en la consulta prevista en el Art. 428 de la misma Carta Magna.

Sin embargo de lo expresado anteriormente, una forma de consultar de manera previa ha constituido la interposición de demandas de inconstitucionalidad o de interpretación constitucional en función de la publicidad de la acción para obtener el criterio previo de la Corte Constitucional; pero es imposible considerar la posibilidad que se suspenda un procedimiento administrativo ya que esto vulneraría el derecho de petición del administrado y la tutela efectiva de sus derechos.

Cabe volver a recalcar que la naturaleza de la Corte Constitucional es jurisdiccional por lo que su pronunciamiento previo determinaría la imposibilidad que después, en caso de interposición de garantías jurisdiccionales, cambie de opinión:

En el caso de la Corte Constitucional, la supuesta facultad de absolver consultas previas ataca incluso las competencias auténticamente jurisdiccionales de la Corte, pues si ésta se pronuncia en

determinado sentido sobre una norma o un acto, mal podría hacerlo posteriormente en forma distinta cuando se demande ante ella la inconstitucionalidad de tal norma o acto¹⁴⁹

En otro escenario de orden consultivo se ha optado por recurrir al Procurador General del Estado, quien en todo caso al ser parte de la Administración Pública y no un órgano jurisdiccional, subsana las observaciones citadas anteriormente; y la emisión de sus dictámenes, con carácter vinculante, determina una interpretación de autoridad en la propia administración pública:

[...] la interpretación que de una norma realiza el Procurador General del Estado no tiene el carácter de generalmente obligatorio, sino solo para la administración pública. Ahora bien, se debe tener presente que la ley no señala que la obligatoriedad del pronunciamiento sea solo para la entidad consultante, sino para la administración pública, razón por la cual, en apariencia por lo menos, nos encontramos frente a un acto que no es de efecto particular.¹⁵⁰

En este sentido es necesario definir que las y los servidores públicos, a través de las atribuciones contempladas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, han buscado la legitimidad de sus actuaciones por medio del cumplimiento irrestricto al sentido expresado por el Procurador General del Estado, pues sus pronunciamientos son de carácter vinculante y su utilidad se la mira como un descargo de la responsabilidad administrativa ulterior. Se debe aclarar que en la sede jurisdiccional se diluye la obligatoriedad del dictamen, pero para el funcionario no se pierde el descargo de responsabilidad.

Dicho pronunciamiento en este sentido ha determinado que puede surgir la absolución de consultas que los organismos públicos le hacen como fuente de legitimación:

[...] la interpretación que de una norma realiza el Procurador General del Estado no tiene el carácter de generalmente obligatorio, sino solo para la administración pública. Ahora bien, se debe tener presente que la ley no señala que la obligatoriedad del pronunciamiento sea solo para la entidad consultante, sino para la administración pública, razón por la cual, en apariencia por lo menos, nos encontramos frente a un acto que no es de efecto particular.¹⁵¹

¹⁴⁹ A. Grijalva, *Interpretación Constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*, p. 276.

¹⁵⁰ Rafael Oyarte Martínez, *Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*, en FORO revista de derecho, No. 6, Quito, UASB-Ecuador / CEN, 2006, p. 190.

¹⁵¹ Idem p. 190.

En la práctica administrativa, también se han generado oficios circulares hacia la administración pública que contienen la expresión del sentido jurídico obligatorio para ciertas situaciones y para ser acogido por todas las y los funcionarios; por ejemplo¹⁵², el Oficio número 09258 de 15 de septiembre de 2009 dirigidos a las instituciones y entidades enumeradas en el Art. 1 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, en el cual se señaló: “Se requiere el pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado, para proceder a la suscripción de todo convenio arbitral, en materias reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

Sobre la misma temática, después fue emitido el Oficio circular con No. 10623 de 27 de noviembre del 2009¹⁵³, en el cual se señaló que “de no solicitarse la autorización prevista en el artículo 190 de la Constitución Política de la República en el plazo previsto, y siendo dicha autorización requisito esencial para la validez del convenio arbitral, tales convenios estarán sujetos a las consecuencias legales que esta omisión acarrea”.

Ambos pronunciamientos se los realizaron frente al alcance de la norma constitucional contenida en el segundo inciso del Art. 190 de la norma fundamental ecuatoriana, en la cual prevé que “en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.” De esta norma se desprenden dos vacíos: en qué casos procede dicho arbitraje y el momento del pronunciamiento.

Para suplir de alguna forma las inquietudes planteadas, la Procuraduría General del Estado emitió su pronunciamiento que contiene una interpretación constitucional, vinculante a la

¹⁵² Este ejemplo es citado por Edgar Neira Orellana, *La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación*, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Editora Jurídica Cevallos, 2012, p. 49.

¹⁵³ Ídem, p.49.

administración pública en ejercicio de sus atribuciones¹⁵⁴. Sin embargo, es necesario señalar que la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado prescribe que:

Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones:

e) Absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico. El pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley;

Pero al respecto de las normas constitucionales, la parte que se subraya fue declarada como inconstitucional¹⁵⁵ de forma previa; por lo que dichos oficios circulares contravienen el Derecho; pero aún así, fueron expedidos como una manera indirecta de interpretar la Constitución con carácter vinculante para la administración pública.

