

Universidad Andina Simón Bolívar

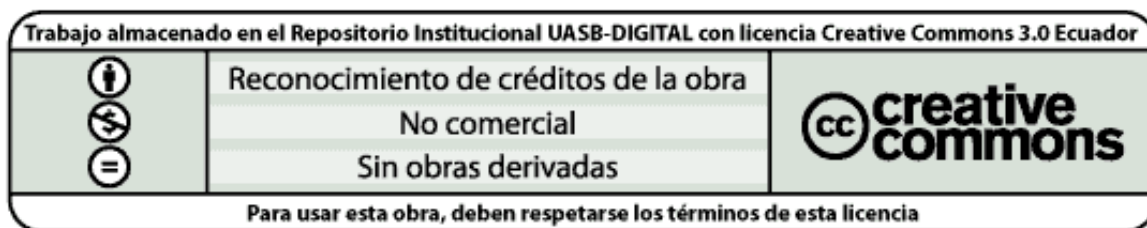
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho  
Mención Derecho Constitucional

Principio Democrático y Facultad Reglamentaria  
del Ejecutivo

Autor:  
José Chalco Salgado

2014



## **CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS**

Yo, JOSÉ FRANCISCO CHALCO SALGADO, autor de la tesis titulada: PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de MAGÍSTER EN DERECHO en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Fecha: 19 de noviembre de 2014

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho  
mención Derecho Constitucional

Principio Democrático y Facultad Reglamentaria  
del Ejecutivo

Autor:

José Chalco Salgado

Tutor:

Dra. PhD. Claudia Storini

San Francisco de Quito, 2014

## **Abstract**

El presente trabajo de investigación supone un análisis detallado de las características, delimitación y funcionamiento del principio democrático como base de un estado que reconozca la participación social como una forma de dirigir y administrar el poder constituido. En consecuencia, hacia el reconocimiento de la participación social y la devolución del poder a la población para así, fijar la vigencia de una teoría democrática.

En tal virtud, se presenta un problema con la facultad reglamentaria del ejecutivo, pues, conforme la praxis existente en el Ecuador, el Presidente de la República rebasa su atribución constitucional con este acto normativo, llegando a establecer regulaciones y condiciones nuevas que no han sido previstas por la ley superior; luego, se generaría una afección trascendental y directa al principio democrático, división de funciones, normatividad de la Constitución, principio de reserva legal y jerarquía normativa.

Este fenómeno jurídico político de consecuencias relevantes para el constitucionalismo será el centro de análisis en tanto se llegue a determinar las características y configuración que este acto normativo desarrollado por el Presidente de la República debe cumplir para su correcta validez material y formal en respeto a la Constitución ecuatoriana.

Así, se mostrará características establecidas a los reglamentos, la configuración de los mismos y casos concretos provenientes de la praxis ecuatoriana que demuestre la realidad vigente. Además, no se desatenderá el papel que ha venido desempeñado la Corte Constitucional del Ecuador respecto de este conflicto de tipo constitucional, órgano que por cierto, mantiene un rol de guardián de la Constitución y garante de los derechos de las minorías que no detentan poder.

*A mis padres,  
inquebrantables soñadores que  
entendieron que no existía límite para esta  
nueva meta.*

**Agradecimientos:**

Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador,  
*mi última casa que agitó las ideas, revolcó  
ilusiones y construyó esperanzas.*

Dra. PhD. Claudia Storini,  
*por creer en una sociedad  
renovada, justa y democrática,  
honesto amiga y directora apasionada de este trabajo.*

*“Instruíos, porque necesitaremos toda vuestra inteligencia.  
Agitaos, porque necesitaremos todo vuestro entusiasmo.  
Organizaos,  
porque necesitaremos toda vuestra fuerza.”*

ANTONIO GRAMSCI,  
Lema del diario *Ordine Nuovo*

*“¿Qué valor tiene el consenso donde el disenso está prohibido?  
donde no hay alternativa entre el consenso y el disenso  
donde el consenso es obligatorio y  
quizá premiado y  
el disenso,  
no solamente es prohibido, sino también  
castigado.”*

NORBERTO BOBBIO  
El futuro de la democracia



*ahora es el momento*

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>12</b>
<b>1. CAPÍTULO I: .....</b>	<b>16</b>
<b>LA ESTRUCTURA DEL ESTADO, PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO.....</b>	<b>16</b>
1.1. LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.- .....	18
1.1.1. <i>Constitución como norma suprema.-</i> .....	18
1.1.2. <i>La ley y su conformidad constitucional.-</i> .....	21
1.1.3. <i>Límites al ejercicio del poder.-</i> .....	22
1.2. PRESIDENCIALISMO Y CONSTITUCIÓN.- .....	26
1.3. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.- .....	29
1.3.1. <i>El principio democrático y su histórica construcción.-</i> .....	33
1. El principio democrático en el contractualismo clásico:.....	34
2. Principio democrático en la construcción del estado constitucional y el entendimiento del poder constituyente:.....	34
3. El principio democrático en el estado liberal de derecho:.....	35
4. El principio democrático en el estado social: .....	35
1.3.2. <i>Retos de la participación social y principio democrático.-</i> .....	37
1.4. PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y PROCESO LEGISLATIVO.- .....	39
1.4.1. <i>Las fuentes materiales y formales como base fundamental del desarrollo legislativo y reconocimiento social.-</i> .....	39
1.4.2. <i>El proceso legislativo y su inclinación hacia la participación social.-</i> .....	41
1.4.3. <i>La iniciativa legislativa y revisión comparada en Latinoamérica.-</i> .....	44
1.4.4. <i>El tratamiento en las comisiones especializadas.-</i> .....	46
1.4.5. <i>La participación presente en la creación legal.-</i> .....	48
1.5. LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO.- .....	50
1.5.1. <i>Un ejecutivo presente en la creación normativa.-</i> .....	50
1.5.2. <i>El reglamento del ejecutivo.-</i> .....	52
1.5.3. <i>Clases de reglamentos.-</i> .....	54
1. Reglamento Autónomo: .....	55
2. Reglamento de ejecución: .....	57
3. Reglamento orgánico funcional: .....	59
1.5.4. <i>Características de los reglamentos.-</i> .....	61
1. El agotamiento de la potestad reglamentaria: .....	61
2. Fuente productora de la facultad reglamentaria: .....	63
3. Límites a la remisión normativa: .....	64
4. Particularidades específicas de los reglamentos: .....	66
1.5.5. <i>Limites a la potestad reglamentaria.-</i> .....	67
<b>CAPÍTULO II: .....</b>	<b>72</b>
<b>LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO Y SU CONFIGURACIÓN EN EL ECUADOR. .72</b>	<b>72</b>
2.1. LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.- .....	74
2.1.1. <i>La atribución constitucional que habilita al reglamento ejecutivo.-</i> .....	75
2.1.1.1. Sobre la titularidad de la potestad reglamentaria.- .....	76
2.1.1.2. Tipos de reglamentos reconocidos y participación social.-.....	78
2.1.2. <i>El problema de los actos normativos desarrollados por órganos de la Función Ejecutiva distintos al Presidente de la República.-</i> .....	84
2.1.3. <i>La metáfora construida por la pirámide de Kelsen.-</i> .....	90
2.2. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA.- .....	95
2.2.1. <i>La reserva legal y su definición.-</i> .....	95
2.2.2. <i>Justificación a la existencia de reserva legal.-</i> .....	97
2.2.3. <i>Clases de reserva legal.-</i> .....	98
1. Reserva de ley por el rango:.....	99
2. Reserva de ley por su naturaleza:.....	99
	10

3. Reserva de ley por la materia que aborda: .....	100
4. Reserva de ley por la intensidad que configura: .....	100
2.2.4. <i>La reserva Legal como una garantía individual.</i> - .....	102
2.2.5. <i>Reserva legal en la Constitución de Ecuador.</i> - .....	103
2.3. DESARROLLO REGLAMENTARIO Y CONTROL CONSTITUCIONAL EN ECUADOR.- .....	107
2.3.1. <i>Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización.</i> - .....	108
2.3.2. <i>Reglamento Ejecutivo a la Ley de Educación Intercultural.</i> - .....	111
2.3.3. <i>Reglamento Ejecutivo a la Ley Orgánica de Educación Superior.</i> - .....	114
2.3.4. <i>Reglamento Ejecutivo a la Ley Orgánica de Comunicación.</i> - .....	116
2.3.5. <i>Control constitucional al ejercicio reglamentario del Ejecutivo.</i> - .....	117
<b>4. CONCLUSIONES.- .....</b>	<b>123</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA.- .....</b>	<b>133</b>

## INTRODUCCIÓN

Hablar de democracia en la actualidad, se ha convertido en un reto acompañado por las realidades de los diferentes estados y la complejidad que un mundo cada vez más plural demanda. Pues, la democracia no puede ser vista como algo por decretar<sup>1</sup>.

Crear que la base democrática radica exclusivamente en el accionar de un gobierno de turno es errado, pues, sería castrar a la organización social independiente, autorregulada y convocada que descansa activa en los grupos sociales; sin embargo, no es menos cierto que son precisamente esos colectivos sociales los que pueden verse mayor o menormente afectados, disminuidos o deteriorados por el accionar del poder constituido que carezca de frenos efectivos. Entonces, el papel del aparato estatal se convierte en algo protagónico para la vigencia de una democracia sustancial en los países. Así, existen estados que mantienen una constante práctica repetida de apertura hacia la generación de permanentes y debidos procesos democráticos que involucran decididamente a la sociedad; y otros, en los que el discurso democrático de tarima impera aunque sus acciones muestren una carencia de procesos participativos horizontales en la sociedad.

La situación democrática de un estado no se deteriora de un momento a otro, no es un efecto inmediato; sino que, constituye un proceso liderado por una serie de actos que van soslayando sistemáticamente a la democracia hasta llegar a invadirla y consecuentemente, lograr una afección a derechos y libertades de los ciudadanos. Aunque no se pueda hablar de un manual democrático, si se debe entender que la democracia tiene reglas claras que en las constituciones actuales, en el caso ecuatoriano es así, han sido constitucionalizadas y representan, como llamaría Bobbio reglas de juego claras a ser cumplidas<sup>2</sup>.

Por ello, se convierte en una notoria necesidad hablar de la devolución del poder a la población generando una apertura a que ésta, la población, pueda permanentemente

---

<sup>1</sup> Juan Carlos Monedero, “Curso urgente de política para gente decente”, (Colombia: Editorial Planeta, 2014), 105.

<sup>2</sup> Norberto Bobbio, “El futuro de la democracia”, (México: Fondo de cultura económica, 2012), 74.

manifestarse en la construcción de consensos e incluso en el debate de los disensos dentro del estado.

Luego, tiene que ser una tarea inquebrantable del poder constituido lograr una dinámica inclusiva de la población en el proceso político jurídico y administrativo de los estados.

Es así, que se concibe a la democracia como lo disímil al autoritarismo; la vigencia de democracia supone que la toma de decisiones y sus procedimientos deben ser realizados con estricta inclinación al reconocimiento del poder de la población y la participación social en los procesos decisorios del estado.

Conducir a una exclusión de la sociedad del qué hacer político puede ser un fatídico hecho que transportaría a los estados a ser opresores y la voz inequívoca de las decisiones tomadas por un grupo minúsculo de poder.

La atribución constitucional encomendada al Presidente de la República del Ecuador para expedir reglamentos necesarios para la correcta aplicación de la ley sin contravenirla y alterarla, es quizá, uno de los ejes político jurídico más trascendentales en el desarrollo de la administración de un gobierno de turno, por la capacidad de ser parte activa en los efectos jurídicos que una ley crea.

Es una facultad que produce más dudas que certezas en cuanto a su finalidad, límites y atribuciones, en consecuencia, a la configuración que estos cuerpos normativos generados por acto unilateral, volitivo y vertical provocan y que, en virtud del Estado constitucional democrático de derechos y el ejercicio progresivo de democracia deben guardar apego absoluto al marco constitucional que viabilice un verdadero constitucionalismo capaz de imponer límites contundentes al poder.

Con esta atribución reconocida en el art. 147.13 de la Constitución de Ecuador, se vislumbran algunos problemas a los que se intentará alcanzar respuestas: primero, en lo tocante a si la Constitución permite que el Ejecutivo produzca reglamentos autónomos, orgánico

funcionales o de simple ejecución; y en segundo orden, respecto del nivel de afección al principio democrático por el ejercicio de la potestad reglamentaria en el Ecuador.

Ahora bien, el desarrollo normativo de un país puede ser percibido como una realidad de fácil análisis y conclusión; sin embargo, cuando pasamos a la revisión de los mandatos constitucionales, espíritu y razón democrática que ésta guarda, todo cambiará.

Entonces, la pregunta que guiará la presente investigación es: ¿respeto el Ejecutivo en el ejercicio de la facultad reglamentaria los límites jurídico constitucionales de esta atribución sin afectar al principio democrático?. Y es que en efecto, Roberto Gargarella en su obra: *La justicia frente al gobierno*, señala una interrogante apropiada al examen del papel que la autoridad constituida cumple en una democracia, y se cuestiona el autor: “(..) ¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? (..)”<sup>3</sup>. En esta investigación a desarrollar se podría lograr una interrogante semejante a manera de hipótesis, ¿cómo puede ser que, en un Estado democrático, el Presidente de la República, rebase a la decisión participativa y representativa de la población en la formación de la ley con la creación de un reglamento?.

La presente investigación será dogmática jurídica, en uso del método exegético y sistemático para el correcto cuestionamiento a la potestad reglamentaria y sus distintas particularidades que se han dejado anotadas.

Cabe señalar también que el espacio territorial de investigación será el Ecuador, sin que ello implique la exclusión de elementos comparados con distintos países de Latinoamérica respecto de los puntos de acercamiento que se irán realizando en lo tocante a la facultad reglamentaria. Se usarán fuentes de tipo impresas, materiales bibliográficas y textos normativos.

---

<sup>3</sup> Roberto Gargarella, “La justicia frente al gobierno”, (Quito: Corte Constitucional, 2012), 27.

La técnica será documental, por cuanto se necesitará la remisión a disposiciones legales y reglamentarias, de igual manera a la Constitución de la República de Ecuador y otros de la región de América Latina.

Como fuentes de conocimiento jurídico se usará bibliografía. Como instrumento, fichas.

Así, al identificarse la existencia de problemas en la atribución del Ejecutivo para dictar reglamentos y la nula participación social que la creación de éstos supone, la presente investigación propone un acercamiento hacia el entendimiento del estado constitucional, el principio democrático, límites y características que la facultad reglamentaria debe tener; para finalmente, analizar la situación ecuatoriana respecto del ejercicio reglamentario del Ejecutivo y la participación social que en ésta exista, revitalizándose entonces, las consecuencias jurídicas y democráticas de su ejercicio, finalmente se revisará el rol que viene desempeñando la Corte Constitucional del Ecuador como máximo tribunal en la materia.

## 1. CAPÍTULO I:

### LA ESTRUCTURA DEL ESTADO, PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO.

De manera previa al estado constitucional, los ordenamientos jurídicos realizaban importantes construcciones teórico normativas teniendo como base para el desarrollo, a un estado legal o también conocido como de Derecho. En él, la constitución era un instrumento de carácter eminentemente político<sup>4</sup>, incluso si se quiere, gozaba de las características de *simple* ley. En esta dinámica, la legislación tenía un valor predominante en el desarrollo jurídico de cada país, es más, la ley condicionaba los actos del poder constituido y de la población, pues gobernaba efectivamente, el principio de legalidad<sup>5</sup>. La ley era además omnipotente en el contexto estatal<sup>6</sup>.

Las críticas al estado legal emergieron principalmente por el permanente irrespeto a la normativa establecida por parte de gobernantes, la intromisión en funciones ajenas, el despotismo decisorio, la negación de la participación social, la exclusión de garantías a los individuos, entre otras de no menor importancia<sup>7</sup>.

En este contexto, en el estado constitucional, se fortalece la visión de una constitución que regule y limite al poder, reconozca y proteja los derechos de las personas y, determine la organización y funcionamiento del estado en lo tocante a su estructura y elementos integradores. La ley deja de ser condicionante para ocupar un rol menor, el de ser condicionada por la constitución que toma fuerza y respeto vinculante. Además, la ley pierde valor por únicamente encontrarse conforme al proceso de creación legislativa, pues, su validez radicará

---

<sup>4</sup> Roberto Blanco Valdez, “La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”, Working Paper nro.117, Barcelona, Universidad Santiago de Compostela, 3.

<sup>5</sup> Manuel García Pelayo, “El estado legal y estado constitucional de derecho en el Tribunal Constitucional Español”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, nro. 82, 33.

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli, “La Democracia Constitucional”, en *Desde Otra Mirada*, Christian Courtis, compilador, (Buenos Aires: Eudeba, 2001).

<sup>7</sup> García Pelayo, “El estado legal y estado constitucional de derecho en el tribunal constitucional español”, 36.



en el apego y correspondencia con la constitución. Entonces, en el surgimiento del estado constitucional la obligatoriedad del respeto a la constitución es ineludible, pues la carta fundamental llega a determinar el campo de la ley, autoridad y estructura del poder<sup>8</sup>.

Es preciso decir que, la constitución cumple distintas funciones conforme a su estructura, así, una función material; otra orgánica; y, una de tipo procedimental. La primera en lo respectivo al reconocimiento de derechos de los individuos; la segunda, como un mecanismo de determinación de la estructura del estado; y finalmente la tercera, en lo concerniente a los procesos particularizados de participación.

Dentro de la clásica división del poder<sup>9</sup>, el ejecutivo, constituye la visión del *gran administrador* del aparato estatal, encargado de la planificación, gestión de recursos, manejo de la fuerza pública y también, el engranaje de las distintas fuerzas políticas. Las particularidades del ejecutivo se tornan aún más matizables cuando se realiza algún acercamiento a los regímenes con sistema de gobierno presidencialista, en los cuales, como abanico de opciones se incrementan los roles y atribuciones del presidente del estado, así, los equilibrios de poder y la teoría de los controles pesos y contra pesos<sup>10</sup> toma razón de ser.

El estado constitucional entrega varios elementos para el análisis del ejercicio del poder, en específico, conforme a la temática de este trabajo, hemos de identificar aquellos que nos posibiliten hablar de un ejecutivo respetuoso de la constitución y sus atribuciones, así también de un sistema que procure la vigencia de una teoría democrática de la constitución, capaz de advertir la participación social bajo la lupa del principio democrático.

---

<sup>8</sup> Ramiro Ávila Santamaría, "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia", en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ramiro Ávila, (Quito, Ecuador: 2008), 20.

<sup>9</sup> En su respectivo momento se determinará en este trabajo que realmente se trata de una división de funciones.

<sup>10</sup> Teoría atribuida al sistema anglosajón de los "*checks and balances*" que supone una forma efectiva de evitar la acumulación de poder en una sola persona o grupo de personas que ejercen una porción de éste (poder), y que en consecuencia, deberán ostentar lo estrictamente facultado bajo el control y límites que otras funciones puedan llegar a tener. Teoría que data su origen también en el ideólogo de la división de poderes, Montesquieu.

## **1.1. La estructura del estado constitucional.-**

Se presentarán los elementos más importantes que marcan la comprensión del estado constitucional, mismos que son determinantes a la hora de entender las cualidades que éste presenta. Hay que mencionar que se pueden sumar mayores rasgos y características al estado constitucional, sin embargo, a fin de percibir la temática de este tratamiento, se han establecido las más representativas para el fin que nos convoca.

### **1.1.1. Constitución como norma suprema.-**

En el estado constitucional se determina a la constitución como una norma de tipo superior, es decir, que prevalece frente a todo el ordenamiento jurídico, mismo que llega a tenerse como secundario. En esta medida, su fuerza vinculante también tiene lugar y preeminencia en las actuaciones de los operadores internos del país.

La supremacía constitucional toma fuerza en cuanto se entiende al instrumento constitucional como una directriz en la interpretación y desarrollo normativo del ordenamiento jurídico del país, pues, la jerarquía constitucional hace que los distintos intérpretes permanentes del ordenamiento jurídico, hagan este proceso en apego al sentido integrador de la constitución encontrando de esta manera concordancia de los actos administrativos creados, las leyes e instrumentos internacionales existentes conforme a la carta fundamental de un país; lo que nos lleva a decir que, “la ley no pueda ser declarada nula cuando pueda ser interpretada conforme a la constitución”<sup>11</sup>, es decir, mantienen una ruta de enlace respecto de la validez legal.