De esta forma, el instrumento de consulta para su absolución, dirigida al Procurador General del Estado, ha significado un mecanismo de legitimación de las actuaciones, incluso si versan sobre cuestiones constitucionales, para no incurrir en responsabilidades de carácter administrativo. El carácter vinculante de dicha consulta implica que, en determinados procedimientos, se resuelva o no de una forma específica.

Con la participación en este sentido del Procurador, se reafirma la imposibilidad de la existencia de un sistema concentrado absoluto de constitucionalidad dentro de un Estado Constitucional, pues

¹⁵⁴ Esta postura de tener la atribución de interpretación de normas constitucionales se expresa en la Resolución No. 016 sobre absolución de consultas en materia laboral por la Procuraduría General del Estado, publicado en el Registro Oficial No. 102 del 11 de junio del 2007 en el cual se señala: "Art. 1.- La Procuraduría General del Estado absolverá consultas sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, en materia laboral, que fueren planteadas por los representantes legales o máximas autoridades ejecutivas de los organismos o entidades del sector público [...], siempre que el asunto objeto de la consulta no haya sido resuelto o esté en conocimiento de las Direcciones Generales del Trabajo, o de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje. en caso contrario, se abstendrá de absolver la consulta, sin que este pronunciamiento pueda ser objeto de reconsideración."

¹⁵⁵ Sentencia No. 002-09- SAN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 556 suplemento del 8 de abril del 2009: "4. En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República, se resuelve mediante inconstitucionalidad reductora la expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano de la palabra " constitucionales" que constan en el artículo 3 literal e) y artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En consecuencia, el señor Procurador General del Estado en adelante, deberá abstenerse de emitir dictámenes en las que se haga interpretación de normas constitucionales, so pena de incurrir en arrogación de funciones."

si se busca la aplicación directa de la Constitución, y si bien las decisiones de las y los servidores públicos no son definitivas como las de los jueces, estos últimos participan directamente de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico.

2.2.2.3.1 Consulta judicial obligatoria.

Finalmente, en la aplicación constitucional dentro de la administración pública se deberá considerar la presencia de la resolución sobre consultas judiciales obligatorias en controversias planteadas y que forman parte del control concreto de constitucionalidad; en cuanto se declara la constitucionalidad con efectos generales de determinadas normas legales y reglamentarias, y como tal, constituye un sustento a la administración pública para que, en base a esta fuente de derecho, oriente sus actuaciones.

El Art. 143 de La Ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales prescribe los efectos del fallo en los casos de sentencias de la Corte sobre consultas elevadas a su conocimiento:

El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos:

1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.
2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.

Tal como se desprende de la norma, la decisión en materia de consultas conlleva dos efectos distintos: el primero de ellos dispone la compatibilidad de una disposición jurídica por lo que sus efectos son generales; mientras que, en el caso de aplicación de una disposición, el fallo tiene efectos interpartes y es posible que sea válido en otros casos por analogía.

Un ejemplo claro al respecto de estos dos efectos se constata en la Sentencia No. 007-11-SCN-CC, publicada en el Registro Oficial No. 482 Suplemento del 1 de julio del 2011, que se dio con origen en una consulta judicial y en la cual se resuelve:

1. Declarar la constitucionalidad de los artículos 29 y 31 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, por no contradecir la Constitución. Los efectos de esta parte de esta sentencia son los previstos en el numeral 1 del artículo 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
2. El artículo 50 de la Ley de Modernización del Estado no contraviene la Constitución. Los efectos de esta parte de la sentencia son los previstos en el numeral 2 del artículo 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En una misma sentencia de la Corte se ordena ambos efectos previstos en los fallos sobre consultas elevadas por las y los jueces, y se desprende que: sobre la constitucionalidad del Art. 29 y 31 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁵⁶ tiene efectos generales y de cosa juzgada, luego la administración pública no tendrá más que aplicarla sin oportunidad de criticarla.¹⁵⁷; y, de forma contraria, los efectos de la constitucionalidad en la aplicación del Art. 50 de la Ley de Modernización del Estado¹⁵⁸ surte para el caso concreto y para casos análogos. En este último efecto el cumplimiento de la sentencia vincula en mayor fuerza a los jueces que conozcan de otras causas,

¹⁵⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas: "Art. 29.-: Competencia y procedimiento.- Para efectos de la competencia y del procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre las empresas públicas y servidores públicos de carrera y obreros, se estará a lo dispuesto en esta Ley y en el artículo 568 y siguientes de la Codificación del Código del Trabajo. [...]"; y "Art. 31.- Prohibiciones.- Además de las prohibiciones previstas en la Codificación del Código de Trabajo, que se aplicarán a los servidores de carrera y obreros de la empresa pública, se establecen las siguientes: 1.-Comprometerse en actividades que impliquen contraposición de intereses con los intereses de las empresas públicas, por lo tanto, bajo ninguna circunstancia pueden beneficiarse directa o indirectamente de los actos administrativos, operativos, comerciales o financieros de las mismas [...]".

¹⁵⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales: "Art. 95.- Efectos de la sentencia en el tiempo.- Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general. Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad."