La supremacía constitucional a su vez, funda el principio de constitucionalidad de la ley por el cual, se ha de entender y presumir que la ley es válida por la materia y forma, por consiguiente, que únicamente al comprobarse una antinomia con la constitución pueda una ley ser declarada inválida y posteriormente expulsada del ordenamiento jurídico.

---

<sup>11</sup> Eduardo García de Enterría, “La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”, (Madrid, España: Civitas, 1985), 95 -98.

Se debería entonces concluir firmemente, no como única realidad pero sí predominante sobre la supremacía constitucional que, la constitución es el fundamento sobre el cual se levanta la plenitud del orden jurídico de un estado<sup>12</sup> así, sería quizá como Kelsen lo determinó, la cúspide de una pirámide, aunque, posteriormente en este trabajo se analizará que la hasta ahora poco cuestionada *pirámide kelseniana*<sup>13</sup> atraviesa ya un sendero de discusiones y debates en relación a los matices que puede tener conforme a nuevas visiones e incluso teorías que la critican ampliamente<sup>14</sup>.

En consecuencia, también el estado constitucional promulga el nacimiento del principio de unidad en materia que compone el hecho que la constitución sea un contexto necesario para la interpretación y aplicación de leyes, reglamentos, resoluciones, decretos y otros integrantes de la cadena normativa de un país. La constitución deja de ser un instrumento de interpretación declarativa para convertirse en uno hábil a la interpretación integrativa del sistema. Además, el estado constitucional se identificará también por la vigencia de una prohibición implícita conducente a fijar que una norma no sea interpretada de forma autónoma de la constitución.

Finalmente, en la existencia del estado constitucional, toma predominio y discusión el valor a las sentencias de los tribunales de justicia constitucional, en apego a que, al carecer de valor la ley como regla única y presentarse siempre a revisión respecto de la correspondencia con la constitución, se revaloriza la jurisprudencia de los máximos órganos de justicia constitucional<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Hernán Salgado Pesantes, “Lecciones de Derecho Constitucional”, (Quito, Ecuador: Ediciones Legales S.A., 2012), 49.

<sup>13</sup> Entiéndase a la Teoría de la Pirámide de Kelsen, como aquella por la cual a manera pedagógica se determinó que la Constitución se encontraba en la cúspide de una pirámide, ésta (pirámide) contenía todo el ordenamiento jurídico de un estado, ubicándose de manera subordinada las normas inferiores a la Constitución. En, Hans Kelsen, “Teoría pura del derecho”, (Buenos Aires: Edi. Universitaria, 1981).

<sup>14</sup> Teorías que serán mostradas en este trabajo de manera posterior. Marco Albán Zambonino, “El desbordamiento de las fuentes del Derecho tributario”, en *Tópicos contemporáneos del Derecho Tributario*, Marco Albán, César Montaña Galarza, coordinadores, (Quito, Ecuador: Cevallos, 2013).

<sup>15</sup> Pablo Peña Alarcón, “El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, coordinadores, (Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 100.

Con la supremacía constitucional se funda los distintos tipos de control de la constitución siendo éstos hasta la actualidad, tema de profunda discusión por el establecimiento de uno u otro sistema de control en los estados.

En fin, la interpretación constitucional toma vida con el estado constitucional sin que deje de ser a la vez una dificultosa tarea como lo diría Roberto Gargarella<sup>16</sup>. Es que no debe haber espacio a duda respecto a que termina una interpretación tradicional de reglas para acercarse a una nueva visión de praxis hermenéutica, en la cual gobernará incluso principios y valores que una carta fundamental mantenga en su contenido.

Es preciso anotar también el amplísimo sentido constitucional que debe ser concebido, se quiere decir, la dinámica que ostenta la constitución en un estado. De esta manera, Roberto Viciano manifiesta, que al estado constitucional no se lo puede entender como sinónimo de sencilla existencia de una constitución, sino la vigencia de una carta fundamental en sentido propio, es decir material, lo que para el autor supondría que se hayan generado mecanismos idóneos y suficientes para garantizar la limitación del poder y efectividad de los derechos contemplados a favor de los integrantes de la sociedad<sup>17</sup>.

Si se vuelve a lo inicialmente señalado en la presente investigación, respecto del vínculo estricto que debe existir entre constitución y sociedad, se tiene que entender además, que la constitución sería un lazo permanente entre derecho, política, y ante todo, sociedad; de manera consecuente, no se puede concebir que el desarrollo del estado constitucional debe estar aislado del respeto y observancia al sentido de esta trilogía que logra condensar los intereses de país y sociedad, empero, con una importante medida de reconocimiento a los derechos de las personas, que es precisamente el efecto y fin de la supremacía normativa.

---

<sup>16</sup> Roberto Gargarella, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Roberto Gargarella, coordinador, (Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2008), 123.

<sup>17</sup> Roberto Viciano y Rubén Martínez, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo Constitucionalismo en América Latina*, Roberto Viciano y Rubén Martínez, autores, (Quito, Ecuador: Corte Constitucional, 2010), 15 -16.

### 1.1.2. La ley y su conformidad constitucional.-

Con lo que se ha determinado anteriormente se colige entonces, que el estado constitucional, entre sus fines, tiene el de delimitar el campo de acción de la ley restringiendo el espacio de regulación de ésta. Así por ejemplo, se extiende de manera significativa el criterio sobre el principio de reserva de ley. La reserva de ley ha sido entendida como la necesidad de establecer al poder público, límites en las materias y derechos individuales que deben ser regulados por un acto legislativo<sup>18</sup>. En el estado constitucional, se revaloriza el sentido de la reserva legal, así, es visto como un principio para garantizar la participación social en la tutela de derechos y garantías de las personas; es decir, si bien es cierto se mantiene un argumento de seguridad jurídica, pero ante todo, de protección a la participación social que en la función legislativa existe y que por consecuencia, las materias tratadas en la reserva exclusivamente pueden ser desarrolladas por acto legislativo, consecuentemente, es percibida como una garantía de participación democrática<sup>19</sup>.

De igual forma, en el estado constitucional la ley pierde validez por su sola conformidad con el proceso de creación en la sede de la función mandada a ello, es decir, no basta únicamente una validez formal sino además se verá por la validez de tipo material<sup>20</sup>.

Luego, solo atendiendo a estas condiciones se puede hablar de una *perfecta* existencia jurídica de la norma; o como lo manifiesta Prieto Sanchís, que la norma “sea conforme al sistema jurídico”<sup>21</sup>. Por lo que, se debe dejar sentado expresamente que las normas para que gocen de validez deben ser de tipo jurídico, y lo jurídico es esencialmente una serie de

---

<sup>18</sup> Teodoro Ribera Newmann, “Reserva Legal y Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho Público*, 63, (2001): 471 – 489.

<sup>19</sup> Arturo Fernandois Vohringer, “La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 nro. 2, (2001): 288.

<sup>20</sup> Se entenderá por validez formal, a aquellas condiciones de competencia formal en lo tocante a la autoridad convocada para la realización del acto, es decir, como el procedimiento regular especificado y acorde con las reglas existentes para la elaboración del acto legislativo; mientras que en la otra orilla, la validez material, se referirá al ámbito, espacio o materia de regulación que la norma tenga establecida, supone entonces, el hecho de que la norma no atente contra otras del mismo sistema jurídico, sobre todo, por un rango clásico de solución a los conflictos de antinomias, el de jerarquía.

<sup>21</sup> Luis Prieto Sanchís, “Apuntes de teoría del Derecho”, (Madrid, España: Trotta. S.A., 2005), 73.

circunstancias, particularidades y cualidades que se imponen a fin de lograr el máximo objetivo que es lograr una norma válida, y es que, precisamente, con intención se ha de acentuar esta realidad, la peculiaridad de la existencia jurídica a la que se sumará un talante mayor, *la perfección* de su existencia jurídica, o lo que se podría señalar, la perfección jurídica de la norma que, solo entonces, será válida.

Al respecto, el criterio de perfección siempre ha sido sujeto de los más grandes, irrefutables y extensos juicios sobre su inexactitud y utopía, sin embargo, para el presente tratamiento goza de importancia, debatible y exacta sobre la necesidad de su razón de ser; pues, si bien es cierto absolutamente nada es perfecto en la vida, aún menos en las creaciones del ser humano, empero su evocación supone necesariamente la exploración innegable y precisa de formas y consideraciones que hagan de los actos humanos una búsqueda de lo mejor posible en la realidad de las circunstancias fácticas existentes, esto, por el valor que causa la necesidad de *perfección*, luego, será un móvil efectivo y necesario para resguardar un ejercicio respetuoso, cauto, celoso y correcto del derecho; logrando como efecto inmediato, la reclamada y exigida seguridad jurídica también reconocida por el estado constitucional.

Por ello, en el estado constitucional será primordial velar por la perfecta existencia jurídica de la norma conforme a su adecuación al contexto constitucional y la validez que implique su conciliación formal y material.

### **1.1.3. Límites al ejercicio del poder.-**

Desde el mismo surgimiento del estado, el poder político ha tenido un rol protagónico. Pues, el estado como aparato, nace de un contrato social que supone la expresión del poder político, poder que a su vez goza de peculiaridades que le entrega su naturaleza, de esta forma: en primer lugar, las facultades coercitivas representadas en el uso y gestión de la fuerza pública; segundo, la determinación para el juzgamiento de actos antijurídicos; tercero, la recaudación y

establecimiento de tributos; cuarto, determinación y gestión de recursos; quinto, planificación administrativa y política; sexto, la creación normativa.

La historia ha dejado constancia que han existido sucesos ingratos a la conciencia social por el exceso de poder sin límites o, la concentración de éste en una sola persona o grupo de personas, afectando directamente al reconocimiento de los derechos y garantías de los individuos. Pues, desde la teoría de la división de los poderes liderada por Montesquieu<sup>22</sup>, se ha entendido la necesidad de combatir al monopolio del poder por el peligro que representa. Julio César Trujillo incluso llega a cuestionar sobre la limitación a la libertad por el ejercicio absoluto de poder, manifestando que, “la concentración de todo el poder político en manos de una sola persona o de un solo grupo de personas constituye un *peligro inminente* para la libertad de los ciudadanos”<sup>23</sup> (cursivas son del autor).

Por ello, para evitar la concentración de poder en quienes manejan el aparato estatal se habla de una separación funcional del mismo. Pues, cabe mencionar, frente a la clásica y conocida teoría de la división de poderes, existe quienes defienden que el poder es uno solo y no se divide por cuando proviene de la población<sup>24</sup>, de esta forma, el poder únicamente se separa, gerencia y administra; bajo esta premisa, surge la división de funciones<sup>25</sup>.

En el estado constitucional, la carta fundamental se convierte en una camisa de fuerza para el estado, que en el desarrollo de sus actividades deberá acatar y respetarla profundamente, logrando de esta manera, la no generación de un monopolio de poder ilimitado, sino con frenos efectivos que permitan la existencia del aparato estatal con base en el respeto al ser humano y el

---

<sup>22</sup> Ideólogo de la teoría de la división de los poderes para no acumular exceso de poder en uno solo.

<sup>23</sup> Julio César Trujillo, “El Estado en la Constitución”, en *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo, y Roberto Viciano, editores, (Quito, Ecuador: Editora Nacional, 2004), 92.

<sup>24</sup> Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, *Sentencia Constitucional nro. 0591-2012*.

Sentencia en la que se manifiesta ampliamente la necesidad de hablar de una teoría de la división de funciones: “(...) La concepción dogmática de la división de poderes ha sido superada en el constitucionalismo contemporáneo con la adopción del concepto de la separación de funciones, que se sustenta en los siguientes principios: 1) La independencia de los órganos de poder del Estado. 2) La coordinación e interrelación de funciones entre los órganos. 3) El equilibrio entre los órganos que se establece a partir de frenos y contrapesos (...)”.

<sup>25</sup> María Martha Cerro, “El principio de división de poderes”, 4.

<http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/14/250.pdf>

poder constituido en torno a la constitución que, como norma fundamental y de obligatorio cumplimiento: limite, frene, fije y focalice los actos del poder<sup>26</sup>.

Dentro de la serie de límites al poder se encuentra además, vinculado inexorablemente, los controles que deben existir a éste. En efecto, se generan organismos de control y regulación para la fiscalización del ejercicio del poder que permitan entonces dotarle de efectividad a la delimitación del ejercicio de la autoridad<sup>27</sup>.

Algunos autores han llegado a señalar, que los límites y controles al ejercicio del poder en el estado constitucional suponen un principio esencial de éste <sup>28</sup> . Logrando consiguientemente que exista un orden político clarificado.

Con el establecimiento de estas limitaciones se profundiza precisamente un camino necesario y convocado hacia el reconocimiento indiscutible de los derechos y las garantías de los individuos para el correcto desempeño del estado. Es decir, la sintonía generada por la limitación al poder, ante todo configuraría un escudo protector a la sociedad.

Pues, el reconocimiento de derechos y garantías a las personas como frenos efectivos al ejercicio del poder es una más de las características del estado constitucional. Se puede fácilmente decir, que mientras para el estado la constitución es una *camisa de fuerza*, para la sociedad es un *escudo de protección* del poder constituido.

Verbigracia, cuando el estado dentro de los poderes con los que cuenta, como se ha dejado mencionado, puede recaudar y establecer tributos por facultad constitucional; los particulares en la misma constitución podrán encontrar una protección frente a dicho cobro, así, exigiendo que la determinación del hecho generador de los tributos sea jurídica, recaudación de tipo general y también, no confiscatoria. De esta forma mostrando la camisa de fuerza y escudo protector que es la constitución.

---

<sup>26</sup> García de Enterría, “La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”, 58 – 59.

<sup>27</sup> *Ibid.*, 59.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 45-47.



Ahora bien, en atención al valor que se promulga en favor de la sociedad o población como un elemento constitutivo del estado, continuando con las determinaciones de Sieyès<sup>29</sup> y el poder constituyente en la voluntad del pueblo, que el pueblo<sup>30</sup> manda y decide por sí mismo<sup>31</sup>, que el poder es una construcción del pueblo y mal puede este último estar encima del primero; se ha llegado a determinar que es indispensablemente la población quien debe estar garantizada y respaldada por la construcción constitucional.

Se colige entonces que, el establecimiento de frenos materiales al poder, que permitan una afirmación de las libertades y derechos fundamentales de las personas reconocidos por la constitución, es una característica trascendental en este tipo de estado.

Bajo esta visión y entendimiento, respecto de la necesidad de garantizar los derechos de los individuos, se puede decir que en el estado constitucional, es el aparato estatal el garante primordial de los derechos de los individuos así como también, el primer responsable de encontrar aquellas formas de protección eficaces e idóneas a estos derechos<sup>32</sup>.

Las características del estado constitucional han sido abarcadas en importante medida, para un acercamiento a comprender el alcance y cualidades que representa este tipo de estado en el desarrollo social y existencia de los diferentes países con sus estructuras organizativas. Sin embargo, no puede quedar en una declaración lírica de características taxativas, en realidad, se alcanzarían a dar tantos conceptos cuantas personas se atrevan a darlos, pero existen mínimos necesarios que deben quedar instituidos en este ejercicio académico para solo así poder obtener entonces, los objetivos perseguidos.

---

<sup>29</sup> Pedro de Vega García, “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en *Estado Constitucional y Globalización*, Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, compiladores, (México: Editorial Porrúa, 2001),199.

<sup>30</sup> Constituye una ficción jurídica y política hablar de pueblo. Lo correcto será determinar como población al elemento constitutivo del estado por cuando éste si es la agrupación de individuos. Sin embargo, al tomar ideas del autor originario mantendremos como pueblo.

<sup>31</sup> García de Enterría, “La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”, 45.

<sup>32</sup> Juan E. Méndez, “Los derechos fundamentales como límite al principio democrático de la voluntad mayoritaria”, en *Democracia, desarrollo Humano y ciudadanía: Reflexiones sobre la calidad de democracia en América Latina*, Guillermo O’Donnell, Osvaldo Iazzetta, Jorge Vargas Cullel, compiladores, (Santa Fe, Argentina: Homo Sapiens Ediciones, 2003), 283.

De esta manera se debe sostener, parafraseando a Viciano que, el estado constitucional se encuentra en un proceso quizá de interminable construcción, en el cual dos elementos serán los concluyentes en su valoración y estudio; por un lado, la legitimidad democrática; y por otro, la normatividad de la constitución<sup>33</sup>.

Las constituciones de los distintos estados tienen como máxima, ordenar la estructura de éstos, pero ante todo, no ser un “puro revestimiento formal”<sup>34</sup> que se divorcie de la realidad social, para ello, será menester guardar una visión de permanente sentido de justicia con la población mandante principal, logrando el progreso colectivo en atención a los intereses de los individuos.

## **1.2. Presidencialismo y constitución.-**

El análisis del poder ejecutivo siempre servirá de un primer paso para el acercamiento a los regímenes políticos de los distintos estados, pues, sus características, forma de ejercicio, atribuciones y prácticas, permiten adentrarse en el entendimiento de las instituciones de un país, o como Hernán Salgado señalaría, se constituye en un elemento fundamental y motor de los estados<sup>35</sup>. Justificado lo anterior, es primordial en el análisis desarrollado, entender al sistema presidencialista y su conexión con el estado constitucional, pues, será premisa importante para el posterior avance de esta investigación que se ajustará estrictamente a este tipo de sistema.

El sistema presidencialista tiene su origen en Estados Unidos cuando sus constituyentes luego de largas discusiones, con la generación de la teoría de los “checks and balances”<sup>36</sup> en el año de 1787 congregados en Filadelfia, dieron luz a este sistema de gobierno.

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>34</sup> Antonio Troncoso Reigada, “Método Jurídico, interpretación constitucional y principio democrático”, en *La justicia constitucional en el estado democrático*, Eduardo Espín y Javier Díaz, coordinadores, (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2000), 411.

<sup>35</sup> Salgado Pesantes, “Lecciones de Derecho Constitucional”, 104.

<sup>36</sup> Teoría atribuida al sistema anglosajón de los “*checks and balances*” que supone una forma efectiva de evitar la acumulación de poder en una sola persona o grupo de personas que ejercen una porción de éste (poder), y que en consecuencia, deberán ostentar lo estrictamente facultado bajo el control y límites que otras funciones puedan llegar a tener. Teoría atribuida también al ideólogo de la división de funciones Montesquieu.

Cuando se habla del presidencialismo adoptado en Latinoamérica no se puede sostener a priori que sea una copia del modelo anglosajón, pues al contrario, se debe claramente reconocer la diversas realidades económicas, sociales y culturales que tradujeron cualidades ajustadas a la forma en que este sistema se fue incorporando en la región. Luego, por supuesto se mantienen en gran medida los rasgos primordiales y notorios del originario sistema desarrollado en las ex colonias inglesas, empero, hay que rescatar el fenómeno *caudillista* que impera desde el siglo XIX en los presidencialismos de América Latina<sup>37</sup>.

Las funciones que el ejecutivo posee en el presidencialismo son amplias y tendientes a la condensación de una porción importante de poder en éste, rebasando cualquier intento en sostener que son de *simple ejecución*; además, su estructura monista conducente a que en una única persona gravite el ejercicio de la función hace que exista un amplio depósito de poder en el presidente quien además será: jefe de gobierno y jefe de estado; también existe una reunión de facultades que hacen a un presidente fuerte, como: nombramientos de funcionarios y ministros de estado con su libertad para removerlos del cargo sin depender de freno alguno o ceder competencias; el manejo directo de la política económica y su afección, positiva o negativa en la sociedad; la dirección de las relaciones internacionales con la gama de potestades que ello desprende; las atribuciones legislativas para vetar leyes y reglamentarlas; la posibilidad de conceder indultos; determinación excepcional, de los estados de emergencia; la incidencia en el aparato estatal por intermedio del manejo de la fuerza pública; influencia sobre las distintas instituciones que forman parte del estado; predominio sobre el aparato político y social; entre otras marcadas autorizaciones para su ejercicio<sup>38</sup>.

Entonces, claramente queda establecido que en los sistemas presidencialistas de América Latina se percibe un rol protagónico del presidente de estado; pues, la actividad del

---

<sup>37</sup> Salgado Pesantes, "Lecciones de Derecho Constitucional", 103 – 106.