¹⁵⁸ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada: "Art.50.- participación laboral.- los trabajadores o servidores públicos que presten sus servicios en las correspondientes entidades u organismos tendrán derecho a participar en las distintas modalidades de desmonopolización y privatización a las que se refiere el artículo 43 de la presente Ley. En estos casos, el Presidente de la República, podrá establecer forma de pago especiales."

pero para la administración pública solo configura un criterio de aplicación que puede o no tomarse en cuenta, pues sus efectos no son generales.

La incidencia jurídica de las sentencias con origen en la consulta judicial es relevante, en su efecto de declarar la constitucionalidad o no de disposiciones jurídicas con efectos generales, pues legitima la actuación administrativa que le dio origen, y para todos los casos futuros sobre la misma compatibilidad de la norma legal. Dentro de este supuesto se encuentra la declaración de constitucionalidad errónea e irresponsable de una norma reglamentaria contraria con el principio de reserva legal en el caso de infracciones y sanciones, pues respondió a un criterio errado en el cual mediante un reglamento se puedan fijar infracciones en contravención de dicha reserva legal¹⁵⁹:

1. Declarar la constitucionalidad del artículo 80, Clase III literal a) y Clase IV literal a) sobre infracciones de carácter administrativo del Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión

Con esta declaratoria de constitucionalidad, incluso al ser contraria al desarrollo de la reserva legal en caso de infracciones por los varios reparos teóricos que se puedan hacer, se legitimó la actuación en el caso concreto, pero también lo hizo frente a aquellas otras actuaciones que se basan en la aplicación de dicho articulado; por lo que en el surgimiento de una controversia similar no podrá la administración pública o las y los jueces, y peor aún los administrados, cuestionar tal constitucionalidad.

¹⁵⁹ Mediante sentencia del 12 de octubre del 2011, en el Caso No. 0021-11-CN, elevado en consulta por jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, en la acción de protección propuesta por CRATEL S.A. (Canal de televisión Teamazonas) en contra de la Superintendencia de Telecomunicaciones por la suspensión de la trasmisión por 72 horas, y de gran trascendencia social y política por el tema sobre de la libertad de expresión; la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de una norma reglamentaria que fija infracciones, asumiendo que la ley manda que el desarrollo de las infracciones se los haga por medio del reglamento; sin embargo, de lo cuestionable de esta postura frente a lo taxativo en la reserva legal en materia de infracciones. En el mismo fallo se omite referir el efecto de la sentencia; pero al ser de compatibilidad con la constitución legitimaría a futuro la aplicación de la misma norma reglamentaria por haber sido declarada como constitucional.

2.3. Innovación de la jurisdicción contencioso administrativa.

De la revisión realizada sobre la aplicación constitucional y el análisis de casos que han determinado distintos mecanismos, en los cuales se ha realizado la aplicación de los derechos y garantías fundamentales, y de normas constitucionales, se debe retomar la necesidad inminente de la innovación del actuar administrativo y con mayor énfasis en la jurisdicción contencioso administrativa en general.

A diferencia de la jurisdicción constitucional que ha tenido una constante innovación en los últimos años¹⁶⁰, la jurisdicción contencioso administrativa ha mantenido su estructura totalmente retrasada con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, vigente hace casi cincuenta años¹⁶¹ y sin ninguna reforma relevante hasta la actualidad.

Un cambio normativo en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, como parte de la Función Judicial, surge después de dos años de vigencia de la Constitución 2.008 y se crean, en reemplazo, las Salas de lo Contencioso Administrativo en las Cortes Provinciales de Justicia en el Código Orgánico de la Función Judicial¹⁶², con una enumeración más amplia de sus atribuciones¹⁶³ pero sin que hayan sido instauradas, por lo que subsisten en la actualidad como tribunales distritales.¹⁶⁴

¹⁶⁰ En el ámbito constitucional se han realizado grandes reformas, así la expedición de la Constitución vigente desde el 2008, en su contenido la creación de la Corte Constitucional con atribuciones exorbitantes, la expedición de sentencias significativas como las citadas en esta investigación; y, finalmente, la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹⁶¹ La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue expedida mediante Ley 035-CL publicada en el Registro Oficial No. 338 del 18 de marzo de 1968; con sendas reformas, más su última mediante Ley 2001-56 publicada en el Registro Oficial No. 483 del 28 de diciembre del 2001.

¹⁶² Código Orgánico de la Función Judicial: "Art.- 216.- Competencia de las salas de lo contencioso administrativo.- Habrán salas de lo contencioso administrativo en las Cortes Provinciales que determine el Consejo de la Judicatura, el cual determinará la sede y circunscripción territorial en que tenga su competencia.

¹⁶³ Art. 217 eiusdem.

¹⁶⁴ Disposición Transitoria Cuarta eiusdem: "Tribunales distritales de lo contencioso administrativo y fiscal.- Los actuales tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, funcionarán con el régimen y competencias establecidos antes de la vigencia de este Código hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura integre las respectivas salas de las Cortes Provinciales previo concurso público y con las condiciones de estabilidad establecidas en este Código."

Dentro de la innovación necesaria pero que no contempló la reforma, se debe retomar la necesidad de una Ley de Procedimiento Administrativos Común, con el cual se de la continuidad de los principios constitucionales en la administración pública; aspecto que si bien, a nivel de gobiernos autónomos descentralizados, se consiguió con la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se mantiene para la Administración Pública Central e Institucional con el cuestionamiento sobre la aplicación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.¹⁶⁵

Para mencionar un ejemplo, en el caso de Colombia la consideración de la instauración del proceso en sede administrativa y en la fase contencioso administrativa como una entidad conjunta, la prevé en su Código Contencioso Administrativo¹⁶⁶, con lo cual se consigue una visión total del fenómeno de la relación Estado – administrado, a diferencia de lo evidenciado en el caso ecuatoriano.

La consecuencia directa de la constitucionalización del Derecho Administrativo y la inclusión de nuevas fuentes del Derecho debe ser parte de la innovación en el ámbito administrativo y sobre todo en la jurisdicción contencioso administrativa; ya que, tal como se desprende de los casos analizados, la administración pública se encuentra obligada a la aplicación de la Constitución de forma directa, sea de sus normas o de los derechos y garantías fundamentales, y con mayor relevancia en un sistema presidencialista como el ecuatoriano, en el cual la participación de la función ejecutiva es preponderante.

Fácticamente en el Estado Constitucional, la participación de la Administración Pública es decisiva ya que, si bien se prevé la judicialización de los derechos, el primer estadio en el cual se

¹⁶⁵ Al respecto del ERJAFE, por ser emitido por medio de un Decreto Ejecutivo, se ha cuestionado su aplicación por su jerarquía normativa de ser un reglamento, y, por tanto, bajo normas legales; y por su ámbito de aplicación en la Función Ejecutiva su inaplicabilidad en todos los organismos del Sector Público enunciados en el Art. 225 de la Constitución.

¹⁶⁶ Código Contencioso Administrativo de Colombia en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo.html.

encuentran inmersos estos es la fase administrativa, donde en el caso de inexistencia de una tutela efectiva de derechos se configura una violación sistemática de ellos, y dicha vulneración muchas veces se quedan en la misma fase administrativa sin llegar a que se judicialicen.

Concretamente la innovación de la jurisdicción contencioso administrativa conlleva tres ámbitos fundamentales: el control de la juridicidad de los actos de la administración pública, la participación de la interpretación constitucional en el conocimiento y resolución de situaciones administrativas, y la complementariedad con la jurisdicción constitucional.

La incorporación de la Constitución, como centro normativo para la aplicación directa y por jerarquía de la norma constitucional en las actuaciones administrativas, hace necesario que el control de las actuaciones de la administración pública ya no solo se remita a un control de legalidad, sino el control de la juridicidad, es decir, de la actuación frente a todas las fuentes del Derecho y no solo a la ley; para lo cual es evidente la necesidad de incluir la interpretación constitucional y sus herramientas dentro de la administración pública. Las y los servidores públicos tiene que hacer un ejercicio de interpretación constitucional en conjunto con una legal, manejar el método de la subsunción pero también de interpretación constitucional, aspectos argumentativos y de ponderación.

Bajo este escenario, cabe resaltar que para el caso ecuatoriano se ha consagrado un nuevo sistema de garantías jurisdiccionales que estarán generalmente encaminadas a la violación de derechos fundamentales por parte de actos del poder público¹⁶⁷, y como tal la judicialización mayoritaria de las decisiones administrativas.

¹⁶⁷ Sin embargo, se han presentado garantías jurisdiccionales, por parte del Estado en contra de personas privadas, como la acción de protección presentada por parte del Subsecretario de la Administración Pública en contra de la Editorial Minotauro S.A. (Diario La Hora), por supuestas publicaciones inexactas que ocasionaron indefensión al Gobierno Nacional. Sentencia S/N de 12 de noviembre del 2012 del Juzgado Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha, en http://www.elcomercio.com/politica/PDF-Sentencia-juez-civil-diario-Hora_ECMFIL20121113_0002.pdf.

Esta innovación incluye la revisión judicial de todas las actuaciones administrativas, en total contradicción con las exclusiones previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁶⁸ que, de alguna forma, se expresan de manera más amplia en el Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues contiene la enumeración de las atribuciones propias de las Salas de lo Contencioso Administrativo, entre otras:

[...] conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales; supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad; y, conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas.¹⁶⁹

Al respecto, sobre todo el planteamiento de la inclusión de los actos provenientes de la potestad discrecional de la administración y aquellos que vulneren directamente derechos, es más que evidente, pues las nuevas fuentes del derecho, la posición crítica frente a la ley, y las nuevas herramientas hermenéuticas de argumentación jurídica, implican una presencia más frecuente de dicha potestad y la necesidad de focalizar los actos hacia los derechos.

Por otra parte, se debe buscar la congruencia de las acciones constitucionales y administrativas, pues en nada ayuda la ambigüedad del Art. 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales sobre la acción de protección:

La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. [...]

¹⁶⁸ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: "Art. 6.- No corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa: a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración. b) Las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones. c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. d) Las resoluciones expedidas por los organismos electorales. e) Las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa.

¹⁶⁹ Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial ecuatoriano vigente.

3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. [...]
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. [...]