<sup>38</sup> Luis Fernando Torres, "Presidencialismo constituyente: La ruta del autoritarismo en el Ecuador. Semblanza de la Constitución de Montecristi", (Quito, Ecuador: Cevallos, 2010).

presidente llega a marcar la pauta del orden político y democrático de un país, es más, el debilitamiento de la democracia y la praxis política de un estado podría estar, sorprendentemente, condicionado por el repertorio de actuaciones del ejecutivo. Con esta realidad, ¿la teoría de la división de poderes o separación funcional del poder se debilita en estos sistemas?. Su respuesta, menores dudas y mayores certezas nos dará, y es que, la concentración de poder en el presidente, sin más cuestionamientos a realizar, aminora a las otras funciones y mantiene un predominio del ejecutivo en la organización estatal, por ello, la separación del poder que Montesquieu creó, por supuesto que es afectada y lleva un aire de debilitamiento, aunque, constitucionalmente permitido.

Las justificaciones políticas a la vigencia del presidencialismo descansan sobre los niveles de eficiencia en la gestión así como también, en los antecedentes culturales, económicos y sociales que se mencionaron al principio, luego, no se puede inobservar la inestabilidad política que acompaña a la falta de madurez en la materia, los caudillismos, dictaduras militares, entre otros; que suponen factores que se enriquecen con el adentrarse en la realidad de cada país de la región.

Autores han llegado a establecer incluso, el criterio que se transita en diferentes estados hacia un *hiperpresidencialismo* constitucional<sup>39</sup>. El hiperpresidencialismo constitucional es un aumento manifiesto de las atribuciones entregadas al ejecutivo; destacándose entre ellas, un conjunto de facultades adecuadas a la permanencia del presidente y su grupo de gobierno en el poder por medio de reelecciones indefinidas que hacen en un momento determinado al aparato estatal un instrumento de campaña y utilización político electoral; de igual forma, la existencia de un revestimiento presidencial con la utilización de procesos constituyentes; el deterioro de

---

<sup>39</sup> Véase a: Salgado Pesantes, “Lecciones de Derecho Constitucional”, 109; también puede consultarse a Michael Penfold, “La Democracia Subyugada: El Hiperpresidencialismo Venezolano”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, núm. 1, (2010): 21 – 40. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32414670003> ; Andrés Botero Bernal, “Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la contemporaneidad”, en *Ambiente Jurídico*, 158. [http://www.researchgate.net/profile/Andres\\_Botero2/publications](http://www.researchgate.net/profile/Andres_Botero2/publications) .

las competencias del legislativo en el nombramiento de funcionarios para ser éstos últimos dependientes única y exclusivamente del presidente de la república bajo el lente del discurso de un constitucionalismo transformador<sup>40</sup> que finalmente podría estar engendrando un hiperpresidencialismo que comprometa: las libertades, frenos, pesos y contra pesos al poder, democracia y derechos de las personas.

Ahora bien, para lo fines de esta investigación se tomarán rasgos que se han marcado sobre el presidencialismo y la vinculación hacia su reconocimiento en la constitución, éstos se referirán sobre todo, a las atribuciones ejecutivas en el presidencialismo respecto de: la gestión de la política, control social, participación legislativa y creación de reglamentos.

Sin embargo, no se descartará totalmente la inquietud que genera el pulso permanente de un momento *postpresidencialista*<sup>41</sup> que pudiese estarse fraguando e incluso existiendo ya en el estado constitucional, por cuanto, en el desarrollo posterior interesará el análisis de las atribuciones presidenciales en países que han sido parte de procesos constituyentes recientes en la región.

### **1.3. El principio democrático en el Estado Constitucional.-**

Al referir en este capítulo sobre la estructura del estado constitucional se han desarrollado distintas características que indican los postulados más importantes de éste. Entre ellas, habrá que destacar el reconocimiento de la sociedad como actor principal y predominante en la vida del estado. En efecto, al crearse límites al poder y reconocimiento a la población como mandante frente al poder constituido, se parte de una aceptación implícita del valor que los estados, por intermedio de su carta fundamental, entregan a la sociedad y sus procesos de participación en la vida del país.

---

<sup>40</sup> Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez, “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, en *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, nro. 25, (Puebla, México: 2010), 13.

<sup>41</sup> Término también acuñado al sistema hiperpresidencialista de gobierno.

Si partimos del entendimiento que el estado es una construcción de tipo social, para reconocer los fines sociales, garantizar las condiciones humanas y derechos de las personas, entonces, se podrá ponderar y entregar valor a la interacción social como parte de actos racionales que tengan como fin marcar el pulso de la vida estatal.

No es objetivo entregar a la brevedad una definición exacta y como consecuencia, limitada de lo que el principio democrático implica, aún más si partimos del innumerable acervo de concepciones que los tratadistas han procurado respecto a él; pero, si se han de entregar bases suficientes para el entendimiento del principio democrático.

La intervención de los individuos en la sociedad siempre ha estado gobernada bajo el principio de *necesidad*, es así que se han procurado dos visiones respecto de la cooperación social; la primera *dirigista*<sup>42</sup>, realizada desde quienes ostentan el poder y acomodan la actuación de los individuos a partir de reglas que van dictando y delimitando las conductas de las personas; y la segunda, *contractualista*<sup>43</sup>, por la que los individuos entienden y observan las ventajas que supone el fortalecimiento de la actividad en cooperación para sus propios intereses. Ludwig Von Mises en sus obras, ya mencionaba permanentemente el valor de la cooperación social como sinónimo de bienestar y progreso para las personas<sup>44</sup>.

Entonces, el principio democrático se torna indiscutiblemente un punto fundamental para el entender de la vida social y jurídica de los distintos países, quizá un concepto muy apegado a la teoría democrática en sí misma, pero con particularidades que revitalizan ante todo, el reconocimiento del poder que radica en la población para la efectiva participación de ésta en el desarrollo y vida del estado.

---

<sup>42</sup> Nuria Quintana Paz, “Políticas mediáticas de UCD y PSOE: entre el dirigismo político y la apertura mediática”, *Sphera Pública* núm. 5, Universidad Católica San Antonio de Murcia, (2005): 151-164. <http://www.redalyc.org/pdf/297/29700510.pdf>.

<sup>43</sup> Jorge Vergara Estévez, “*Democracia y participación en jean-jacques Rousseau*”, en *Revista de Filosofía*, 68, (2012): 29 – 52.

<sup>44</sup> Gabriel Zanotti, “Ludwig Von Mises y la filosofía cristiana”, Hispanic American Center for Economic Research: s.f. <http://www.hacer.org/pdf/Zanotti02.pdf>.

Hay quienes sostienen que el principio democrático exclusivamente se refiere al ejercicio del sufragio, sería entonces creer que la única manifestación democrática es el voto. Otros, en sus intentos de profundización han llegado a determinar que el principio democrático es la posibilidad que descansa en los individuos para organizar al estado desde el establecimiento de un poder constituyente. También se manifiesta que el principio democrático es la potestad determinativa de la sociedad respecto a la transferencia de su capacidad decisoria al poder constituido.

En fin, se han dotado de varias acepciones al principio democrático que intentar generar una más sería un perjuicio al entendimiento jurídico político del mismo. Empero es oportuno delimitar su campo y señalar lo que entenderemos por él para el presente trabajo.

Consecuentemente, el principio democrático parte del respeto y consideración del pluralismo, así en un ejercicio de racionalidad política éste, juega un papel predominante para el reconocimiento de los distintos actores que intervienen en la sociedad, aún de aquellos de características pasivas en la intervención participativa, pero que por ningún concepto deben estar excluidos de la voluntad decisoria del poder, ya sea por actuaciones directas o indirectas. Es decir, supone un principio gobernado por la participación de los miembros de una sociedad en los distintos procesos que interesen a éstos dentro de la vida estatal, partiendo del entendimiento de la imposibilidad fáctica de la unanimidad e identidad ideológica.

Diremos consecuentemente que, los ámbitos de intervención social en la política cada vez se ven más reducidos, o quizá incluso limitados por distintas cuestiones, sin duda la más predominante tesis para esta realidad apunta a justificarse bajo el criterio de la especificidad o tecnocracia en el tratamiento de materias delicadas. Así, únicamente un grupo de *expertos*, *notables* y *destacados* son los llamados a intervenir en los campos cuyo conocimiento, excluye a la población en general, o incluso aún más, convirtiéndose en el conocido *poder invisible*

acuñado por Norberto Bobbio<sup>45</sup>, por el cual, se entiende la existencia de grupos minúsculos decisorios en los distintos niveles de poder, mismos que liquidan cualquier perspectiva de un estado democrático restaurador de grados importantes de participación social, entonces, se conformaría el conocido *doblo estado* que condena a coincidir con la presencia de una *teatrocracia*<sup>46</sup>.

Es por ello que existen quienes critican ampliamente al ensanchamiento de las diferentes esferas sociales y económicas sin que suponga consiguientemente un correlativo incremento efectivo de los espacios políticos de participación social<sup>47</sup>, entendiendo que la política y sus formas de participación es inclusive una autoayuda social para el forjamiento de escenarios de progreso y mejora en atención, a la cosmovisión del conjunto social<sup>48</sup>.

Entregar la política al estado y desentenderse de la actividad y participación de las decisiones conjuntas con él, es errado y antidemocrático. Así, la democracia debe revesar una participación predominante de la sociedad y desbordarse del anacrónico criterio del sufragio; es decir, construir un ambiente en el que la población pueda tomar decisiones pero además, participar activamente de los procesos de formación de éstas y determinar sobre qué materias se deben desarrollar inquietudes de tratamiento, logrando un proceso indiscutible de relación con la formación de la voluntad política del gobernante.

La democracia, por supuesto que mantiene un abanico de hipótesis necesarias para el entendimiento social<sup>49</sup>, una de ellas es que todos puedan tomar decisiones, empero, el alto índice de tecnocracia invalida esta premisa, pues, bajo criterios de responsabilidad y calidad, que por supuesto son válidos y aceptados, se ahonda un problema mayor, cuando dichos

---

<sup>45</sup> Norberto Bobbio, “El futuro de la democracia”, (México: Fondo de cultura económica, 2012), 36.

<sup>46</sup> Palabra establecida por Platón para denigrar a la democracia en sentido que ésta simplemente sirve como una creación teatral de guiones y complementos para engañar a la sociedad. En, Norberto Bobbio, “El futuro de la democracia”, (México: Fondo de cultura económica, 2012), 36 – 38.

<sup>47</sup> Pedro de Vega García, “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, 166.

<sup>48</sup> Juan Carlos Monedero, “Curso urgente de política para gente decente”, (Colombia: Editorial Planeta, 2014), 16.

<sup>49</sup> Bobbio, “El futuro de la democracia”, 41.



razonamientos abolen el proyecto democrático de la reivindicación social como parte de una participación efectiva e idónea para los estados.

Se ha de resaltar que la democracia de un país debe medirse por los números de espacios en los cuales las personas pueden ejercer el derecho a participar, no por el número de quienes participan; y es que con ello es intención mostrar con este trabajo, el profundo desapego a las voces que sostienen que la sociedad puede ser en un momento dado indiferente al participar en la vida del estado, pues, de seguro será por una carencia de efectos motivadores a lograr la movilización social, como el desconocimiento de los espacios para la participación social, luego, precisamente como manifiesta Méndez<sup>50</sup> es el aparato central el que en mejor posición se encuentra para ajustar formulas a favor de las personas conforme a su realidad, en este caso, para gerenciar la vigencia de una motivada participación colectiva.

Con lo mencionado en los apartados que preceden, se debe también precisar que, la democracia que fue construida inicialmente en las sociedades y a la que se la dotó de definiciones de horizontalidad y activa participación de todos los miembros de un estado, dista mucho de los desafíos y retos que en la actualidad existen; por ello, al constatarse sistemas complejos en lo tocante a la realidad social y de gobierno, coexisten distintos tipos de democracia y no una sola. La democracia representativa y directa no se encuentran del todo aisladas y conviven en los procesos de gobierno de los estados, eliminar a una u otra totalmente, sería un error a la fuerza implícita individual de la agrupación, colaboración y sentido de pertenencia.

### **1.3.1. El principio democrático y su histórica construcción.-**

Históricamente, el principio democrático tuvo que atravesar senderos de confusión, limitación, contradicciones e incluso desconocimiento por parte de gobernantes y sistemas

---

<sup>50</sup> Méndez, “Los derechos fundamentales como límite al principio democrático de la voluntad mayoritaria”, 283.

jurídicos. En el siguiente acápite se tratará sobre el desarrollo del principio democrático y las múltiples visiones que ha tenido en su vida jurídica.

### **1. El principio democrático en el contractualismo clásico:**

El conflicto que mayor debate tuvo, fue la vigencia de una libertad natural frente al reconocimiento de un pacto político.

Por un lado, hubo quienes defendieron fuertemente la vigencia de la libertad natural como único camino a observar y respetar sin que ésta, la libertad, pueda estar condicionada a algún tipo de acuerdo o contrato social, pues se creía que al realizarse un pacto se limitaría objetivamente a la naturaleza de las personas respecto de su libertad.

También existieron teorías adecuadas a manifestar que, con la construcción del pacto se podría crear una verdadera teoría de la libertad, llegando a ésta por la ideal vía del compromiso recíproco de voluntades a la construcción y respeto a la misma, de tal forma que la voluntad general sea la que condicione los efectos del contrato social. Por otra parte, Rousseau sostuvo que la libertad es un axioma abstracto y de escasa posibilidad de definición, por ello, el pacto social sí podía condicionar a los derechos y a las libertades de las personas<sup>51</sup>.

### **2. Principio democrático en la construcción del estado constitucional y el entendimiento del poder constituyente:**

Como antesala a la construcción del estado constitucional, se había logrado ya una visión jurídica respecto a que los derechos y las libertades de las personas no podían encontrarse en un campo de discrecionalidad del poder, es decir, su existencia y afirmación no tocaban alguna interferencia con el poder. Por igual, el pacto social también fue entendido como un mecanismo de reconocimiento de un fenómeno natural, mas no como un eje inicial y creador de la sociedad.

---

<sup>51</sup> De Vega García, “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, 198.

Por ello, con la creación de la constitución se vio imperativo establecer a ésta un rol de conversor al estado en un servidor totalmente controlado por la sociedad, para este fin, con la participación y generación de procesos de control necesarios que sean ejercidos desde la actividad social.

También en este momento para efectos del principio democrático, se contagió de las teorías formuladas por Sieyès sobre el poder constituyente como máxima expresión del principio, sin embargo en sus tratados, sostuvo el razonamiento que la asamblea constituyente debía estar conformada por: notables, sabios y los mejores hombres de la población; consecuentemente, anuló la perspectiva de una participación horizontal de toda la sociedad para instaurar un criterio de meritocracia tan criticado por quienes proclaman la reivindicación del poder social.

### **3. El principio democrático en el estado liberal de derecho:**

En el estado liberal se estableció en la nación toda la soberanía que un país pueda tener, como efecto inmediato se mantuvo la visión que la sociedad únicamente posee una porción de soberanía y no la totalidad. Se limitó además el entendimiento del principio democrático como el derecho de las personas para sufragar, pese a que las restricciones a éste fueron amplias y limitantes al propio principio que se decía rescatar<sup>52</sup>. También, se eliminó el criterio de poder constituyente para que tome vigencia el poder constituido que incluso fue abrigo de reyes.

### **4. El principio democrático en el estado social:**

La historia ha dejado demostrado que en el estado social, el principio democrático se redujo a una declaración permanente del constitucionalismo de momento, con ello se quiere decir, que el estado social solo cumplió un rol de continuador de la edificación inconclusa del viejo estado liberal.

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, 201 – 203.

Hay que mencionar además, el estado social logró de alguna forma, mostrar el fin de la doctrina de los derechos naturales que se tuvieron como inoperantes y utópicos. De esta manera, predominó un entendimiento en que las constituciones no dejaron de ser una construcción servil al poder, y que se alejaban de mostrar un reflejo social.

Al tenerse al poder constituyente como máxima expresión del principio democrático, en este modelo de estado, el poder constituyente, deja de ser materia de discusión y reconocimiento, pues pasa a un segundo plano casi de ocultamiento de su existencia y en tal virtud, otras materias son más trascendentales y se encuentran en debate, consecuentemente el principio democrático simplemente es borrado.

##### **5. El estado constitucional, viva esperanza del principio democrático:**

Con el cambio de concepción y práctica jurídico política que trae el estado constitucional, se considera que el principio democrático debe ser un motor indiscutible de éste<sup>53</sup>, pues, la renovada estructura de reconocimiento de derechos y garantías permanentes para las personas, el valor constitucional que impone, la revalorización a la estructura constitucional, los frenos del poder y sus otras características propias del estado constitucional; convocan a la observancia de un importe renovado y necesario para aumentar el significado y razón de ser de la participación social en las decisiones como parte de la libertad autónoma de cada individuo.

El rol de la sociedad civil en la intervención de las relaciones política y estado tiene diferentes criterios que mostrar. Dentro de las posiciones más extremas hay quienes proponen que la sociedad deba ser absorbida por el estado central; además también existe, un grupo de entusiastas tratadistas que pronostican que el estado se convertirá en cualquier momento en sociedad civil<sup>54</sup>. En la otra orilla, quizá con una dosis de importante y necesaria medida, se encuentran los defensores de una sociedad autónoma en la que se desarrollan espacios de vida,

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*, 196.

<sup>54</sup> Julio César Trujillo, “Sociedad civil, estado y participación”, en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, editores, (Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2009), 25.

relaciones privadas y progreso conforme a la cosmovisión civil, mismas que deben ser respaldadas y garantizadas por el estado.

Es así, que el estado constitucional como parte de sus fines en lograr sociedades más justas y respetuosas de los derechos fundamentales debe incluir en su bagaje de determinaciones, instituciones y sentidos, aquel, que permita una oportuna, refrescada y demandada vigencia del principio democrático para hacer reales a las aspiraciones sociales y democráticas de la población. Pues, como manifiesta López Guerra, el desarrollo deberá ir configurando al principio democrático como la fundamental, incluso única, fuente de legitimación del ordenamiento y de las instituciones políticas<sup>55</sup>.

### **1.3.2. Retos de la participación social y principio democrático.-**

Hay que ser sensatos y no caer en la lírica discursiva, así, reconocer el peligro de una *excesiva participación* social que podría convocar a una apatía y saturación política en un estado<sup>56</sup>, es así como los procesos deben ser medidos y lógicos, pero gozar siempre del reconocimiento en que un estado será democrático en cuanto la capacidad decisoria se mantenga en la población y no termine con la elección o reconocimiento de un mandatario.

En efecto, para conectar con lo que se trató con anterioridad, un estado constitucional no supone automáticamente la declaración lírica de ser un estado democrático, pues los procesos y cuestiones que institucionalizan a un estado democrático son más que una constitución, así suponen un cúmulo de caracterizaciones que se han ido tratando respecto de la participación y entendimiento que el poder radica en el pueblo, sabiendo que el gobernante usa una porción del mismo de forma limitada; pero ante todo, el carácter democrático se refuerza y coexiste cuando se entiende a su principio fundamental: la libertad, como autonomía individual para decidir la marcha del país y participar activamente en la vida de éste.

---

<sup>55</sup> Luís López Guerra, “Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del gobierno: Constitución española”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 23 (Mayo – agosto 1988): 97.

<sup>56</sup> Bobbio, “El futuro de la democracia”, 33.

Tampoco debe ser la intención de lo que se ha manifestado hablar de una omnicracia, como gobierno de todos que eleve criterios de igualdad entre personas, pese a que pueda ser un máximo ideal límite de la democracia según lo diría Bobbio<sup>57</sup>.

Hegel sostenía que existen dos tipos de poder; poder efectivo, que se expresa en la voluntad concreta, autónoma y unitaria del gobierno; y, poder posible y total, que se manifiesta abstractamente en la idea de la voluntad general de la población como un talante democrático<sup>58</sup>.

Existiendo así la comunión de estos dos tipos de poder en los estados, se debe buscar la dinámica necesaria para su vigencia y reconocimiento, entonces, se ha precisado en las sociedades que la forma de lograrlo será por los frenos efectivos al poder y la afirmación práctica de entregar al pueblo el control sobre el gobierno, como una voluntad general a respetar.

Por ello, la democracia es contraria y opuesta al autoritarismo, su existencia supone que la toma de decisiones y sus procedimientos deben ser realizados con estricta inclinación al reconocimiento del poder de la población y su participación en estos procesos.