De la revisión de este artículo es indispensable tomar nota que todo acto que emane de la administración pública, en principio, tiene a su impugnación en la vía judicial en lo contencioso administrativo como la más adecuada y eficaz, aunque no muy oportuna por el conocido congestionamiento judicial. Luego, este requisito de procedencia de la acción de protección se convierte en una mala dada regla general para los actos de la administración.

De la misma forma, los criterios de impugnación de constitucionalidad o legalidad del acto u omisión que no conlleve la violación de derechos, o que la pretensión sea la declaración de un derecho, no se complementan correctamente con las atribuciones que, sobre esta temática, se prevé para los jueces contenciosos administrativos en el Código Orgánico de la Función Judicial:

Art. 217.- Atribuciones y deberes.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: [...]

8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos;

9. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

(El subrayado es del autor)

De la contraposición de las normas citadas, se desprende que no existe una clara distinción en la activación de la jurisdicción constitucional frente a la contencioso administrativa, pues en la presencia de actos administrativos que violenten derechos o garantía constitucionales, cualquiera de las vías podría ser ejercida.

Por otra parte, la congruencia que se busca debe estar focalizada sobre todo en las consecuencias de las garantías jurisdiccionales, en cuanto constituyen una revisión de la eficacia del acto administrativo; es decir, la decisión ataca a la producción de los efectos de dicho acto para detenerlos y nada refiere al respecto de la declaratoria de nulidad del acto como expulsión del mundo jurídico, declaratoria que es propio de la revisión y decisión que realiza lo contencioso administrativo. Es más, para el caso de la acción de incumplimiento incluso la sentencia podría conllevar la emisión de un acto administrativo.¹⁷⁰

Tal contrariedad entre ambas jurisdicciones en el Ecuador se evidencia en el objetivo esencial de las medidas cautelares¹⁷¹ o de la acción de protección, pues va a encaminadas al cese de los efectos de una acto, mientras que en lo contencioso administrativo la no suspensión es la regla general: “en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo”¹⁷².

Es aspecto sobre la suspensión, como excepción, se ha contemplado en el derecho comparado, así en Colombia se ha señalado constitucionalmente que “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”¹⁷³; y para Venezuela se ha incluido en esta jurisdicción medidas cautelares, y explícitamente el amparo constitucional.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Constitución ecuatoriana vigente: “Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.”

¹⁷¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Art. 26.- Finalidad.- Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como [...] la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. [...]”.

¹⁷² Art. 76 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ecuatoriana.

¹⁷³ Art. 238 de Constitución Política de Colombia.

¹⁷⁴ La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela prescribe que: “Artículo 103.- Ámbito del procedimiento. Este procedimiento regirá la tramitación de las medidas cautelares, incluyendo las solicitudes de amparo constitucional cautelar, salvo lo previsto en el artículo 69 relativo al procedimiento breve.”

Por otra parte, la revisión de la juridicidad en los actos administrativo en lo contencioso administrativo implica un ejercicio de interpretación y aplicación constitucional, con el fin de configurar un verdadero control de la juridicidad de los actos de la administración pública, y en lo que se incluye como contenido especial la constitucionalidad de los actos, es decir, se incorpora al régimen de nulidades la inconstitucionalidad. Tal incorporación trasciende en la validez del acto no solo en el ámbito judicial sino en el ámbito administrativo, en tanto un acto podrá ser anulable-covalidable- o adolecer de nulidad de pleno derecho¹⁷⁵ (por ilegalidad o inconstitucionalidad) y esto produce la obligación implícita de las y los servidores públicos de extinguir de oficio el acto¹⁷⁶, y para el juez la revisión de la constitucionalidad en caso que sea impugnado cualquier acto.

Para el caso del juez contencioso administrativo, la revisión de constitucionalidad de un determinado acto que realice, por efectos del control constitucional concreto, estará condicionado a determinar la incompatibilidad de una norma con la Constitución como pretensión principal, y esto necesariamente deberá ser elevado a consulta obligatoria a la Corte Constitucional con el fin de poder resolver la cuestión principal planteada. De ser este el caso, la resolución de este tipo de controversias administrativas se limitará siempre a ser elevadas a consulta indefectiblemente.

Bajo estas premisas se denota la necesidad de la innovación de la jurisdicción contencioso administrativa para pensar en los cambios que son necesarios para la congruencia con la constitucional. La constitucionalización del Derecho Administrativo conlleva a la modificación de sus estructuras, entre estas la reformulación del ámbito jurisdiccional, que de no hacerlo significará la extinción fáctica de lo contencioso administrativo frente a la jurisdicción constitucional, y para esta última la saturación de causas.

¹⁷⁵ Art. 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

¹⁷⁶ Art. 93 eiusdem.

CONCLUSIONES.

La constitucionalización del Derecho Administrativo constituye una verdadera innovación en su estructura que se materializa en la instalación de nuevas fuentes del derecho, sobre todo aquellas provenientes de la jurisdicción constitucional, los tratados internacionales y los principios generales del Derecho; sin que esto pueda implicar la supresión el desarrollo legislativo como fuente primordial y bajo la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico. La existencia de nuevas fuentes normativas, en una disciplina de origen legalista, requiera de una mayor calidad y técnica en la interpretación y aplicación del Derecho como la única forma de evitar la arbitrariedad.

Con el posicionamiento de las nuevas fuentes del Derecho es indispensable que en el ejercicio de la función pública se maneje el método de subsunción y de argumentación jurídica de forma conjunta, para lo cual las y los servidores públicos deberán diferenciar en base a la estructura lingüística el precepto constitucional para aplicarlo como norma, derecho, garantía o principio, pues eso cumple con el efecto irradiador de la Constitución como norma suprema. Tal diferencia permitirá a las y los servidores públicos definir el método de interpretación y recurrir a las aplicaciones constitucionales para resolver conforme a Derecho.

Como aplicaciones constitucionales en las actuaciones administrativas se debe distinguir entre la aplicación directa e inmediata de derechos y garantías, de aquella aplicación por jerarquía normativa; de tal forma que, para la primera, incluso se podrá prescindir de la expresión positivizada del precepto y el método será argumentativo, mientras que para el principio jerárquico se estará directamente relacionado con un sistema de reglas que responde a un orden y jerarquía.

La aplicación directa de derechos y garantías, al constituir mandatos de optimización y en ausencia de normas secundarias, requerirá que las y los servidores públicos procedan bajo un método de argumentación jurídica para que se decida, con un criterio valorativo, la opción jurídica más cercana a la vigencia de los mismos, pero dentro de esta discrecionalidad deberá respetarse los

elementos reglados (competencia, forma, procedimiento y razonabilidad) para efecto de la legitimidad de su actuación.

En el caso de la presencia de normas secundarias que desarrollan el ámbito en cuestión, las y los servidores públicos, a través del método de la subsunción, aplicarán las normas legales y reglamentarias; y como resultado de tal aplicación, si se deriva una duda razonable sobre la legitimación material de su decisión, pues contravienen derechos y garantías fundamentales, entonces podrán recurrir a métodos argumentativos para determinar la opción jurídica que más se ajuste a estos y dejara de aplicar la norma en cuestión. Esta aplicación constitucional contra legem deriva en un ejercicio de discrecionalidad para la derivación de la regla que deberá confrontarse con la norma legal o reglamentaria, y determinar la inaplicabilidad de estas últimas a favor del precepto constitucional por medio de las reglas de la hermenéutica jurídica (legal y constitucional).

La aplicación directa de normas constitucionales, por su estructura como imperativo, corresponden al método de subsunción, por lo que el acto es reglado, limitando así la discrecionalidad de las y los funcionarios públicos; sin embargo, bajo un método de argumentación jurídica se procederá cuando estas normas contengan conceptos jurídicos indeterminados, con el fin de definir el alcance de la norma y ejecutarlo como un acto reglado. Importante es mencionar que se deberá para el efecto cumplir con el principio de jerarquía normativa.

Las aplicaciones constitucionales referidas en las actuaciones administrativas se realizan en un caso concreto, sin que obste la obligación ética de las y los funcionarios de activar la jurisdicción constitucional para que en corrección del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de activar la jurisdicción constitucional, la administración pública tiene la obligación de resolver y no puede esperar exista la declaración necesaria para aplicar la Constitución o buscar que, con sus dictámenes, se legitimen las actuaciones posteriores y que medien intereses políticos o particulares.

Esta obligación de resolver, vinculada con el derecho de petición y la tutela efectiva de derechos, imposibilita que la administración suspenda la sustanciación de un procedimiento en un caso concreto y recurra a la figura de la consulta a la Corte Constitucional, y aún más si en la misma Constitución se la excluye de la institución del control constitucional concreto, dispuesto únicamente a las y los jueces. Esta imposibilidad guarda coherencia con la característica jurisdiccional de la Corte Constitucional, ya que de tomar un dictamen previo estaría imposibilitado de cambiarlo en una controversia judicial futura.

Sin embargo, la participación del máximo órgano de control constitucional se presenta como un elemento a considerar por la Administración Pública, en cuanto sus sentencias son fuente normativa de obligatorio cumplimiento en los casos de la acción de interpretación constitucional, acciones por inconstitucionalidad, y sentencias vinculantes sobre constitucionalidad de normas declaradas en consultas judiciales. En contraparte esto requiere mayor calidad de las sentencias constitucionales.

Para el efecto, la Administración Pública requiere un mayor conocimiento del ordenamiento jurídico y métodos hermenéuticos para la legitimación de sus actos y la estructura correcta de su motivación, lo que además incluye un mayor y complejo manejo de la discrecionalidad en sus actuaciones. En contrapartida, esto significa la innovación de la jurisdicción contencioso administrativa para la revisión de la constitucionalidad de las actuaciones del poder público, la inclusión de la discrecionalidad administrativa, y la complementariedad con el control constitucional y las garantías jurisdiccionales, para así evitar la deslegitimación de ambas y propender a mejorar la calidad de las actuaciones administrativas para la plena vigencia de los derechos y la justicia.

La práctica administrativa ecuatoriana aún dista de la correcta aplicación directa de la Constitución y demuestra rezagos de la ultra legalidad, pues la legitimación de los actos del poder público han buscado el soporte en la emisión de normas secundarias, la interposición de acciones de interpretación dirigidas a un interés político determinado y como una forma de consultar

previamente para la aplicación de la norma fundamental, y la interpretación por la Procuraduría General del Estado empero de no tener facultades al respecto; sin embargo, tales prácticas no pueden constituir innovación sino que se convierten en una deformación y error técnico jurídico, como efecto propio de la colisión de las tendencias jurídicas que, presentes en la cultura actual, resultan en una aplicación normativa bajo distintos parámetros, conveniencias, y con la apariencia de modernidad y garantismo.