El entendimiento de las sociedades plurales y diversas da sentido a la democracia y sus efectos mínimos que justifican su existencia para la reivindicación de los intereses de la sociedad, sus grupos e individuos desde su propia cosmovisión y pensamiento, que jamás puede ser tenido como único u homogéneo.

Es más, en las sociedades modernas existe un hondo debate sobre la información personal de los individuos y el conocimiento que los estados tienen de estos datos, siendo entonces el estado, un *enorme observador*, consiguientemente los controles y participación social deberán ser mayores por frenos al poder, y ante todo, por interés, necesidad y

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, 35.

<sup>58</sup> De Vega García, "Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", 194.

democracia, a fin de no caer en una ciudadanía pasiva que gradualmente vaya afectando al conjunto social.

Como determina Bobbio, existen sociedades democráticas más y menos sólidas, más y menos vulnerables<sup>59</sup>; sin embargo, pese a esta relatividad que menciona el autor, jamás se puede pensar que un punto de medición sea un estado totalitario o autocrático en donde la opinión, participación y desarrollo social estén proscritos.

En fin, si algo se busca dejar claro con lo antedicho, son algunas premisas trascendentales para el desarrollo de este trabajo; por un lado, el carácter vinculante del principio democrático que permita entender el desarrollo de este ejercicio investigativo; por otro, el espacio democrático de la participación social que debe ser primordial en el análisis; además, el deber del estado en establecer caminos y aperturas para el correcto desempeño de las fuerzas políticas de participación; y, el entendimiento que la vida social, vinculada a la política, es un camino de permanente progreso y desarrollo de las colectividades, mal se puede creer que quienes ostenten una situación precaria deban alejarse y despreciar a la política, pues, ésta será el único instrumento con el que puedan contar para su ayuda y desarrollo, sin duda que es así.

#### **1.4. Participación ciudadana y proceso legislativo.-**

##### **1.4.1. Las fuentes materiales y formales como base fundamental del desarrollo legislativo y reconocimiento social.-**

El derecho tiene distintas formas de manifestarse y existir, quizá una de sus formas de mayor expresión es con la generación de preceptos normativos, aunque la órbita de su entender ha rebasado ya este exclusivo percibir jurídico.

La estructura política, socio económica y cultural que tiene una sociedad serán las cuestiones determinantes para observar el origen del derecho. En esta realidad, hay fuentes de

---

<sup>59</sup> Bobbio, “El futuro de la democracia”, 46.

tipo material y formal de las cuales es menester su tratamiento<sup>60</sup>. Las primeras, son aquellas relativas a los factores sociales, culturales, económicos, ideológicos e incluso religiosos y políticos inherentes de forma permanente o intermitente en cada sociedad, mismas que inducen a exigencias sociales, necesidades y cualidades propias del sistema jurídico que se desarrollan en el grupo social; mientras que, las fuentes formales, serán el medio de producción de las normas, siendo como medio, la manifestación de la voluntad individual y colectiva que genera derecho, entregándole entonces, una realidad concreta al mismo<sup>61</sup>. Cabe mencionar que las fuentes materiales producen influencia significativa en las formales y no están aisladas las unas de las otras, además, las primeras deben necesariamente condicionar el surgimiento de las segundas como espacio de reconocimiento a la voluntad y participación social.

En las fuentes formales existen dos tipos de voluntades que advertir, la individual y la colectiva. Ambas voluntades son creadoras de derecho, distinguir una y otra, dan los parámetros suficientes para el comprender de este trabajo que se centrará en ambas por la preponderancia que produce su conexión y permanencia. La voluntad individual se ve exteriorizada en: la sentencia de un juez, el decreto dictado por un presidente, la resolución de un ministro o, determinaciones administrativas de funcionarios; las expresión de la voluntad colectiva halla en: las leyes y distintas manifestaciones de costumbre propias de una sociedad.

Así, tener presente el contexto señalado, en lo tocante a la unión entre las fuentes materiales y formales, permitirán colegir el antecedente lógico y si se quiere, de tipo básico, que el proceso de creación de una norma debe suponer. Por lo que, habrá que distinguir en la creación normativa, la comunión recíproca con aquellas fuentes reales<sup>62</sup> para el desarrollo de las formales.

---

<sup>60</sup> Hernán Salgado Pesantes, “Introducción al derecho”, (Quito: Manuales Jurídicos, 2010), 110.

<sup>61</sup> Gustavo González Solano, “Lógica Jurídica”, (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2003), 29-30.

<sup>62</sup> Nombre acuñado también a las fuentes materiales.



#### **1.4.2. El proceso legislativo y su inclinación hacia la participación social.-**

Hay que partir del entender que, la legislación es una fuente formal revestida de un importante grado de relevancia en los sistemas de cada país, pues, en ella se encuentra la gran respuesta a las prescripciones constitucionales y demandas de tipo social.

Se ha venido heredando la tradición de los sistemas jurídicos de Derecho escrito en los cuales la ley es una fuente trascendental. Ahora bien, Salgado con precisión determina que lo correcto es hablar de legislación como fuente y no de ley<sup>63</sup>, por cuanto nos interesará el contenido amplio productor de la ley, es decir la legislación en su entender general, pues la ley es solo un efecto del proceso creador que es la legislación, además, hablar de ley limita únicamente al entendimiento del producto realizado por la función legislativa, cuando lo correcto serán todas las normas propias de un ordenamiento jurídico; de este razonamiento en el presente trabajo se hará eco, pues lo que mayor atención y seguimiento nos demandará será propiamente, la legislación.

Igualmente, para el correcto entendimiento, hemos de concebir a la legislación como todos aquellos procesos de creación de normas con efectos erga omnes emanados de los distintos órganos competentes para ese fin, entonces serán: la constitución, leyes, resoluciones, decretos, reglamentos, ordenanzas, acuerdos y otros<sup>64</sup>; sin embargo, nos referiremos en este apartado exclusivamente a la ley, entonces al proceso de formación normativa llevado en la función legislativa de los distintos estados.

Y es que los estados organizados en forma de República han ordenado sus sistemas de tal manera que bajo los criterios de división de funciones, la función legislativa sea la encomendada a realizar las leyes de un país.

El proceso legislativo goza de una mayoritaria similitud de regulación en los diferentes estados, sin embargo habrán variaciones algo significativas respecto de regímenes

---

<sup>63</sup> Salgado Pesantes, "Introducción al derecho", 111.

<sup>64</sup> *Ibid.*

presidenciales y parlamentarios. Aquí se concentrará los esfuerzos en mostrar los procesos legislativos similares en los regímenes presidenciales por cuanto, como se ha dejado ya sentado, interesa comprobar la concentración de poder en el ejecutivo y sus atribuciones en el estado constitucional y, en este caso relacionar a ello con el presidencialismo, la generación normativa y el principio democrático.

Se debe decir que generalmente quienes conforman los congresos de los distintos estados provienen de elecciones universales, libres, secretas y representan a los estamentos de la sociedad; así la función legislativa se integra por representantes de múltiples grupos políticos, económicos, sociales y culturales, su existencia tiene como base el reconocimiento de la pluralidad y diversidad social para la representación.

Con el actual estado administrador, que ha buscado diseñar un nuevo modelo no únicamente basado en la ley sino en las consideraciones constitucionales, de alguna manera el parlamento ha sido desplazado; empero, es errado creer que el ejecutivo represente a todas las fuerzas políticas e ideológicas de una sociedad, por ello, retoma poderío el alcance de la función legislativa como máximo representante real y efectivo, en importante medida, de las aspiraciones, creencias y visión política de los diferentes sectores y grupos sociales.

En el acto de creación legislativa existen, quienes han sido elegidos como representantes para ocupar la función de legisladores, quienes son sujetos sociales que participan y responden a distintas fuerzas, marcando consecuentemente un territorio de relación de poderes fácticos, pero que, indudablemente suponen una participación mayor que la de un único grupo mayoritario o de gobierno<sup>65</sup>.

Por ello; los congresos, parlamentos, o asambleas nacionales de cada estado; han sido entendidos en la Ciencia Política, como una verdadera sede de la democracia y la política por cuanto, la coexistencia de tendencias y representación de todos los sectores es palpable, tanto

---

<sup>65</sup> Ángeles Galiana Saura, “La actividad legislativa en el estado social de derecho”, en *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, María José Añón Roig y otros, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 452.

así, que han logrado que se vea al Derecho como un instrumento para el acercamiento a los objetivos sociales, y que éste importa, por su respuesta efectiva a los intereses y la dinámica propia de la población, en este caso, al aforismo, *ubi societas ibi ius*, hay derecho en donde hay sociedad, pues, no es posible entender la vigencia de construcción jurídica alguna si no es en razón, beneficio directo y estándar de cumplimiento con la sociedad.

El proceso que se desarrolla en la función legislativa está gobernado por requisitos formales y procesales independientes, garantistas de la generación de normas en cumplimiento al deber de: divulgación, participación, debate y discusión dentro de la sede política máxima del país. Así, la intención es alcanzar proyectos de ley completamente debatidos, pormenorizados, estudiados y revestidos de técnica legislativa que permita, no únicamente una voluntad expresa y determinada para la formación de la ley, sino que también sea determinable e interpretable al momento en que se quiera conocer su espíritu en lo posterior, *ratio legis*, motivación u observaciones con las que éstas pudieron surgir. Razón por la que en diferentes países el procedimiento legislativo ha sido investido de formalidad y un tránsito enmarcado rigurosamente a la ley y constitución, pues es trascendental, la vigencia de un método de técnica legislativa, operaciones claras y respetadas que garanticen la inexistencia de legislación a criterio de turno o al sentimiento de una mayoría legislativa de momento.

Entonces que, se haga imprescindible que la técnica legislativa sea uniforme y con cierta permanencia, porque en caso contrario, si las técnicas legislativas se utilizaren a juicio de los liderazgos de las legislaturas y consecuentemente sufren modificaciones periódicas no se llegará a establecer un ordenamiento jurídico conforme, seguro y consecuente.

Al conservar la ley su dimensión democrática en atención a la conformación del parlamento y los procesos de participación en el debate de proyectos de ley, ésta será una manifestación de voluntad general de los miembros de una sociedad que además, cumple con el reconocimiento a las fuentes materiales que la originaran.

### 1.4.3. La iniciativa legislativa y revisión comparada en Latinoamérica.-

El proceso de creación legal o la legislación, en primer grado, observa a la iniciativa legislativa y quienes están investidos de la posibilidad de presentar proyectos de ley, comúnmente, suele ser el presidente de la república, los congresistas, las funciones del estado respecto de sus materias y la ciudadanía con el apoyo popular<sup>66</sup>.

Es así, como se convierte en necesario el análisis de algunos casos propios de la Región. En la dimensión pragmática de comparación jurídica que verá por el derecho autónomo en la sociedad interesando únicamente la validez del mismo<sup>67</sup>, se puede observar que la Constitución de Colombia<sup>68</sup> determina en los arts. 154 al 156 que la iniciativa legislativa recae en: los miembros de las Cámaras del Parlamento; el Gobierno Nacional; los ciudadanos con el apoyo del 5% del censo electoral existente a la fecha de presentación o 30% de concejales o diputados del país; y también, en las instituciones del estado como Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Nacional Electoral, Procurador General, Controlador General respecto de las materias relativas su función. En el mismo país, desde el modelo de valoración contextual, que permita entender la eficacia de la norma y su reflejo en la realidad social, la sentencia c-294/12 de la Corte Constitucional de Colombia<sup>69</sup> imprime el criterio respecto a que la iniciativa legislativa debe ampliar su comprensión, determinando que los ministros de estado gozan también de ella por cuanto lo hacen en representación del Gobierno Nacional y mal, se puede exigir requisito mayor como que sus proyectos estén acompañados por la firma del Presidente u otros no determinados por la Constitución para la presentación de proyectos legislativos.

---

<sup>66</sup> Máximo Gámiz Parral, “Legislar, quién y cómo hacerlo”, (México: Limusa S.A., 2000), 33.

<sup>67</sup> Daniel Bonilla Maldonado, “Teoría del derecho y trasplantes jurídicos”, (Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre, 2009), 20.

<sup>68</sup> Colombia, *Constitución de la República* (1991).

<sup>69</sup> Colombia, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-294/12* (Bogotá, 18 de abril de 2012).

En la Constitución de Ecuador<sup>70</sup> se señala que, la iniciativa legislativa la tienen los Asambleístas con el apoyo de una bancada o el 5% de los miembros de la Asamblea; el Presidente de la República; otras funciones del Estado en el ámbito de su competencia; la Corte Constitucional, Procuraduría del Estado, Fiscalía General, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en sus ramas; y además, los ciudadanos y organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el 0,25 % de los inscritos en el padrón electoral nacional. En intento de hacer un ejercicio de valoración en la dimensión contextual en Ecuador se dirá que, la Corte Constitucional ha manifestado en la sentencia 009-13-SIN-CC que el Presidente de la República no solamente que debe participar en el proceso de iniciativa legislativa principal sino además conocer y participar en los proyectos presentados a la Asamblea con el objeto de reformar, derogar e interpretar las disposiciones, esto, en una suerte de cooperación con la Función Legislativa del país<sup>71</sup>.

La Constitución de Perú<sup>72</sup> en el art. 107 instituye quienes tienen atribución constitucional para presentar proyectos de ley al Congreso de la República, así, prescribe que únicamente lo tienen: el Presidente; los Congresistas; las Instituciones Públicas autónomas en las materias que le son propias; Gobiernos Regionales; Gobiernos Locales y Colegios Profesionales; además los ciudadanos conforme a la ley. Para verificar la participación de la ciudadanía en esta investigación, la Ley de Participación y Control Ciudadano de Perú 26300 establece que la iniciativa legislativa deberá contar con el respaldo de por lo menos el 0,3% de la población electoral nacional. En la dinámica que se viene desarrollando, respecto de la dimensión contextual, el Tribunal Constitucional del Perú<sup>73</sup> ha detallado que únicamente el Presidente de la República tiene potestad con la iniciativa legislativa de aumentar el gasto público, habilitar partidas, créditos suplementarios o transferencias.

---

<sup>70</sup> Ecuador, *Constitución de Ecuador*, Registro Oficial nro. 449 (20 de octubre de 2008), art. 134.

<sup>71</sup> Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia 009-13-SIN-CC* (Quito, 19 de agosto de 2013).

<sup>72</sup> Perú, *Constitución de Perú*, (31 diciembre de 1993).

<sup>73</sup> Perú, Tribunal Constitucional de Perú, *Sentencia con expediente 004-96-I/TC* (Lima, 3 de enero de 1997).

En conclusión, se puede rescatar entonces que, la iniciativa legislativa en los países de la Región tiene similitudes en cuanto a la posibilidad de presentar proyectos de ley por parte de los ciudadanos, en el caso Colombiano con mayores requisitos que en Ecuador y Perú, sin embargo, se repite la facultad para los presidentes y las entidades estatales. Los desarrollos de la jurisprudencia constitucional, que como se dejó señalado al inicio, gozan de importancia y han sido revalorizados en el estado constitucional, marcan las pautas para la comprensión y regulación de la iniciativa legislativa en los sistemas jurídicos Latinoamericanos.

Este trabajo, no busca hacer un ejercicio de trasplantes jurídicos en todo su desarrollo, pero si vincular temáticas que pueden ser de interés para el entender de la materia y la valoración de la participación social en los estados.

Finalmente, la iniciativa legislativa en el proceso de creación de la ley, puede mostrar una órbita conforme, en cuanto a la presentación de proyectos de ley y también, en relación a que el ejecutivo mantiene un rol predominante en la iniciativa. Empero, no se puede excluir el atender a que se abren puertas para la participación social, casi como algo inseparable al proceso legislativo.

#### **1.4.4. El tratamiento en las comisiones especializadas.-**

En las comisiones especializadas se goza de un momento de divulgación de los proyectos a la sociedad. Aquí, además de la intervención de los miembros de la comisión técnica, también pueden hacerlo los distintos congresistas que representan a diferentes tendencias e ideologías, así como toda la sociedad interesada.

En las comisiones especializadas se verificará por la adecuación de la normativa a las aspiraciones sociales, es decir, a aquella fuente material que se ha mencionado, en consecuencia, con la información y debate conjunto con grupos que conserven interés en la materia.

En lo posterior, pasa a conocimiento de todos los congresistas el informe realizado por la comisión especializada a fin que sea discutido y votado para un segundo tratamiento, el cual supone el regreso a la comisión con las observaciones realizadas en el pleno. En lo posterior, retorna al pleno de la función legislativa para un segundo debate y la aprobación definitiva del proyecto legal.

A fin de mostrar claramente un proceso para la creación de la ley se mencionará el caso ecuatoriano, procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa<sup>74</sup>, en el que una vez iniciado el procedimiento de tratamiento del proyecto de ley, la Asamblea, por intermedio de su Presidente, repartirá a todos los miembros de la misma y ordenará la inmediata publicación y difusión del proyecto de ley hacia la ciudadanía.

La comisión tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco y no menos de quince días para presentar al Presidente de la Asamblea Nacional sus informes con las observaciones que crean necesarias deban introducirse, aunque sin dejar de lado la posibilidad de solicitar motivadamente una prórroga de máximo veinte días para realizar su informe. Cabe destacar que en el transcurso de este plazo se prevé el deber de convocar a los ciudadanos que tengan interés o que crean que sus derechos puedan ser afectados con la expedición del proyecto de ley.

Después, se iniciará el proceso de debate en el pleno, seno máximo de la Asamblea Nacional, que supone un requisito de validez al considerarse un Órgano de carácter colegiado. En este contexto, se debe anotar que es exigencia que conste en el orden del día el respectivo tratamiento del proyecto.

Los asambleístas presentarán sus posiciones verbalmente e incluso por escrito hasta tres días de concluido el debate, en esta sesión se podría intentar el archivo del proyecto de ley con el apoyo de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

Si el proyecto de ley ha recibido observaciones, éstas pasarán nuevamente a la comisión

---

<sup>74</sup> Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, en *Registro Oficial nro. 642* (Quito, 27 de julio de 2009).

especializada para el respectivo análisis en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días prorrogables con solicitud motivada al Presidente de la Asamblea quien definirá la extensión de tiempo y su procedencia, situación que en la práctica podría estancar la efectividad y producción normativa de la Función Legislativa.

El segundo debate será convocado y el Pleno decidirá si su votación para la aprobación del texto final se realiza por: la integridad de éste, títulos, capítulos, secciones o, artículos, a fin de afinar la correspondiente discusión de los legisladores.

Importante es señalar que todas estas etapas de discusión, observaciones, análisis, debate, aprobación o archivo son traducidas a escrito y constituyen documentos que respaldan y certifican la realización de los mismos. Como al inicio se mencionó, el procedimiento legislativo no deja de ser un asunto de repercusiones jurídicas amplias, por no decir que es quizá el de mayores consecuencias, al dar luz al derecho positivo y ser además el órgano constructor de una de las fuentes formales más importantes del Derecho, de donde parte el conocido génesis del Derecho que en los sistemas jurídicos modernos prima como un derecho escrito; y que además, al remontarse al significado mismo de la palabra *lex* se ve que deriva del verbo latino *legere* significando: leer, entonces, se entenderá que la razón de la ley llega a ser incluso la existencia de un acto jurídico escrito y legible, y así permanente, conocido y duradero.

#### **1.4.5. La participación presente en la creación legal.-**

Como se puede asegurar, en el proceso de formación de la ley existen distintos momentos de participación de la sociedad, es decir espacios para la manifestación de la población en la formación de la ley. A ver, desde la iniciativa en la presentación de proyectos, en el tratamiento dentro de las comisiones especializadas de la función legislativa, la asistencia a ser escuchados en el pleno, y aún más, en la previa y necesaria información respecto del



tratamiento y presentación de un proyecto de ley que constituye una característica importante para la participación; pues, ¿de qué participación se puede hablar si no existe el conocimiento previo y debido de los proyectos de ley para tal fin?, como diría Galiana Saura, la *hipertrofia*<sup>75</sup> normativa obliga a un fenómeno de información que rebase el tradicional carácter impreso evitando así, confusión legislativa.

Pues, la participación social y el conocimiento de lo que se discute y promueve en la función legislativa, seno de la política y democracia, en consecuencia, de la participación en democracia, es trascendental para el entender de un estado que respete y atienda al principio democrático y la responsabilidad social; así, la sola promulgación de una ley no es suficiente para cumplir con las demandas sociales sino el hecho de que exista una debida información y conocimiento de los destinatarios de la legislación y además, la participación de éstos en el proceso formal y democrático que se ha dejado detallado.

Sin duda que, al decir que la ley guarda un sentido de permanente respecto de su vigencia, también ha de gozar de la observancia en responder a la fuente material que motiva su creación formal<sup>76</sup>. Es decir, ha de dar respuestas y alternativas a la sociedad y sus problemas, a las aspiraciones y dificultades que ésta tenga; efectivamente, con la iniciativa legislativa y la participación horizontal de la población en el tratamiento del proyecto de ley se cumple con el fortalecimiento y legitimación democrática del proceso de creación legal. Es más, recuperando lo dicho ya, quienes integran la función legislativa provienen directamente de los distintos estamentos sociales, lo que significa, la representación política de heterogéneas tendencias y grupos sociales, de la población misma, siendo en consecuencia mayorías y minorías como fuerzas de lucha política las que se concentran en la sede de la asamblea, gravitando como resultado, una participación presente.

---

<sup>75</sup> Galiana Saura, “La actividad legislativa en el estado social de derecho”, 456.

<sup>76</sup> Salgado Pesantes, “Introducción al derecho”, 116.

No es intensión caer en una especie de *jacobinismo*<sup>77</sup> en el que se diga que la asamblea es todo por cuanto representa al pueblo y permite participación social, empero, hay que reconocer que, de los procesos existentes en el poder constituido el que mayor gobernanza tiene dando a luz al principio democrático y reconocimiento de la pluralidad social es la legislación, como ya aclaramos, en sentido de la producción legal llevada a cabo en la función legislativa del estado.

Esto lleva a decir que, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley también será revalorizado. De esta forma, esta presunción gozará de razón de ser por el nivel de participación existente en el proceso de formación legal. Es decir, seguirá teniendo importancia la validez formal, pero ante todo, la material en su apego al respeto de la participación social. De tal forma que la ley solo sea declarada inconstitucional cuando es *evidentemente* contraria a la constitución<sup>78</sup>.

En la actual ingeniería constitucional, la devolución del poder decisorio a la población parece ser restringida, en ello realzar, vitalizar, ponderar y recuperar los espacios de participación social existente, es un imperativo para la defensa de la democracia y el estado constitucional. Esto es posible, resaltando la naturaleza y el proceso de creación normativa que habita en la función legislativa.

## **1.5. La facultad reglamentaria del ejecutivo.-**

### **1.5.1. Un ejecutivo presente en la creación normativa.-**

Luego de haber logrado un acercamiento a la construcción jurídica más importante que tiene un país como es la creación legal en la que existe participación de la sociedad, buscaremos adentrarnos al entendimiento de la facultad reglamentaria con la que cuenta el presidente de la república, atribución, comúnmente asentada en los regímenes presidencialistas que como

---

<sup>77</sup> García de Enterría, “La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”, 164.

<sup>78</sup> Víctor Ferreres Comella, “Justicia constitucional y democracia”, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 143.

característica propia, entregan autorizaciones amplias al ejecutivo. En este caso, la vinculación del ejecutivo como efectivo partícipe en la creación normativa de un país es un peldaño más incorporado por el presidencialismo y al que lo analizaremos así, en el contexto de este trabajo, respecto de la afección al principio democrático que esta atribución pueda producir al carecer de participación social.

El presidente de la república en los sistemas presidenciales es: jefe de gobierno y jefe de estado. Ahora bien, las atribuciones con las que cuenta para la gestión de gobierno son varias y gradualmente asentadas, capaces de crear una jefatura de gobierno reforzada e incluso, blindada ante otros poderes.

Así, el presidente de la república es un permanente colegislador<sup>79</sup>, pues a más de otras atribuciones, tiene iniciativa legislativa aún en materias que los propios legisladores, electos para producción de la ley y fiscalización, no la tienen; en tal efecto, se repite en los estados la regulación que entrega la posibilidad que el presidente de la república pueda presentar proyectos de ley en temas que supongan: aumento de gasto público, generación y eliminación de impuestos y, en la alteración de la esfera político administrativa del estado; tópicos que por cierto, están negados para la iniciativa legal de congresistas, funcionarios y población.

El ejecutivo en la actividad de creación normativa ha sido ampliamente fortalecido con la atribución para sancionar los proyectos de ley aprobados por la función legislativa, es decir, la posibilidad de vetar u objetar la ley por razones de inconformidad con los intereses nacionales o por existencia de contradicciones constitucionales, pudiendo inclusive, imponer textos alternativos frente a la dificultosa tarea para las legislaturas de mantener su redacción original por las votaciones especiales que son requeridas<sup>80</sup>. De igual manera el presidente de la

---

<sup>79</sup> Libardo Rodríguez, “Derecho Administrativo general y colombiano”, (Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2013), 95.

<sup>80</sup> La Constitución de Colombia de 1991, establece en los artículos 157 – 168 el trámite de sanción a la ley por parte del Presidente de la República. De igual forma lo hace la Constitución de Bolivia de 2009 en el art. 163. La Constitución de Ecuador de 2008 en los artículos 137 – 139. En los tres casos se establece la facultad del Presidente para sancionar la ley.

república, puede en estados de emergencia dictar decretos con cualidades de ley. Si a todas estas potestades normativas del ejecutivo, sumamos el amplio nivel de conocimiento e información que el presidente posee respecto de del aparato estatal, ciudadanía, particularidades económicas y políticas, entonces encontramos a un jefe de gobierno y estado poderoso con condiciones que lo ubican por encima de la legislatura para la creación normativa<sup>81</sup>.

Es entonces como se puede entender un cúmulo de atribuciones reforzadas a favor del ejecutivo en la creación normativa de un país, a más de las citadas, deben resaltarse aquellas potestades por las cuales el ejecutivo altera y participa en el ordenamiento jurídico con decretos y decisiones políticas propias a su función.

Empero, no son únicamente las anotadas las posibilidades reales con las que cuenta el ejecutivo para actuar en la creación de la ley y sus efectos jurídicos, así la facultad reglamentaria es una atribución importante en la producción de derecho objetivo en la compleja creación de los ordenamientos jurídicos de los estados<sup>82</sup>.

### **1.5.2. El reglamento del ejecutivo.-**

Luego de lo que ha sido mencionado, será primordial entrar al análisis de la potestad reglamentaria con la que cuenta el ejecutivo, que en el marco de mejorar permanentemente la administración pública, efectivizar los procesos conducentes a la prestación de servicios públicos, o únicamente, en la aspiración de lograr una correcta aplicación de la ley se han establecido las mayores justificaciones a su existencia.

Jèze determina que el reglamento es la regla jurídica general y de tipo impersonal manifestada por el presidente de un estado que goce de la potestad para hacerlo. Jaramillo Ordóñez por su parte, sostiene que los reglamentos son actos administrativos que contienen un conjunto de disposiciones ordenadas y destinadas a regular y ejecutar el cumplimiento de una

---

<sup>81</sup> Bobbio, “El futuro de la democracia”, 38.

<sup>82</sup> Juan Carlos Moncada Zapata, “El reglamento como fuente de derecho en Colombia”, (Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2007), 63.

ley<sup>83</sup>. José Luis Cea Egaña dice, que la potestad reglamentaria en sentido clásico y estricto es la atribución especial del presidente de la república para dictar, unilateralmente, normas jurídicas generales o especiales destinadas al gobierno, administración del Estado o a la ejecución de las leyes, agrega también en su desarrollo, que los reglamentos deben ser permanentes y de tipo obligatorio dentro del ordenamiento jurídico de un país<sup>84</sup>.

García de Enterría define a los reglamentos como toda norma escrita dictada por la administración, sosteniendo que como característica propia de éstos se encuentran los sentidos de ser: “(...) secundarios, subalternos, inferiores y complementarios de la ley (...)”<sup>85</sup>. Sin duda, la visión del tratadista rebaza al ámbito exclusivamente del ejecutivo, pues, analiza la posibilidad de la competencia de otros funcionarios de gobierno para la generación de los reglamentos<sup>86</sup>. El presente trabajo, como se ha circunscrito desde su título e introducción busca determinar las potestades del presidente de la república en la generación normativa vía reglamentaria y en tal virtud la afección de esta potestad al principio democrático, por cuanto podría estar alterando la ley y así, la constitución y democracia del estado.

Ahora bien, los reglamentos son manifestaciones realizadas por el ejecutivo a fin de permitir una correcta aplicación de la ley, con carácter general y objetivo, sin embargo, como se dejará sentado, existen otros tipos de reglamentos que no ameritan siquiera la existencia de ley previa. A los primeros, se los conoce como ejecutivos; y, a los segundos, como autónomos, independientes o espontáneos<sup>87</sup>.

El nivel jerárquico que los reglamentos ostentan en los ordenamientos jurídicos, conforme a la metáfora de la pirámide kelseniana, será inferior a la de otros cuerpos normativos. Consecuentemente, se encuentran siempre por debajo de la constitución, las leyes

---

<sup>83</sup> Hernán Jaramillo Ordóñez, “Manual de Derecho Administrativo”, (Loja, Ecuador: Editorial Universitaria, 1992).

<sup>84</sup> José Luis Cea Egaña, “Dominio legal y reglamentario”, en *Revista Chilena de Derecho*, 11, (mayo - diciembre 1984): 426.

<sup>85</sup> Eduardo García de Enterría, “Curso de Derecho Administrativo” Tomo I, (Colombia: Editorial Temis S.A., 2008).155.

<sup>86</sup> *Ibid.* 166 – 168.

<sup>87</sup> Salgado Pesantes, “Introducción al derecho”, 118.

orgánicas y ordinarias e incluso, normas seccionales en algunos ordenamientos.

Pues bien, habrá que ser claros en señalar que los reglamentos, por el hecho de su ubicación jerárquica inferior frente a otras normas y su no origen en la sede legislativa, no son ajenos a la producción de derecho.

Según lo mencionado y rescatando lo dicho respecto a la creación de derecho que los reglamentos consiguen en los ordenamientos jurídicos, hay que establecer que la potestad reglamentaria por supuesto que da lugar al advenimiento de normatividad, misma que deberá estar enteramente subordinada a la ley, conforme a ésta y sin contradecirla. Se sostiene que el reglamento no viene a remplazar a una ley sino exclusivamente a complementarla para el correcto desempeño de ésta. Se verá en lo posterior que esta aseveración respondería a un tipo de reglamento, los de ejecución, mas, existen otros que serán tratados subsiguientemente.

### **1.5.3. Clases de reglamentos.-**

Para el correcto entendimiento y profundización, es necesario aclarar que en la doctrina se ha clasificado a los reglamentos en dos grandes tipos según las posibilidades que unos y otros permiten respecto de: la regulación, límites, condiciones y objetivos; hay que aclarar además, esta clasificación se refiere a los reglamentos que interesan para el sistema presidencialista respecto de las atribuciones directas que tiene el ejecutivo en la administración y dirección del estado conforme el eje constructor que se viene manteniendo e interesa en este trabajo, siendo entonces, los reglamentos de carácter estatal como los llamaría García de Enterría<sup>88</sup> los que interesan en la presente investigación; así: autónomos y de ejecución, sin embargo, se incorporará uno más a esta clasificación, los reglamentos orgánico funcionales que en su momento serán justificados.

---

<sup>88</sup> *Ibid.* 193.

## 1. Reglamento Autónomo:

Son un tipo de reglamento emanado por el ejecutivo que no abarcan ni agotan el campo de dominio legal es decir, lo previamente tratado por una ley, permitiendo por consiguiente que el jefe de gobierno los dicte en virtud de su facultad para reglar.

Sayaguéz Laso<sup>89</sup> dice que estos tipos de reglamentos son dictados por la administración en ejercicio de poderes propios y autónomos que son entregados por la constitución del estado pese a la previa existencia o no de ley que abarque la materia. Quienes defienden la vigencia del reglamento autónomo han llegado a justificar su existencia manteniendo una posición respecto a que permiten éstos lograr un presidente realmente gobernante del estado.

Con la vigencia de los reglamentos autónomos se tiende a señalar que el presidente de la república deja un rol de ejecutor o ejecutivo, para pasar a una actividad de mayor protagonismo y eficiencia para los retos actuales de la administración, es decir que se convierta en un *auténtico* gobernante, gobernador y responsable de gobierno.

Lo mencionado llevaría a pensar, que la única posibilidad de instaurar una atribución de reglamentos autónomos al presidente de la república tendría piso en sistemas presidencialistas que inclusive, mantengan características conformes a regímenes que instauren un postpresidencialismo cargado de atribuciones y habilitaciones al ejecutivo<sup>90</sup>; pues, sólo así, en un sistema *pesadamente* presidencialista se podría entender que una constitución establezca la atribución para crear reglamentos autónomos e individuales, sin que éste deba sumir la producción de los mismos a la ley, consecuentemente, tomando vigencia sus actos al margen de toda regulación legal<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Jaramillo Ordóñez, “Manual de Derecho Administrativo”.

<sup>90</sup> Teoría del hiperpresidencialismo explicada en la sección d este trabajo relativa a presidencialismo y constitución.

<sup>91</sup> El caso chileno, sistema presidencialista, habilita la posibilidad de que el Presidente de la República pueda desarrollar reglamentos de tipo autónomo conforme la prescripción constitucional del art. 32.6.

Moncada Zapata en defensa de la autonomía del reglamento y la no sumisión legal de éste, acercándose en consecuencia a la vigencia de reglamentos de tipo independiente o autónomo, sostiene que, el reglamento produce derecho y no se puede reducir su papel, a una mera ejecución de la ley<sup>92</sup>.

Así, los reglamentos también conocidos como *praeter legem*, independientes o autónomos, encuentran su más profunda justificación en la efectividad de la administración central y la creación normativa que éstos logran.

Hay dos criterios que ayudan a un acercamiento hacia el reglamento autónomo.

El criterio de desarrollo legal marca una diferenciación significativa para la comprensión de este tipo de reglamento que difiere del de ejecución<sup>93</sup>. Pues, el reglamento autónomo no tiene como base una ley previa existente para desarrollar, no amerita siquiera que se encuentre vigente una ley a la que se la deba complementar o auxiliar en su ejecución<sup>94</sup>.

Un criterio más que se debe indicar, es el referente a la inexistencia de remisión o habilitación legal para la conformación del reglamento autónomo. Se quiere decir con ello, que no es requisito indispensable para la validez de este tipo de reglamentos la autorización de una ley, pues, basta con la competencia del órgano que es concedida en norma superior a la ley específica, comúnmente, atribución localizada en la constitución del estado.

Así, la ley no es un presupuesto habilitador del reglamento y la relación reglamento ley será de tipo negativo<sup>95</sup>. Finalmente, los reglamentos autónomos no pueden irrumpir el campo del dominio legal o reserva de ley.

---

<sup>92</sup> Moncada Zapata, “El reglamento como fuente de derecho en Colombia”, 60.

<sup>93</sup> Francisco Toscano Gil, “Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes”, en *Revista Jurídica de Casilla y León*, nro. 30, (mayo de 2013): 6.

<sup>94</sup> Moncada Zapata, “El reglamento como fuente de derecho en Colombia”, 65.

<sup>95</sup> Toscano Gil, “Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes”, 11.



## 2. Reglamento de ejecución:

Normalmente se asume a la definición de la potestad reglamentaria con este tipo de reglamentos, los de ejecución, incluso de forma intencional en muchas ocasiones durante el presente trabajo se ha definido al reglamento con las particularidades que suponen los de ejecución, sin embargo, se ha sabido advertir al lector que en la doctrina se han clasificado también a los autónomos o independientes.

Los reglamentos de ejecución son aquellos que guardan un hermético respeto a la ley previamente existente, o al menos ese es su deber ser y naturaleza. Libardo Rodríguez determina que estos reglamentos desarrollan detalles de la ley sin dictar ninguna disposición nueva<sup>96</sup>, teniendo como función el reglamento entonces, asegurar la aplicación correcta de la ley.

De esta forma, se aprecian criterios concluyentes a sostener que los reglamentos de ejecución cumplen una función precisamente de ejecución, aplicación y realización de efectos jurídicos correctos de la ley. Salgado apoya este criterio diciendo, que son reglamentos útiles directamente a la aplicación de leyes, verbigracia, su deber y espacio de existencia responderá indiscutiblemente a una relación con la ley y su correcta vida jurídica para la aplicación de ésta<sup>97</sup>. Agustín Gordillo va aún más allá y sostiene, que este tipo de reglamento no solo que no puede violar la letra de la ley, sino además no deberá atentar contra el espíritu de la misma<sup>98</sup>.

El reglamento ejecutivo tiene por consiguiente que cumplir con el criterio *secundum legem*, pues, su naturaleza no será la de suplir, remplazar, completar o sustituir la ley, sino únicamente acompañarla, si se quiere, auxiliarla a fin de que su entrada en vigor sea debida.

Entonces, estos reglamentos deben ser entendidos como los decretos ejecutivos que contienen una serie de prescripciones con el objetivo de dar cumplimiento a una ley. El fin

---

<sup>96</sup> Rodríguez R., “Derecho Administrativo general y colombiano”, 470.

<sup>97</sup> Salgado Pesantes, “Introducción al derecho”, 118.

<sup>98</sup> Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”,(Medellín: Fundación Derecho Administrativo y Dike, 1988), cap. VII. 64.

mismo será orientar fehacientemente a los funcionarios de la administración pública para que sepan a qué atenerse y cómo proceder en la aplicación legal para su correcto desempeño.

Este tipo de reglamento sin duda, forma un nivel mayor de limitantes en la regulación que el ejecutivo pueda realizar, luego que, bajo pretexto de reglamentación no se pueda dictar normas nuevas, ampliar o restringir el alcance de la ley, o establecer por ejemplo, formalidades distintas de las previstas por vía legal<sup>99</sup>.

Siguiendo la misma dinámica de lo explicado respecto al reglamento autónomo, vale señalar las características propias al reglamento de ejecución en relación de dos criterios: desarrollo y habilitación legal.

Sobre el primer criterio, desarrollo legal, el reglamento de ejecución es el llamado a desarrollar y ejecutar. Toscano habla además, de una suerte de completar a una ley<sup>100</sup>. Aquí se dirá que el autor se equivoca, por cuanto el reglamento de ejecución no puede *completar* una ley, su tarea será complementar a la ley, pues el entendido de completar, supondría violentar los principios legales, la reserva de ley y además, la legitimación de su creación por la carencia de participación ciudadana en su producción; cabe decir con claridad, no se critica esta vacía participación ciudadana buscando que exista la misma en la creación del reglamento, sino intentando mostrar el inferior grado de manifestación social que el reglamento tiene frente a la ley, y así, la violación al principio democrático que puede advertirse con el hecho de producir un reglamento contrario a la ley que rebase sus límites, características y adecuación del mismo<sup>101</sup>.

Es preciso entonces dejar sentado que el reglamento de ejecución amerita la previa existencia de una ley como obligatoria condición.

El segundo criterio es respecto de la habilitación o remisión legal para la vigencia de un

---

<sup>99</sup> Tulio Enrique Tascón, “Derecho Constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional”, (Bogotá: La Gran Colombia, 1993), 235.

<sup>100</sup> Toscano Gil, “Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes”, 6.

<sup>101</sup> García de Enterría, “Curso de Derecho Administrativo”, 191.

reglamento de ejecución; a diferencia del anterior reglamento analizado, éste, de ejecución, amerita la vigencia de una ley previa que entregue potestad regulativa a criterio de Toscano<sup>102</sup>, es decir, manifiesta el autor que sin la habilitación previa no se puede desarrollar el reglamento. Sin embargo, es una posición que busca encontrar en la exageración diferencias con el anterior reglamento, por cuanto, el reglamento de ejecución no necesitará expresamente una autorización legal, pues, si su origen y vigencia se reconoce en la constitución de un país, no será necesaria la determinación de la ley cada vez que se deba reglamentar, luego, el presidente de la república puede reglamentar por atribución constitucional que le otorga esta prerrogativa, otra será la discusión en los casos que una ley solicite la colaboración del ejecutivo en dictar un reglamento, competencia que ya nació desde la constitución.

### **3. Reglamento orgánico funcional:**

La mayoritaria doctrina sobre la facultad reglamentaria del presidente de la república, ha limitado su análisis a la clasificación de dos tipos de reglamentos, éstos ya estudiados en los numerales precedentes.