Finalmente, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y el posicionamiento del Estado Constitucional, ha provocado la necesidad imperante de la renovación de la disciplina del Derecho Administrativo; sin embargo revaloriza también la importancia de la legalidad en las actuaciones que, junto con la aplicación constitucional, son elementos esenciales de la juridicidad en un Estado garantista de derechos.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*, México, Fontamara, 2007.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- Andrade, Grijalva y Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador –Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional-UASB, 2009.
- Atiienza, Manuel y Alí Lozada, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Azula Camacho, Jaime, *Manual de Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial Temis, 2008.
- Benalcázar, Juan Carlos, *El Acto Administrativo en materia Tributaria*, Quito, Ediciones Legales, 2004.
- Benalcázar, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Andrade & Asociados, 2007.
- Bernal Pulido, Carlos, *El neocostitucionalismo a debate*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Valladolid, Editorial Trotta, 1.999.
- Carbonell, Miguel, ed., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Carbonell, Miguel, ed., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- Cassagne, Juan Carlo, *El principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
- Fernández, Tomás R., *De la Arbitrariedad de la Administración*, Pamplona, Thomson Civitas, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2009a.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ciudad Fernández, Editorial Trotta, 2009b.

Galán Melo, Jaime F., *Aplicación constitucional: la impugnación en el procedimiento administrativo en el Ecuador*, en Tinta Jurídica Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Internacional SEK, Quito, 2012.

Galán Melo, Jaime F., *La participación privada en la prestación de servicios públicos en el Ecuador*, en Tinta Jurídica Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Internacional SEK, Quito, 2010.

García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1998.

García De Enterría, Eduardo, *El Sistema de Fuentes del Derecho*, en El Derecho Público de Finales de Siglo Una perspectiva iberoamericana, Madrid, Civitas, 1997.

Kelsen, Hans, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005

Laporta, Francisco J., *El Imperio de la ley, Una visión actual*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Lifante Vidal, Isabel, ed., *Interpretación jurídica y Teoría del Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2010.

Martínez Zorilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, Bogotá, Ediciones Universales, 2005.

Neira Orellana, Edgar, *Las normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común*, en Asociación Escuela de Derecho PUCE, Libro Ruptura 47, Quito, AED, 2004.

Neira Orellana, Edgar, *La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación*, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Editora Jurídica Cevallos, 2012.

Palacios, Juan Francisco, *El Control de la Discrecionalidad Administrativa*, en Revista Jurídica, No. 2002/15, Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2002.

Penagos, Gustavo *Bases jurídicas políticas del Derecho Administrativo*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009.

Oyarte Martínez, Rafael, *Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*, en FORO revista de derecho, No. 6, Quito, UASB-Ecuador / CEN, 2006.

Solorzano, Norman J., *Notas para una crítica del principio de legalidad*, en Crítica Jurídica, No. 19, Buenos Aires, Facultades de Derecho de la universidad de Buenos Aires, 2001.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ciudad Fernández, Editorial Trotta, 2009.

Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Constitución Política de Colombia en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html.

Constitución Política del Estado de Bolivia en <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/36208>.

Código Contencioso Administrativo de Colombia en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo.html.

Datos de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUPERTEL) del 2009 al 2012, en <http://www.supertel.gob.ec/index.php/Estadisticas/Servicios-de-Telecomunicaciones.html>.

Eguiguren Praeli, Francisco J., *Las sentencias interpretativas o "manipulativas" y su utilización por el Tribunal Constitucional Peruano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/20.pdf>.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, en www.gordillo.com/tomo1.html.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela en <http://www.ministeriopublico.gob.ve/LEYES/LEY%20ORG%3%81NICA%20DE%20LA%20JURISDICCION%20CONTENCIOSO%20ADMINISTRATIVA/LEY%20ORG%3%81NICA%20DE%20LA%20JURISDICCION%20CONTENCIOSO%20ADMINISTRATIVA.html>.

Ocampo Gómez, Miguel, *La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en Colombia*, en Boletín No. 17, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Escuela de Derecho Universidad Sergio Arboleda, 2009, en http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/boletines/boletin_17.pdf.

Petzold Pernia, Hermann, *El problema de la subsunción y la argumentación jurídica*, en http://www.iupuebla.com/Doctorado/Docto_derecho/Material_profe/MA_Lectura%206%20EI%20problema%20de%20la%20subsuncion.pdf.

Quisbert, Ermo, *Principios Constitucionales*, Apunte 5, en <http://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente EXP. N° 010-2002-AI/TC, de Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>.

FUENTES NORMATIVAS

Codificación a la Ley de Aguas, publicada en el Registro Oficial No. 339 del 20 de mayo del 2004.

Codificación del Código Civil, publicada en el Registro Oficial No. 46 Suplemento del 24 de junio del 2005.

Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial No. 360 Suplemento del 13 de enero del 2000, y sus reformas.