Siguiendo el criterio de Jaramillo Ordóñez, se dirá que existe un tercer tipo de reglamento, los orgánico funcionales, mismos que han sido olvidados, simplemente no reconocidos, o incluso, incluidos vagamente por algunos tratadistas en la clasificación de los reglamentos autónomos, presentándolos a los reglamentos orgánico funcionales como algo que se tiene entendido y justificada su no individualización<sup>103</sup>.

En efecto, autores como Moncada Zapata que se inclinan en su pensamiento por un criterio a favor de los reglamentos autónomos, manifiestan que la potestad reglamentaria de manera originaria se dirige a la regulación de la gestión de los diferentes funcionarios administrativos, es decir hacia el interior del estado, empero reconocen además, que existe otro

---

<sup>102</sup> *Ibíd*, 11.

<sup>103</sup> Jaramillo Ordóñez, “Manual de Derecho Administrativo”.

grupo de reglamentaciones realizadas en dirección a terceros a fin de imponer conductas<sup>104</sup>. Inexorablemente estos argumentos presentados, llevan a lo que se ha anticipado ya, como se puede ver, los propios defensores de la potestad reglamentaria amplia y autónoma del presidente, reconocen la vigencia de reglamentaciones propias de la administración central pero los incorporan, casi a suerte de abundancia, a los reglamentos autónomos o independientes<sup>105</sup>.

Cabe entonces aclarar el tema. Los reglamentos orgánico funcionales, son aquellos que tienen como fin regular únicamente a la administración central para que ésta pueda cumplir con sus objetivos y nivel de eficiencia para la gobernanza del estado, o como García de Enterría señalaría respecto de un tipo de reglamento al que llama *ad extra*, son los que existen en: “(...)uso de una potestad organizadora (...)”<sup>106</sup>. Porras Ramírez manifiesta que, son reglamentos orientados a la autorregulación de la organización y funcionamiento interno debido del órgano que los emana<sup>107</sup>, consecuentemente nace la necesidad de su propia existencia y clasificación.

Por lo tanto son reglamentos que contienen un conjunto de normas emanadas por el ejecutivo a fin de establecer, regular, detallar, y dirigir el funcionamiento y organización de la administración central en sentido vertical, generando así efectos directos para los funcionarios públicos; aunque, se debe decir, que hoy en día ningún acto jurídico puede ser visto como un procurador de efectos jurídicos únicos, individuales y sectorizados, pues, de una u otra forma tienden a esparcir en una suerte de órbita sus connotaciones a otros individuos o espacios de la sociedad; empero, volviendo al tema, los reglamentos orgánico funcionales gozan de una evocación de tipo administrativo muy importante, pues su fortaleza respecto de la estructura organizacional del sector público le nutre de significativo valor en lo jurídico administrativo.

---

<sup>104</sup> Moncada Zapata, “El reglamento como fuente de derecho en Colombia”.

<sup>105</sup> Se ha dicho ya en este trabajo, que los reglamentos autónomos son también conocidos como independientes.

<sup>106</sup> García de Enterría, “Curso de Derecho Administrativo”, 191.

<sup>107</sup> José María Porras Ramírez, “Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial”, en *Revista Estudios Políticos – nueva época*, núm. 87, (enero –marzo 1995): 249.

La potestad pública del ejecutivo para ordenar y dirigir la administración central viene entregada y, como mencionaría Zavala Egas, dosificada por el poder estatal<sup>108</sup>, luego, que ésta se encuentra asignada por la constitución y la ley, en esa dinámica, se advertirá que los reglamentos orgánico funcionales son actos normativos que tienen vida y existencia, no se concibe otra forma de lograr organizar a la administración. Es más, citando a Aylwin Azócar se trataría de pensar en una potestad del presidente que solo puede tener espacio dentro del ámbito administrativo que se convierte en competencia propia del ejecutivo y que no puede afectar a otros órganos que no sean los del poder ejecutivo<sup>109</sup>.

#### **1.5.4. Características de los reglamentos.-**

A manera de continuar en el acercamiento a la potestad reglamentaria es necesario, pese a la brevedad de cada característica, dejar sentadas la cualidades propias de los reglamentos conforme lo más destacado para su entendimiento.

##### **1. El agotamiento de la potestad reglamentaria:**

Hablar del agotamiento de la potestad reglamentaria es referirse a los límites de tipo temporal para el desarrollo de los reglamentos realizados por el ejecutivo.

Se precisará que, la función legislativa no es competente para establecer tiempo límite en el ejercicio de la potestad del ejecutivo respecto de una ley que deba ser reglada. A carencia de doctrina clara sobre el tema, haciendo importe a lo manifestado con anterioridad en este trabajo, revalorizar a la jurisprudencia en el estado constitucional, se señalará lo que la Corte Constitucional de Colombia ha detallado diciendo, que la potestad reglamentaria puede ejercerse en cualquier tiempo y no se llega a terminar o agotarse por su primer uso<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Jorge Zavala Egas, “Lecciones de Derecho Administrativo”, (Quito, Ecuador: Edilex, 2011), 252.

<sup>109</sup> Arturo Aylwin Azócar, “La potestad reglamentaria del presidente de la república”, en *Revista Chilena de derecho*, vol. 11, nro. 2-3, (1984): 453.

<sup>110</sup> Colombia, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-138* (Bogotá, 9 de abril de 1996).

Cuando una ley determine un plazo para que el ejecutivo realice un reglamento se generaría un problema respecto del cumplimiento de lo ordenado por ley. Existe jurisprudencia colombiana que manifiesta que el legislador si puede determinar un tiempo para realizar el reglamento imponiendo el deber jurídico al presidente de realizarlo, sin embargo no se ha llegado a detallar las consecuencias del incumplimiento del mandato legal<sup>111</sup>.

Empero, quizá cuando una ley contiene una disposición imperativa, como realizar un reglamento, la violación a ésta podría generar secuelas por incumplimiento de la disposición legal, pues, el presidente de la república no deja de ser un funcionario, aunque revestido de una carga de atribuciones, pero que debe acatar el ordenamiento jurídico del país.

Entonces, no hay uniformidad de criterios que desde la jurisprudencia se hayan realizado, pues, la carencia de autores en el tratamiento del tema tampoco concede luces.

Ahora bien a manera de analogía, en el caso de la omisión legislativa, cuando el legislador no ha desarrollado una ley que está determinada en la constitución de la república, los ordenamientos jurídicos han sostenido que el órgano competente para el control de constitucionalidad entregué un plazo a la legislatura para su desarrollo caso contrario éste lo haga<sup>112</sup>. Respecto de los reglamentos se presenta un problema mayor, cuando la ley tiene una disposición clara sobre la realización del reglamento, el presidente al no desarrollarlo cometería una ilegalidad que podría tener sanciones según algunas visiones, empero, la discusión se alimenta en cuanto la ley pueda ser también inconstitucional por el establecimiento de un tiempo en una atribución facultativa del ejecutivo que es de origen constitucional. Y podría cohabitar un problema político mayor y aún más interesante para el estudio, pues, ¿qué sucede si el presidente de la república al encontrarse con una disposición legal que le entregue temporalidad para producir el reglamento considerara que no lo conseguirá o simplemente no

---

<sup>111</sup> Colombia, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-064* (Bogotá, 6 de febrero de 2002).

<sup>112</sup> *Constitución de la República de Ecuador*. Art. 436.10 . Da origen a la acción de incumplimiento respecto de la omisión legislativa.

quiere el tiempo mandado, sanciona la ley y la veta?.

Al debate planteado se lo abordará con mayor detalle en el tratamiento siguiente. Por ahora, es preciso dejar sentado que el reglamento no se agota con su primer uso, puede ser una potestad ejercida por el ejecutivo varias veces.

## **2. Fuente productora de la facultad reglamentaria:**

A lo largo de la historia se ha sostenido que la facultad reglamentaria puede tener doble fuente creadora, por un lado la ley y por otro, la constitución.

Hoy, rotundamente se manifiesta que únicamente la constitución es la fuente de la potestad reglamentaria y que por tal, el reglamento no requiere de autorización legal para su realización. En este sentido Ignacio de Otto sustenta que la remisión que hace una ley no puede ser entendida como un autorización para que el reglamento opere, tesis a la que en esta investigación se hará eco<sup>113</sup>.

En efecto, la teoría de cláusula de remisión normativa y sus defensores tienden a manifestar que la ley objetivamente genera una autorización, a lo que contradiciendo esta noción se debe añadir, el legislador no puede delegar o autorizar al ejecutivo la existencia de un reglamento, pues, el legislador carece de facultad reglamentaría, éste simplemente no la tiene, no podría en consecuencia, delegar lo que no tiene. Constituiría quizá entonces, efectivamente una invitación o impulso que hace la ley para que el competente constitucionalmente, ejecutivo, reglamente específicas circunstancias que la ley señale.

Mientras exista disposiciones constitucionales que avalen y permitan su vigencia, la ley no autoriza sino que podría quizá solicitar, motivar, o como señalaría una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, se trata en algún sentido de un *impulsor* a la participación del

---

<sup>113</sup> Ignacio de Otto, “Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes”, (Barcelona: Ariel, 1993), 238.

ejecutivo en la creación del reglamento<sup>114</sup>. Igualmente, tampoco se puede hablar de una ley que entregue temporalidad al reglamento o que instituya un tiempo para que éste sea creado.

Sin duda que este problema examinado se refiere exclusivamente a los reglamentos de ejecución, pues, en lo pertinente a los autónomos y orgánico funcionales el problema ni siquiera es lejano, pues, no existe.

Entonces, hay que puntualizar, el reglamento ejecutivo puede ser realizado con o sin solicitud de la ley, siempre y cuando la autorización con la que cuente sea constitucional, no esté prohibida su regulación y no exista reserva de ley en la materia a tratar.

Finalmente, se ha de dejar sentado en el presente análisis, que más allá de las dos visiones citadas, en la práctica, existe efectivamente en constantes, una remisión normativa que se debe entender como un reenvío que hace una ley para la existencia de regulación de carácter ulterior a que la autoridad competente en la reglamentación la realice.

El cuerpo normativo que surge, reglamento, cuando es realizado, supone en sentido jurídico un complemento a lo principal respecto de la remisión, pero no forma parte indisoluble de ésta en un criterio integrador del cuerpo normativo legal superior que reenvía, pues, guarda independencia jerárquica al ser un reenvío estrictamente formal. Así, el contenido de la norma reenviada no forma un único ordenamiento junto a la norma reenviante, conservando ambas normas su autonomía, independencia y origen propio en la existencia jurídica y jerarquía.

### **3. Límites a la remisión normativa:**

Como se ha detallado, la remisión normativa es una realidad en distintos estados respecto de sus ordenamientos jurídicos, pues, se puede encontrar permanentemente la cláusula legal que reenvía el tratamiento de un asunto al reglamento ejecutivo.

Así, se genera una nueva interrogante, relativa a los límites que la ley tiene para la remisión normativa al reglamento, es decir, ¿hasta dónde puede llegar la cláusula remisoria?.

---

<sup>114</sup> Colombia, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-508* (Bogotá, 3 de julio de 2002).



Parecería sencillo y de rápido deducir que la ley podrá remitir siempre y cuando se trate de cuestiones que no afecten su estructura central de la materia que trata, entonces, se juzgará que se estaría frente a la posición previamente indicada ya en esta investigación, del cumplimiento del reglamento con su deber de complementar a la ley, añadiendo un criterio más con la remisión normativa, que este auxilio reglamentario sea únicamente cuando existan aspectos estrictamente específicos y de tipo objetivo que el reglamento deba particularizar sin alterar el rigor y espíritu legal.

El reglamento en consecuencia, deberá exclusivamente tratar lo mandado por ley, es decir, respetar el campo de acción de la ley y de esta forma, la constitución de la república.

En base a los estudios, análisis y criterios recogidos por los autores Ignacio del Otto, Alejandro Nieto y Eduardo García de Enterría, a manera de conclusión en este tópico, se sostendrán los requisitos que hacen válida una remisión normativa al reglamento, siendo los siguientes:

- a) No es constitucional el no tratamiento de la materia reservada en la constitución por parte de la ley. Es decir, no se puede remitir al reglamento el tratamiento de lo prescrito por reserva legal.
- b) La ley no debe ser en blanco, contendrá regulaciones en el ámbito que la constitución la ha llamado a prescribir.
- c) El remitido reglamento no podrá generar regulaciones que excedan lo manifiestamente determinado por la ley remitente, siendo entonces el reglamento un instrumento jurídico que cumple con el deber de complementar a la ley. El reglamento será un optimizador de la ley, poseyendo una connotación estrictamente técnica.
- d) Al ser el reglamento, un cuerpo normativo complementario a la ley remitente, esta última, deberá tratar la materia en su mayor amplitud dejando únicamente al

reglamento lo que efectivamente se le exige, su complementariedad a la ley. Señalamiento que concuerda con el voto salvado de una sentencia de la Corte Constitucional colombiana que establece el principio de “carga mínima especial de intensidad normativa previa”<sup>115</sup>.

Queda claro que el reglamento es el llamando a facilitar el cumplimiento de la voluntad legislativa en su correcta aplicación, lo contrario, es dejar un espacio de discrecionalidad en donde se limite con la afección directa al producto legislativo nacional, haciendo en tal virtud que, el ejecutivo se extralimite en sus atribuciones<sup>116</sup>.

#### **4. Particularidades específicas de los reglamentos:**

El reglamento como un acto normativo realizado por el presidente de la república goza de características propias según Cea Egaña, quien anota una serie de precisiones propias del reglamento en el contexto de una potestad entregada al ejecutivo, así, a efectos de sintetizarlas y acoplarlas a esta investigación, se sostendrá los siguientes rasgos distintivos de los reglamentos de ejecución<sup>117</sup>.

##### **a) Sometidos celosamente a la constitución:**

Como todo acto público, aún más que genera derecho objetivo, el reglamento debe enmarcarse en los límites, atribuciones y garantías constitucionales, sin vulnerar bajo ningún criterio su esencia o mandato expreso.

##### **b) Sublegal:**

Es consecuencia directa del respeto a la jerarquía normativa en donde, el reglamento deberá siempre observar las disposiciones legales, consecuentemente, la reglamentación del ejecutivo se ha de acomodar obligadamente a los mandatos jerárquicos superiores provenientes de la ley.

---

<sup>115</sup> Colombia, Corte Constitucional de Colombia, voto salvado de Magistrados: Cepeda y Tafur, *Sentencia C-508* (Bogotá, 3 de julio de 2002).

<sup>116</sup> Francisco de Paula Pérez, “Derecho Constitucional colombiano”, (Bogotá, Colombia: ABC, 1952), 130.

<sup>117</sup> Cea Egaña, “Dominio legal y reglamentario”, 426.

**c) No es expresión de voluntad general:**

Lo que va íntimamente ligado a lo establecido en el origen colectivo y democrático que encarna la construcción legislativa en el país con su sello de participación colectiva y representación de los distintos sectores de la sociedad, mientras que el reglamento es un acto unilateral desarrollado por el presidente de la república.

**d) Discrecional:**

Además del autor que se analiza para la presente clasificación, García de Enterría manifiesta, que la potestad reglamentaria es “(...) una potestad discrecional (...)”<sup>118</sup>, así, como una prerrogativa que hace gozar de libertad de elección respecto de las determinaciones que se quiera tomar en la producción o no del reglamento.

**e) Limitado por principios generales del Derecho:**

Es, entre otros, el mayor límite sustancial para evitar, como premisa máxima y general, la arbitrariedad, irretroactividad y antijuridicidad de los reglamentos. Evitando así que éstos atenten inclusive contra las bases de la separación de poderes como eje fundamental del freno al poder y reconocimiento de los derechos de las personas.

### **1.5.5. Límites a la potestad reglamentaria.-**

Es entonces, con los antecedentes expuestos el momento de proponer los límites que debe tener el reglamento para: no alterar al ordenamiento jurídico, contradecir a la constitución, violentar la ley y sobre todo, vulnerar el principio democrático de la participación social, que de una u otra forma se ve manifestado ampliamente en la producción legal, mientras que, en la generación del reglamento simplemente es inexistente.

El reglamento es un acto normativo que produce efectos generales<sup>119</sup> pero que se encuentra en manos de una única persona para su desarrollo, el presidente de la república,

---

<sup>118</sup> García de Enterría, “Curso de Derecho Administrativo”, 179.

<sup>119</sup> Zavala Egas, “Lecciones de Derecho Administrativo”, 328.

mismo que representa el sentir manifiesto y común de un importante número de ciudadanos que por encima del cincuenta por ciento de los electores en unos casos, en otros de la población, lo eligieron como representante y gobernante, pero precisamente aquí es en donde se asienta el mayor problema.

Pues, al representar a una fórmula mayoritaria y ser electo por un grupo significativo que mantiene una comunión de ideas, preceptos, visión de país e incluso ideológica, decisión que por cierto, merece respeto y reconocimiento; no constituye que ese solo hecho de expresión mayoritaria sostenga a quienes no se sienten representados por la misma persona, no votaron por ésta, no comulgan sus ideas, criterios, visión de país o ideología, llegando incluso a merecer por ello, un mayor grado de respeto y reconocimiento para salvaguardar sus derechos, garantías y ejercicio participativo como minorías no representadas.

Entonces que quizá, el máximo espacio de real participación social de mayorías y minorías efectivamente se encuentre en la función legislativa como sede política y democrática que atiende al principio democrático conforme se ha dejando sentado, y que se manifiesta más concretamente con la producción de la ley, por lo que, la creación del reglamento ejecutivo podría interferir y menoscabar a la manifestación de las voluntades que disienten con un gobernante de turno; en efecto, pueden estar perjudicadas o correr el riesgo de estarlo con el ejercicio unilateral de la facultad reglamentaria proveniente de una autoridad que representa ideológica, política, social y económicamente a un grupo de la población.

Y es más, el reglamento de voluntad concreta unilateral, fácilmente no responderá a las fuentes materiales de la legislación, es decir a aquella conexión directa entre las realidades sociales, culturales, políticas, religiosas y económicas, pues, el presidente generador de reglamentos es una única persona con visión concentrada en objetivos, lineamientos y posición específica, que desconocerá o desatenderá a las otras demandas y exigencias sociales de los grupos minoritarios; situación que en la función legislativa parece no ser tan difícil y

efectivamente se reconoce la participación social siendo además su producto expresión de voluntad general, mientras que el acto normativo generador del reglamento ejecutivo no se constituye como tal. Es así, como este acto normativo no puede alterar el sentido legal y consecuentemente la expresión de las voluntades de minorías y mayorías existentes en el país, habrá que insistir, no se busca que el reglamento sea una reproducción artificiosa del proceso legislativo, sino que al observar la naturaleza de su existencia carente de participación se establezca claramente la alteración al principio democrático que puede generar aquel reglamento que desatienda a la ley y constitución.

Por ello, la necesidad del presente tratamiento y en lo que continúa, la especificación de los límites que el reglamento debe tener para no afectar a: la participación democrática, reconocimiento de minorías, la expresión de los distintos sectores de la sociedad para la producción de la ley, el debate, consenso y desacuerdo propio en la democracia.

Habiendo dejado tajantemente establecido lo antes dicho, manteniendo una posición contraria a criterios de quienes quieren entregar una omnipresencia del reglamento ejecutivo señalando que éstos vienen a llenar silencios legislativos<sup>120</sup>; se fijarán claramente los límites o condiciones de la potestad reglamentaria, por supuesto, en materia de los tipos de reglamentos de ejecución que deberán guardar límites mayores que los autónomos.

La siguiente clasificación constituye un estudio de los siguientes autores: Carré de Malberg, Tascón, Gordillo, así como varias sentencias realizadas por la Corte Constitucional de Colombia, órgano que mayormente ha desarrollado el tema de la potestad reglamentaria<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> Moncada Zapata, “El reglamento como fuente de derecho en Colombia”, 65 – 67.

<sup>121</sup> Véase: Raymond Carré de Malberg, “Teoría General del Estado”, (Madrid: UNAM-FCE, 1998), 515; Tascón, “Derecho Constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional”, 235; también puede revisarse, Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”, cap. VII. 64; y las siguientes sentencias Colombia, Corte Constitucional de Colombia, *sentencias: sentencia c-992* (Bogotá, 19 de septiembre de 2001), *sentencia c-329* (Bogotá, 22 de marzo de 2000), *sentencia c-428* (Bogotá, 4 de septiembre de 1997), *sentencia c-512* (Bogotá, 9 de octubre de 1997), *sentencia c-508*, voto salvado, (Bogotá, 3 de julio de 2002), *sentencia c-675* (Bogotá, 30 de junio de 2005).