Código Orgánico de la Función Judicial, Ley s/n publicada en el Registro Oficial No. 544 Suplemento del 9 de marzo del 2009.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial No. 351 Suplemento del 29 de diciembre de 2010.

Constitución del Ecuador vigente desde 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008, sus enmiendas y sentencias interpretativas.

Constitución Política del Ecuador, vigente desde 1998 hasta el 2008.

Decreto Ejecutivo No. 1088, publicado en el Registro Oficial 346 del 27 de mayo del 2008.

Decreto Ejecutivo No. 8, publicado en el Registro Oficial 10 del 24 de agosto del 2009.

Decreto Ejecutivo No. 1322, publicado en el Registro Oficial No. 813 del 19 de octubre del 2012.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto No. 2428 publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo del 2002.

Ley 2007-85 reformatoria a la Ley de hidrocarburos y al Código Penal, publicada en el Registro Oficial 331 del 7 de mayo del 2008.

Ley Especial de Telecomunicaciones vigente, Ley 184 publicada en el Registro Oficial 996 del 10 de agosto de 1992, y sus reformas.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 035-CL publicada en el Registro Oficial No. 338 del 18 de marzo de 1968 y sus reformas.

Ley de Minería, publicada en el Registro Oficial No. 517 Suplemento del 29 de enero del 2009 y sus reformas.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, Ley 50 publicada en el Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre de 1993, y sus reformas.

Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, Ley No. 2007-76 publicada en el Registro Oficial No. 26 Suplemento del 26 de febrero del 2007.

Ley de Radiodifusión y Televisión, publicada en el Registro Oficial No. 785 del 18 de abril de 1975; y sus reformas.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Ley s/n publicada en el Registro Oficial No. 48 Suplemento del 16 de octubre del 2009, y sus reformas.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Ley s/n publicada en el Registro Oficial No. 52 Segundo Suplemento del 22 de octubre 2009.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley 2002-73 publicada en el Registro Oficial No. 595 Suplemento del 12 de junio del 2002, y sus reformas.

Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte, Decreto 810 publicado en el Registro Oficial No. 494 del 19 de julio del 2011.

Reglamento a la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, publicado en Registro Oficial No. 450 del 17 de mayo del 2012.

Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la Administración Pública, decreto 3179 publicado en el Registro Oficial 686 del 18 de octubre de 2002.

Reglamento que regula la observancia de la disposición constitucional que prohíbe a las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad comunicacional, Resolución No. SC-DSC-G-12-011 de la Superintendencia de Compañía publicada en el Registro Oficial 743 Segundo Suplemento del 11 de noviembre del 2012.

JURISPRUDENCIA, SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.

Codificación emitida por el Superintendente de Telecomunicaciones por medio de Resolución ST-2011-0016 publicada por el Registro Oficial No. 377 del 3 de febrero del 2011.

Regulación No. CONELEC - 002/11 emitida por el Directorio del CONELEC en sesión de 14 de abril de 2011, en www.conelec.gob.ec/.../002_11%20EXCEPCIONALIDAD.docx.
Resolución No. 016, sobre absolución de consultas en materia laboral por la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 102 del 11 de junio del 2007

Resolución de la Superintendente de Compañías de Ecuador No. SC-DSC-G-12-015 publicada en el Registro Oficial No. 826 del 8 de noviembre del 2012.

Resolución S/N del Servicio de Rentas Internas publicada en el Registro Oficial 602 del 22 de noviembre del 2011.

Resolución S/N del Consejo Nacional Electoral publicada en el Registro Oficial 490 Suplemento del 13 de julio de 2011, con los resultados de la Consulta Popular de 7 de mayo del 2011.

Resolución S/N del Servicio de Rentas Internas publicada en el Registro Oficial 897 Suplemento del 22 de febrero del 2013.

Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC de la Corte Constitucional de Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 479 de 2 de diciembre de 2008.

Sentencia No. 002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional de Ecuador, publicado en el Registro Oficial Suplemento 556 del 8 de abril del 2009.

Sentencia No. 0020-2008-TC de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 577 Suplemento del 24 de abril del 2009.

Sentencia No. 0021-2008-TC de la Corte Constitucional del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 584 Suplemento del 6 de mayo del 2009.

Sentencia No. 0001-2009-SIN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 590 Suplemento del 14 de mayo del 2009

Sentencia Interpretativa N° 0006-09-SIC-CC en el caso No.0012-08-IC de la Corte Constitucional del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 43 Suplemento del 8 de octubre del 2009.

Sentencia 001-11-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador publicada en el Registro Oficial 381 Suplemento del 9 de febrero del 2011.

Sentencia S/N del 12 de octubre del 2011, en el Caso No. 0021-11-CN, de la Corte Constitucional del Ecuador.

Sentencia No. 009-10-SIN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador publicada en el Registro Oficial 601, 2do. Suplemento, del 21 de diciembre del 2011

Sentencia Interpretativa No. 001-12-SIC-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 629 Suplemento del 30 de enero del 2012.

Sentencia S/N de 12 de noviembre del 2012 del Juzgado Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha, en http://www.elcomercio.com/politica/PDF-Sentencia-juez-civil-diario-Hora_ECMFIL20121113_0002.pdf.