1. Los reglamentos no pueden introducir normas nuevas o reglas que supongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos.
2. Los reglamentos no pueden cumplir un rol de intérpretes de la ley.
3. No pueden los reglamentos establecer impuestos.
4. La restricción o ampliación del alcance de la ley no es posible vía reglamentaria.
5. Por naturaleza y en algunos casos, bajo materia de reserva legal, los reglamentos no podrán determinar infracciones.
6. El reglamento será habilitado exclusivamente por la competencia de la autoridad convocada a hacerlo y la necesidad de su desarrollo.
7. El reglamento existirá únicamente en cuanto exista una ley para reglamentar.
8. El reglamento es derecho objetivo, consecuentemente fuente del derecho que se integra al ordenamiento jurídico<sup>122</sup> con efectos impersonales, que puede ser realizado por el presidente pero no para solucionar o resolver situaciones individuales o subjetivas.
9. No puede tratar materias con reserva legal.

Consecuentemente, se puede llegar a la conclusión que la facultad reglamentaria es una potestad que la ejerce el presidente de la república bajo criterios de absoluto respeto a las limitaciones establecidas para el ejercicio reglamentario. Dentro de la esfera del interés público estatal del sistema presidencialista, como se ha justificado, los reglamentos serán autónomos, de ejecución y orgánico funcionales que guardan su naturaleza y razón de ser respecto del nivel regulativo y la interferencia de éstos en la ley creada por el legislador.

La participación democrática es una garantía de la legitimidad de los actos provenientes del poder, la búsqueda de la devolución del poder a la población se fundamenta en la esencia constructiva de los estados. Así, el arquetipo social que un estado propone es la máxima

---

<sup>122</sup> Zavala Egas, “Lecciones de Derecho Administrativo”, 373.

expresión de la pluralidad que debe ser reconocida y tutelada por el aparato estatal. En tal virtud, los reglamentos generados por el presidente de la república no pueden vulnerar creaciones jurídicas que han contado con mecanismos de devolución del poder a la sociedad, es decir, en virtud del principio democrático la función legislativa ha creado la ley atendiendo a la sintonía de mayorías y minorías, mal puede el reglamento, que proviene de la voluntad del ejecutivo ir más allá y desatender el predominio democrático en un estado constitucional que vigila y resguarda al entendimiento político de la sociedad.

Además, el estado constitucional supone una construcción jurídica que busca límites efectivos al poder, para que éste no desatienda los derechos de los ciudadanos, así la constitución claramente es un escudo protector de la sociedad y una camisa de fuerza del estado, configuración que permite en entendimiento de las atribuciones específicas de quienes ostentan el poder en la división de funciones.

Al dejar claramente establecido que el reglamento carece de manifestaciones de voluntad colectiva en su creación siendo correctamente una producción de tipo individual, se buscará retornar al valor del principio democrático que lidere el accionar del poder constituido, para solo así garantizar la efectiva vigencia de un estado constitucional en respeto y acatamiento de la constitución y voluntad colectiva.

## CAPÍTULO II:

### LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO Y SU CONFIGURACIÓN EN EL ECUADOR.

La presente investigación busca evidenciar el vínculo estado constitucional, principio democrático y facultad reglamentaria del ejecutivo. Para ello habrá que analizar la estructura del sistema jurídico ecuatoriano.

El Ecuador tiene un sistema presidencialista fuertemente recargado con atribuciones entregadas al Presidente que llegan a exceder inclusive a las mostradas en el capítulo anterior de este trabajo; en efecto, constituyen facultades ampliadas que transitan en distintas orbitas de lo económico, político y aparato estatal que permiten una influencia directa del Ejecutivo en la sociedad<sup>123</sup>.

Consecuentemente se configura un Ejecutivo con notorias potestades en la administración del Estado. Ejecutivo que al ser Jefe de Gobierno y Jefe de Estado celosamente cuida su función con acciones reconocidas en el ordenamiento jurídico del país.

El art. 1 de la Constitución de Ecuador<sup>124</sup> encierra la base fundamental del presente tratamiento, por tanto, deberá guiar y estar presente en el progreso de este capítulo mencionada disposición constitucional, pues, confiere luces para concebir las características propias del Estado, diciendo así: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, *democrático* (...) *intercultural* (...) *La soberanía radica en el pueblo*, cuya voluntad es *fundamento de la autoridad* (...)”. (cursivas son del autor).

De esta manera, la Carta Fundamental indica que predominantemente se velará y actuará bajo criterios ajustados a la prevalencia de un Estado democrático e intercultural que reconozca la soberanía popular como fundamento del poder constituido.

---

<sup>123</sup> *Constitución de la República de Ecuador*. El art. 147 establece las atribuciones concretas del Presidente de la República, sin embargo, en la misma Carta Fundamental se encuentran muchas otras facultades otorgadas a éste órgano: arts. 293, 303, 305, 313, 315.

<sup>124</sup> *Constitución de la República de Ecuador*.



Coexisten diferentes regulaciones en la Constitución, a más del preámbulo, que convocan a observar un alto nivel de reconocimiento a la participación social, libertad y pluralidad que, como diría Trujillo, constituyen la base misma de la democracia<sup>125</sup>.

La Carta Fundamental ecuatoriana ha permitido además, la comunión de dos tipos de democracia, como se dijo en el primer capítulo quizá en acercamiento al entendimiento de los retos actuales que la participación ciudadana debe afrontar en las sociedades; esto es, formas de democracia representativa y democracia directa.

Hay que ser claros en que, definir a la democracia es una tarea no ligada únicamente a la academia, pues se configura indudablemente con una serie de actos políticos que tienen lugar en los estados. Como llamaría Pisarello, la democracia es una categoría visiblemente política, así, en el caso ecuatoriano, pese a los reconocimientos constitucionales que puedan existir y la profundización hacia una teoría democrática de la Constitución será concluyente el análisis en la praxis política misma, estudios que posteriormente serán tratados<sup>126</sup>.

Por ahora basta con afirmar que las actuaciones del poder están implícitamente o explícitamente limitadas en la Carta Fundamental por el reconocimiento de los principios inherentes al Estado constitucional, democrático, participativo que visibiliza al poder soberano que se encuentra asentado en la población.

Sin embargo, no es posible líricamente llegar a vagas conclusiones, pues, para el perfecto funcionamiento de lo señalado, es ineludible contar con una participación social activa en donde las personas tomen conciencia de ser sujetos de derechos y garantías, que vitalicen procesos en el reconocimiento de su poder y valor mandante<sup>127</sup>. Resulta evidente que todo ello se volvería un deber imposible sin las condiciones mínimas que provengan del poder

---

<sup>125</sup> Trujillo, “El Estado en la Constitución”, 105.

<sup>126</sup> Gerardo Pisarello, “Un largo Termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático”, (Quito, Ecuador: Corte Constitucional, 2012), 17.

<sup>127</sup> Silvana Sánchez Pinto, “Participación social en la creación del derecho”, en *Estado, Derecho y Justicia estudios en honor a Julio César Trujillo*, Ramiro Ávila Santamaría, compilador, (Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2013), 140.

constituido, pues su reconocimiento fáctico además que jurídico, será de trascendental importancia para alcanzar una democracia de perfil integral<sup>128</sup>.

Además, el caso ecuatoriano tiene particularidades que se corresponden con la presencia de un gobierno altamente popular en los procesos electorales; sin embargo, como ya se apuntó, aunque el voto sea un mecanismo de participación democrática no se puede desatender a la conformación de otras formas permanentes de intervención de la sociedad que deben ser respetadas por los órganos y autoridades que ejercen el poder constituido.

Ecuador es un Estado cuya Constitución consagra la división de funciones establecidas en las siguientes: Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Electoral y Transparencia y, Control Social. Pese a la introducción de dos nuevas funciones distintas a la clásica división del poder, siguen siendo las tres primeras las de mayor trascendencia y constante conflicto jurídico y político.

Como se hizo referencia al inicio de este capítulo, el Presidente de Ecuador guarda atribuciones respecto a la jefatura de gobierno y estado, empero las mayores muestras de la configuración de un presidencialismo fuerte se sustentan en sus facultades legislativas reconocidas por la Carta Fundamental<sup>129</sup>.

Entre las atribuciones otorgadas al Presidente de la República se encuentra la concerniente a la creación directa, unilateral, volitiva y productora de derecho objetivo que es la potestad reglamentaria; luego que, sea precisamente ésta una herramienta importante para la administración del gobernante y la creación normativa del país.

## **2.1. La Facultad reglamentaria del Presidente de la República.-**

Será predominante en este tratamiento la atención al art. 1 de la Constitución de Ecuador en sus partes pertinentes que se han dejado señaladas, así como el reconocimiento que

---

<sup>128</sup> Jacobo Pérez Escobar, “Derecho Constitucional colombiano”, (Bogotá, Colombia: Temis, 1997), 99.

<sup>129</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, art 147. 11,12,13,15. Entregan amplias posibilidades al Ejecutivo para actividad legislativa.

permanentemente la Constitución hace por la vigencia de una teoría democrática que lucha hacia regresar el poder a la población.

Hablar de la devolución del poder a la población es referirse a las distintas formas que la Carta Fundamental reconoce para que los individuos gocen de la facultad de pronunciarse y manifestarse en las decisiones del Estado. En este sentido, la Constitución prevé mecanismos específicos, entre ellos, el más notorio es la consulta popular a través de sus dos modalidades reconocidas en el Ecuador: referéndum y plebiscito<sup>130</sup>; de la misma forma la Constitución también registra, la moderna teoría de la rigidez constitucional que supone la devolución al constituyente, *pueblo soberano*, de la capacidad modificatoria de la Constitución<sup>131</sup>; la instauración de procesos de participación directa como silla vacía, revocatoria del mandato, comisiones ciudadanas; y otros evidentes a la instauración de una teoría democrática de la Constitución; aunque finalmente, sea en la Corte Constitucional, conforme la normativa constitucional, en donde recaiga la expectativa por el pronunciamiento que ésta deba realizar sobre la devolución del poder en apego a las calificaciones previas que ella realiza<sup>132</sup>, así, como sostiene Storini, se trataría de una Corte convertida en un constituyente permanente que finalmente resuelve los momentos en los cuales opera o no los mecanismos de participación social y devolución del poder a la población<sup>133</sup>.

### **2.1.1. La atribución constitucional que habilita al reglamento ejecutivo.-**

La Constitución de Ecuador atribuye diferentes competencias al Presidente de la República y éstas no se encuentran todas, reunidas en la lista prevista por el art. 147. En efecto,

---

<sup>130</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, reconoce mecanismos de participación, arts. 104, 106 y 441.

<sup>131</sup> Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Política, Justicia y Constitución*, Luis Fernando Ávila Lizán, editor, (Quito, Ecuador: Corte Constitucional, 2010), 177.

<sup>132</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, en lo relativo a mecanismos de participación entrega permanentemente un valor importante a la decisión de la Corte Constitucional respecto de la operancia de un u otro, arts. 104 y 438.

<sup>133</sup> Claudia Storini, “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas”, (tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2001), 27 – 28.

muchas de las facultades que puede ejercer el Ejecutivo están repartidas en diferentes disposiciones constitucionales.

El art. 147 de la Constitución entrega una lista de atribuciones propias al Presidente, empero, deja una amplia facultad a las demás que la ley las determine<sup>134</sup>; es decir, el origen de las potestades del Ejecutivo no únicamente radica en la Carta Fundamental ecuatoriana, sino además en otros cuerpos normativos de tipo inferior.

El art. 147.13 de la Constitución dice que el Presidente de la República podrá: “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.”.

De la prescripción constitucional traída, podemos obtener elementos necesarios para el estudio, éstos serán tratados a continuación.

#### **2.1.1.1. Sobre la titularidad de la potestad reglamentaria.-**

Por base constitucional, la facultad reglamentaria radica exclusivamente en el Presidente de la República como único y máximo representante de la Función Ejecutiva. Es decir, el Ejecutivo, Presidente de la República, es quien goza de la potestad de dictar reglamentos a las leyes y los que convengan a la buena marcha de la administración, mas no, toda la Función Ejecutiva como genérico.

Conforme al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva<sup>135</sup>, esta Función está integrada por: la Presidencia y Vicepresidencia de la República; los Ministerios de Estado y sus órganos dependientes o adscritos; las personas jurídicas del sector público anexadas a la Presidencia o Vicepresidencia; y, las personas jurídicas del sector público de carácter autónomo cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de la Administración Pública Central. Entonces, todos estos órganos

---

<sup>134</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, art. 147 parte pertinente: “Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley (...)”.

<sup>135</sup> Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 536* (Quito 18 de marzo de 2002).

integrantes de la Función Ejecutiva no son los que podrán realizar reglamentos, pues no es una atribución propia de la Función, sino exclusiva del Presidente y al ser de origen constitucional y expresamente singularizada y detallada dentro de las potestades del Ejecutivo se entenderá que ni siquiera puede ser delegable o extendida hacia otros funcionarios por parte del primero.

Ahora bien, no se puede entender a un ministro de estado ejerciendo atribuciones, políticas, decisiones y regulaciones sin un lineamiento y orientación proveniente directamente del Ejecutivo; verbigracia, si bien es cierto los actores de la Función Ejecutiva son varios y distintos, no es menos cierto que sus actos son dirigidos al cumplimiento de objetivos determinados por el Presidente de la República, este reconocimiento lo hace la propia Constitución. El art. 141 de la Constitución en el capítulo de la Función Ejecutiva, sostiene que: “El Presidente o Presidenta de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y *responsable de la administración pública (...)*”; ratifica su directriz política y gubernamental el art. 147.2 de la Constitución cuando sostiene como atribución del Presidente: “(...) presentar los lineamientos fundamentales de *las políticas y acciones que desarrollará durante su ejercicio (...)*”; y, lo afianza el art. 147.3 que dice: “*Definir y dirigir las políticas públicas* de la Función Ejecutiva”; de manera semejante el artículo constitucional 147.5 sostiene: “*Dirigir la administración pública* en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, *organización, regulación* y control.” (cursivas son del autor).

Es así, que pese a que los funcionarios integrantes de la Función Ejecutiva realizan sus actuaciones conforme a los lineamientos del Presidente no pueden ser quienes tengan la facultad reglamentaria exclusiva y excluyentemente que ha sido entregada constitucionalmente al Ejecutivo. La titularidad de la facultad reglamentaria recae entonces, en el Ejecutivo y no en la Función Ejecutiva toda. Pues, en el Presidente se concentra la potestad reglamentaria, y no es esta potestad una cuestión difusa o residual que se asiente en otras autoridades<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> Moncada Zapata, “El reglamento como fuente de derecho en Colombia”, 70.

### **2.1.1.2. Tipos de reglamentos reconocidos y participación social.-**

El art. 147.13 de la Constitución ecuatoriana establece que el Ejecutivo podrá crear los reglamentos: “(...) necesarios para la aplicación de las leyes (...)”<sup>137</sup> sin transgredir a éstas, pues, expresamente señala: “(...) sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.”. Elementos que llevan a colegir, conforme lo tratado en el capítulo anterior, que la Constitución de Ecuador da luz a la existencia de reglamentos de ejecución así como de tipo orgánico funcional.

En razón de los reglamentos que se reconocen, la participación popular es nula, por cuanto la legitimidad del reglamento proviene del acatamiento y cumplimiento de la ley, es decir, posee una legitimidad implícita en tanto la naturaleza reglamentaria será en un caso, para la ejecución legal; y en el otro, reglamentos orgánico funcionales para el tratamiento de temas internos de administración central que no derivan hacia la alteración o vulneración de una ley que ha sido realizada por el proceso participativo que se ha dejado indicado.

#### **1. Los reglamentos de ejecución:**

Al establecer los parámetros de vigencia de un reglamento de ejecución habrá que referirse, en primer lugar, a que se necesita la previa existencia de una ley, es decir una ley que ya se encuentre promulgada y publicada en el Registro Oficial del país; entonces, de una ley que pasó por un proceso de formación solemne, con participación social y reflejo representativo de la pluralidad colectiva.

Parece necesario hacer una breve aclaración respecto a los dos momentos que constituyen la promulgación y publicación de una ley, ya que estos mismos, desafortunadamente, han sido confundidos por juristas e incluso por el legislador al redactar el vigente Código Civil ecuatoriano<sup>138</sup>. Pues, son dos momentos jurídicos diferentes y que tienen importancia por su

---

<sup>137</sup> Constitución de la República de Ecuador, art. 147. 13.

<sup>138</sup> Ecuador, Congreso Nacional, *Código Civil*, en *Registro Oficial nro. 46* (Quito, 24 de junio de 2005) art. 5.

incidencia en la realidad jurídica. La promulgación de una ley, es lo referente a la orden de publicación solemne que conforme al sistema ecuatoriano casi siempre provendrá del Ejecutivo por cuanto guarda éste la potestad de sancionar finalmente la ley y, se concentrará en él la decisión conclusiva<sup>139</sup>; la publicación, como segundo momento, será la fase relativa a la introducción de la ley en el Registro Oficial del país, seguidamente es el instante que surte efectos jurídicos y tiene vida la norma, salvo la existencia de cláusulas que posterguen su entrada en vigor.

Esta diferenciación surte consecuencias amplias por cuanto muestran a un Ejecutivo nuevamente fuerte y recargado con potestades importantes respecto del ordenamiento jurídico del país.

Pero, continuando con lo que se venía tratando, la potestad reglamentaria reconocida en el país, reglamentación de ejecución, necesita la vigencia de una ley para sólo así reglamentar a ésta, pues, como medida aún mayor a ello, se desprende la manifestación expresa de la Constitución en que el reglamento no podrá *contravenir ni alterar a la ley*, entonces, parecería haber entregado pleno valor la Constitución ecuatoriana a lo destacado por algunos autores, en el sentido que el reglamento no debería siquiera alterar el espíritu de la ley<sup>140</sup>.

Es decir, al establecer la Constitución que el Presidente puede aprobar los reglamentos, en primer lugar, “necesarios para la aplicación de las leyes”<sup>141</sup> específicamente otorga nacimiento de un tipo de reglamento que es el de ejecución. Además, ratifica el carácter volitivo y prudencial de la facultad reglamentaria en atención a la *necesidad* expresamente mencionada por la Carta Fundamental, es decir de lo que se ha venido diciendo ya, que el reglamento es una facultad concreta del Ejecutivo y que como tal no puede ser autorizada o habilitada por la ley,

---

<sup>139</sup> El Presidente de la República será quien ordene la promulgación de una ley en la mayoría de casos por el ejercicio de su atribución sancionadora de la ley. Es decir, cuando no existe objeción a la ley por parte del Presidente, éste conforme el art. 137 de la Constitución ordenará su correspondiente promulgación de la ley. Cuando la Asamblea Nacional ratifique el texto original de una ley luego de la sanción del Presidente, conforme el art. 138 de la Constitución, este órgano, ordenará la correspondiente promulgación.

<sup>140</sup> Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”, cap. VII. 64.

<sup>141</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, art. 147.13.

sino que nace de la Constitución y así, el Presidente tiene potestad para realizarlos o no, bajo parámetros de discrecionalidad para su creación.

También será un acto normativo de manifestación exclusiva que crea derecho, y que como tal, no constituye manifestación de voluntad general. Sumado a lo anterior, los reglamentos deberán ser desarrollados con las limitantes que se han establecido en los apartados anteriores sobre este tipo de acto, atendiendo por lo tanto a su carácter *secundum lege*; luego, que su tarea específica en el marco jurídico ecuatoriano es de complementar y no completar a la ley. Es así, efectivamente el reglamento un instrumento jurídico creado por voluntad del Ejecutivo, en el que no hay ejercicio participativo popular que agrupe a las tendencias e ideologías distintas a las del Mandatario.

Además, cuando en segundo momento, la norma citada determina que no podrán “contravenirlas ni alterarlas”<sup>142</sup>, es en mayor grado el nivel de intensidad a la limitación del campo de regulación que estos cuerpos normativos tienen, pues se estaría emplazando el acatamiento y respeto de las condiciones que la potestad reglamentaria cumplirá para no comprometer el principio democrático y participación social que en el proceso de creación de la ley existe, así como a fin de garantizar la no afección a la validez material de la norma creada.

Se deduce entonces, que esta determinación constitucional es parte del reconocimiento de facultades al Presidente de la República pero, que no hace caso omiso a la división horizontal del poder y participación democrática reconocida en toda la Carta Fundamental. Por ello, en razón al espíritu constitucional que edifica una inclinación hacia el principio democrático mal se podía entregar mayores atribuciones al Ejecutivo con la creación de los reglamentos; verbigracia, se han establecido reglamentos estrictamente de ejecución legal y no autónomos a fin de respetar la legitimidad de la ley y no trascender a otro espacio de regulación que no sea previamente establecido por la norma desarrollada en la Función Legislativa, protegiendo así, a

---

<sup>142</sup> *Ibíd.*



la participación social que no se la encuentra en el proceso de creación reglamentaria. Cabe señalar una vez más para que no existan confusiones, que no es intención de este trabajo pretender que en la creación del reglamento exista participación social, sino el respeto al principio democrático por parte del ejecutivo en la generación de estos cuerpos normativos, es decir, que no se invadan campos de dominio legal y alterar así la construcción jurídica y democracia del Estado.

Es más, de la revisión del ERJAFE<sup>143</sup> respecto de la formación de los actos normativos, como es el reglamento, se colige que es únicamente facultativo el contar con las personas que se verían afectadas por las disposiciones desarrolladas, la norma señala: “(...) *podrán convocar* a las personas que se verían afectas por sus disposiciones para escuchar sus opiniones (...)”<sup>144</sup> (cursivas son del autor); quedando entonces demostrado la ausencia de participación en la producción de los reglamentos provenientes del Presidente de la República, o en el mejor de los casos, la discrecionalidad en la convocatoria a la participación social, convirtiéndose así en un asunto no obligatorio, no necesario, no condicionante del accionar del Presidente.

## **2. Los reglamentos orgánico funcionales:**

La segunda parte, o inmediato reconocimiento que el art. 147.13 de la Constitución hace, es referente a los reglamentos orgánico funcionales, sosteniendo: “(...) así como los que convengan a la buena marcha de la administración.”.

Mencionar que esta declaración constitucional abra la puerta a la vigencia de reglamentos de tipo autónomo para que el Ejecutivo desarrolle regulaciones en todos los campos que éste considere necesarios, es un grave error.

---

<sup>143</sup> El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ha sido sujeto de profundos estudios e investigaciones que constituyen trabajos autónomos y amplios. Sin embargo es importante señalar que existe un conflicto respecto de la naturaleza del mismo en lo tocante a ser un reglamento autónomo o estatuto por cuanto fue desarrollado por el Presidente de la República en el año de 1994 y reemplazó a la antigua Ley de Régimen Administrativo. Cabe señalar que en la Constitución ecuatoriana vigente no existe la categoría de estatuto conforme el art. 425 por lo que ameritaría un ajuste necesario de este cuerpo normativo que regula la Función Ejecutiva del Ecuador a la Carta Fundamental. En este trabajo no se puede analizar más a profundidad este cuerpo normativo por cuanto supondría ameritaría todo un tratamiento exclusivo.

<sup>144</sup> Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*.

Pues, no se trata de un reconocimiento constitucional que habilite reglamentación independiente por parte del Ejecutivo; en efecto, no solo que textualmente no reconoce a reglamentos independientes, sino que, sostener la vigencia de éstos en la redacción del artículo 147.13 es contrario a una interpretación constitucional integrativa de la Norma Fundamental<sup>145</sup>, conduciría consecuentemente a invisibilizar la teoría democrática garante de la participación democrática de la sociedad en los procesos decisorios del poder constituido, teoría que se materializa en la Constitución ecuatoriana.

La potestad reglamentaria del Ejecutivo queda expresamente detallada en la primera parte de la regulación constitucional del art. 147.13 cuando dice, que ésta será para la aplicación de las leyes sin que su ejercicio suponga contravenirlas o alterarlas, es decir, limita el espacio de regulación que tienen los reglamentos, exigiendo un papel de artífices constructores de la correcta vigencia de la ley, mas no de exceder la esfera de dominio legal.

De tal forma, el reconocimiento constitucional en su segunda parte únicamente es en lo relativo a los reglamentos orgánico funcionales, disposición que sumado a la interpretación integral de la Constitución imposibilita admitir la existencia de reglamentos autónomos, pues cuando la norma en cuestión<sup>146</sup> dice que el Presidente puede además desarrollar aquellos reglamentos que *convengan a la buena marcha de la administración*, está determinando la posibilidad en desarrollar reglamentos para el correcto funcionamiento vertical de la Función Ejecutiva.

Es decir, se trataría de cuerpos normativos dirigidos a la administración misma, para la consecución de los fines determinados por el administrador, pues la buena marcha de la administración supone el establecimiento de un margen trascendental respecto a lo que es la gestión central para adentro, con efectos jurídicos direccionados inequívocamente hacia la Función Ejecutiva en la que puede ejercer autoridad directa el Presidente de la República.

---

<sup>145</sup> Pérez Escobar, “Derecho Constitucional colombiano”, 83.

<sup>146</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, art. 147.13.

Entonces, la Constitución configura en el ordenamiento jurídico a este tipo de reglamentos que buscan una autorregulación y funcionamiento interno y propio, si se quiere, hacia adentro de la gobernanza del Estado<sup>147</sup>. Es así una facultad del Ejecutivo que nace de una competencia regulativa intrínseca al ámbito administrativo que: vitaliza, segmenta, norma y determina lineamientos suficientes para el correcto desempeño y funcionamiento de la Función dirigida por el Presidente, todo ello en correspondencia con los art. 141, 147.2, 147.3 y 147.6 de la Constitución que avalan a un Jefe de Gobierno llamado a dirigir y vigilar a la administración central<sup>148</sup>.

El art. 80 del ERJAFE<sup>149</sup> define al acto normativo y reconoce a la potestad reglamentaria que recae en el Presidente, señalando además, que existen reglamentos destinados a un grupo individualizado de personas:

“Acto normativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución *corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados*, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.”<sup>150</sup>. (cursivas son del autor).

Lo que hace el ERJAFE<sup>151</sup> es establecer la vigencia de reglamentos ejecutivos y orgánico funcionales de estricta competencia del Presidente, éstos últimos incluso podrán ser determinados para un sector específico o grupo detallado de individuos, que en lo tratado, serían los funcionarios de la Función Ejecutiva.

---

<sup>147</sup> Porras Ramírez, “Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial”, 249.

<sup>148</sup> Los artículos constitucionales referidos han sido ya analizados con antelación respecto de las atribuciones del Presidente ecuatoriano.

<sup>149</sup> Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*.

<sup>150</sup> Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, art. 80.

<sup>151</sup> *Ibíd.*

Además, hay actos normativos que serán desarrollados por órganos competentes de la administración, los que serán acuerdos o resoluciones de distintos órganos administrativos conforme al art. 425 de la Constitución de Ecuador<sup>152</sup>, de forma consecuente, en estos últimos, podrá encasillarse a las distintas manifestaciones unilaterales con efectos generales desarrollados por las secretarías de gobierno y otros órganos que integran la Función Ejecutiva ampliada<sup>153</sup>.

Así, con este reconocimiento se registran las variadas formas jurídicas que la Función Ejecutiva realiza para el ejercicio de sus potestades propias, las mismas que pueden ser ejecutadas por actos normativos del Ejecutivo y de los órganos competentes de la Función como menciona Zavala Egas<sup>154</sup>.

### **2.1.2. El problema de los actos normativos desarrollados por órganos de la Función**

#### **Ejecutiva distintos al Presidente de la República.-**

En los diferentes actos realizados por los órganos adscritos a la Función Ejecutiva que pueden ir desde: una regulación específica, pasando por una general, o la aprobación de un tópico, pronunciamiento respecto de una materia o solicitud; se crean instrumentos jurídicos, a los que Zavala Egas los ha determinado como formas jurídicas que son adecuados a gozar de eficacia<sup>155</sup>.

El problema se sitúa cuando los ministerios e instituciones del Estado ejecutan actos normativos que permanentemente intentan rebasar su naturaleza y reglamentar a una ley, hecho

---

<sup>152</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, 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.”

<sup>153</sup> Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, art. 2.

<sup>154</sup> Zavala Egas, “Lecciones de Derecho Administrativo”, 328.

<sup>155</sup> *Ibíd.*

que implica una vulneración al marco constitucional del Ecuador, donde como se ha dicho, únicamente el Presidente de la República es quien cuenta con la potestad reglamentaria y, al proceder esta potestad de un mandato de tipo constitucional, su delegación no se encuentra en duda siquiera, sino que es antijurídica y, por consiguiente, prohibida bajo el principio superior del Derecho Público que debilita a la autonomía de la voluntad.

Existe una serie de intentos reglamentarios, por llamarlos así, efectuados por los ministerios de Estado, actos que jurídicamente constituyen: acuerdos o resoluciones, que aunque se encuentren publicados y en vigencia bajo el título de *reglamentos* no pueden equipararse a la categoría normativa de reglamento que como efecto ulterior tiene un nivel jerárquico entregado por artículo 425 de la Constitución de Ecuador<sup>156</sup>. Además, como menciona García de Enterría, la potestad reglamentaria la tienen órganos concretos y determinados específicamente<sup>157</sup>; en el caso ecuatoriano la Constitución así lo hace. Pues, correctamente estos actos normativos desarrollados por los ministerios podrán ser: acuerdos o resoluciones, que tienen una graduación normativa inferior, pero no constituyen producto del ejercicio de una potestad reglamentaria.

Los ministros de Estado y demás instituciones gozarán de una facultad normativa en el preciso sentido que es reconocida por el art. 80 del ERJAFE.

No es falso que la ley sea también una *regla* vigente en el ordenamiento jurídico de un país, en efecto, regula, manda, e incluso *reglamenta* una situación determinada, si se quiere utilizar términos genéricos; pero en el estudio jurídico de una producción normativa responsable y en garantía de un Estado Constitucional y Democrático como el caso ecuatoriano, no se puede recrear deportivamente con las categorías jurídicas; luego que, una ley es tal, en tanto y cuanto, cumpla con los requisitos constitucionales formales y materiales para ello; un reglamento es reglamento siempre que implique el cumplimiento de los principios,

---

<sup>156</sup> Constitución de la República de Ecuador, art. 425.

<sup>157</sup> García de Enterría, “Curso de Derecho Administrativo”, 165.

disposiciones constitucionales, características y requisitos ya abordados en este trabajo para su generación; y la resolución o acuerdo ministerial hace lo propio como tales, y nada más.

Aunque hablar del nombre adecuado para un acto normativo pareciese únicamente un problema de adecuación de palabras, no se lo puede ver tan ingenuamente a esta complicación. Gozar de certeza jurídica y seguridad como fin de un Estado Constitucional es pieza fundamental de la obligación del desarrollo normativo del Estado. Así, las categorías deben ser utilizadas con absoluta responsabilidad, cualquier desconocimiento e indebida utilización de ellas podría provocar un error normativo trascendente, antijuridicidades insalvables y además, la vulneración al reconocimiento del principio democrático que legitime, otorgue libertades y reconozca mayorías y minorías en la vida del Estado plural diverso que está llamado también a provocar conformidad en el ordenamiento jurídico nacional<sup>158</sup>.

No es abundar decir que, los actos realizados por las autoridades administrativas de la Función Ejecutiva distintos al Presidente, deben cumplir dos condiciones de expedición que permitirán validez posterior según Rodríguez: condiciones de forma y procedimiento; las primeras, relativas a las solemnidades que habiliten la correcta realización del acto; y, las segundas, en lo tocante al cumplimiento de normativa superior que regule la forma de realización del acto normativo, donde se torna importante la metáfora de la pirámide de Kelsen<sup>159</sup>.

En concreción con el tema presentado; cuando un Ministro de Estado realiza un acuerdo o resolución con una serie de considerandos que generan la *ratio legis* o razones de existencia de la norma, mal puede terminar sosteniendo que por lo expuesto se crea el *presente reglamento*, es como que, el Órgano legislador realice los considerandos de la ley a través de

---

<sup>158</sup> Salgado Pesantes, “Introducción al Derecho”, 60.

<sup>159</sup> Rodríguez R., “Derecho Administrativo general y colombiano”, 476.

todo el proceso solemne, serio, formal y democrático que con antelación tratamos para concluir exponiendo: *por consiguiente, se crea la presente ordenanza.*

La mala praxis proveniente de órganos no convocados ni facultados para reglamentar es constante. Al presente trabajo se introducirá, en su parte pertinente, el Acuerdo Ministerial: MRL 2011 – 00051 realizado por el Ministro de Relaciones Laborales que dice *hacer un reglamento*, al que se lo reproducirá en sus partes pertinentes de considerandos y dos primeros artículos:

“ EL MINISTRO DE RELACIONES LABORALES

Considerando:

*(...) Que, el artículo 123 de la Ley Orgánica de Servicio Público, determina que para el reconocimiento y el pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias el Ministerio de Relaciones Laborales emitirá la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, que será expedida mediante reglamento del Ministerio de Relaciones Laborales, de conformidad con la ley; (...)*

*Acuerda:*

*EXPEDIR EL REGLAMENTO PARA EL PAGO DE VIÁTICOS, MOVILIZACIONES Y SUBSISTENCIAS EN EL EXTERIOR, PARA LAS Y LOS SERVIDORES Y OBREROS PÚBLICOS.*

Art. 1.- Objeto.- *Este reglamento tiene por objeto establecer la base normativa, técnica y procedimental que permita a las instituciones, organismos, dependencias y entidades del Estado, de conformidad con lo señalado en la Constitución de la República y la ley, viabilizar el cálculo y pago de viáticos cuando las servidoras, servidores, obreras y obreros del sector público se*

desplacen a cumplir tareas oficiales o servicios institucionales derivados de las funciones de su puesto, en el exterior.

Art. 2.- *Ámbito.- Las disposiciones de este reglamento son aplicables para las instituciones, organismos, dependencias y entidades del Estado, señaladas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, con las excepciones previstas en el artículo 94 de la misma ley. (...)*<sup>160</sup>. (cursivas son del autor).

Es decir, este acto normativo, primero, comete una violación clara a la ley en los considerandos o ratio del reglamento sosteniendo que la Ley Orgánica de Servicio Público en el art. 123 pide al Ministerio de Relaciones Laborales que regule vía reglamento, cuando lo que la Ley dice en el apartado pertinente es que: “(...) *será expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales de conformidad con la Ley.*”<sup>161</sup> (cursivas son del autor). Posteriormente, se usa erradamente la categoría de reglamento para lo que constituye realmente un acuerdo ministerial que goza de una ubicación jerárquica propia en la pirámide jurídica del Estado ecuatoriano conforme al art. 425, lugar que es inferior a la ley y también a los propios reglamentos y decretos realizados por el Ejecutivo.

Hay que decir entonces que, los actos normativos de los ministros de Estado y otros órganos competentes, no constituyen reglamentos de ningún tipo, esta potestad la tiene insustituiblemente el Presidente; las otras instituciones de la Función Ejecutiva podrán hacer resoluciones y en el caso de ministerios acuerdos y como tales deben ser desarrollados y denominados así, de lo contrario, se irrespetaría al marco constitucional alcanzando inseguridad jurídica y desorden en la producción normativa del país, llegándose además a transitar por escasa madurez y técnica jurídica que luego comprometerá los efectos de cada acto.

---

<sup>160</sup> Ecuador, Ministerio de Relaciones Laborales, *Acuerdo Ministerial nro. MRL 2011 – 00051*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 392* (Quito, jueves 24 de Febrero de 2011).

<sup>161</sup> Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Servicio Público*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 294* (Quito, de 6 de octubre de 2010), art. 123.



Lo que se sostiene lo confirma un fallo de la Corte Nacional de Justicia<sup>162</sup> al decir que la facultad reglamentaria no puede ser ejercida por los ministros de Estado en razón de que éstos carecen capacidad jurídica propia. En la misma causa se establece además, dentro del razonamiento de la Corte que, no se puede delegar la facultad reglamentaria bajo el principio *delegata potestas non delegatur* y la esencia de la división de funciones.

Luego, se genera también vulneración al principio democrático con el ejercicio reglamentario por parte de ministerios e instituciones públicas, pues con el ejercicio Ejecutivo ya hay un debilitamiento y cuestionamiento al reconocimiento de la participación social y democracia, será mucho mayor el problema con el abuso de otros funcionarios distintos al Ejecutivo que son nombrados por el Presidente y carecen de legitimidad democrática<sup>163</sup>.

Ahora bien, pese a lo manifestado, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador se aparta del criterio previamente señalado, y en la resolución 164 - 2010 manifiesta que: “(...) un estado moderno no podría funcionar sobre la base de que la facultad reglamentaria únicamente puede ser ejercida personalmente por el Presidente de la República (...) los ministros tienen un poder reglamentario propio (...)”<sup>164</sup>. Consecuentemente, se habilita de alguna manera, aunque en la resolución citada<sup>165</sup> no es absolutamente clara, la posibilidad de que los ministros puedan reglamentar en el Ecuador.

Sin embargo, hay que decir que la facultad reglamentaria no es delegable, pues, la Constitución establece específicamente, como se ha dicho, la potestad entregada única, exclusiva y excluyentemente al Presidente de la República en garantía de la división de funciones, respeto al ordenamiento jurídico, jerarquía normativa y principio democrático.

---

<sup>162</sup> Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *resolución 164 – 2010, causa 0309 – 2008 – NA*. Sala de lo Contencioso Administrativo (Quito, 25 de mayo de 2010).

<sup>163</sup> La legitimidad democrática aquí tratada, se refiere a la carencia de procesos populares para determinar al funcionario público en cuestión, pues, supone una elección de libre remoción realizada por el Presidente de la República.

<sup>164</sup> Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *resolución 301 -2014, juicio 604 – 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo* (Quito, 22 de abril de 2014).

<sup>165</sup> *Ibíd.*

### **2.1.3. La metáfora construida por la pirámide de Kelsen.-**

En distintos momentos del desarrollo de este estudio se ha visto convocado el tratamiento de los postulados de Hans Kelsen respecto a la pirámide del ordenamiento jurídico. Las citas que se han realizado es por cuanto la existencia de esta teoría permite incorporar un entendimiento necesario al valor jerárquico de los reglamentos frente a la ley y la Constitución, inclusive, en la última parte, entendiendo que los acuerdos y resoluciones efectuadas por ministerios e instituciones públicas del país tienen su propia ubicación menor en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

Es imperioso el tratamiento sobre la complejidad que supone hoy en día un ordenamiento jurídico, el cual está cargado de normas y actos que se incorporan rápidamente a él sin mayores espacios de sistematización o codificación alguna. En el caso ecuatoriano, el último rastro de un trabajo codificador se tuvo hasta la instalación de la Asamblea Constituyente de plenos poderes del año 2007, pues por Mandato Constituyente<sup>166</sup> se cesó en funciones a los miembros de la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional que venían realizando un trabajo importante en la sistematización del ordenamiento jurídico del país.

Se torna necesario hablar de la construcción doctrinaria y trasladada a los sistemas jurídicos de la pirámide de Kelsen. En el Ecuador las normas tienen diferentes niveles o gradas normativas como determina Hernán Salgado<sup>167</sup>; seguidamente estas gradas normativas, las normas, se encuentran graduadas o jerarquizadas en distintos peldaños, así, esta realidad supone que una norma ostente dos calidades de valor frente a otras, lo que infiere que será superior frente a la que le siga en un nivel menor, pero también será menor frente a la que se encuentre por delante suyo en otro peldaño superior.

---

<sup>166</sup> Ecuador, Asamblea Constituyente, *Mandato Constituyente nro. 1* (Montecristi, 29 de noviembre de 2007), art. 7.

<sup>167</sup> Salgado Pesantes, "Introducción al Derecho", 58.

Lo mencionado está relacionado con la validez material, pues cada peldaño supone un proceso de creación normativa conforme al resguardo y cumplimiento de la norma jerárquica superior. Así, el legislador crea la ley pero en atención directa de la Constitución, el Presidente hace lo propio con el reglamento pero respetando la ley.

Con la metáfora de la pirámide de Kelsen se puede además sostener que, ésta permite una concepción aplicada del tratamiento general y abierto hacia lo particular y específico; luego, serán las normas superiores las que desarrollen lo primero, lo general y, las secundarias lo segundo, lo específico. Hay que sumar a este hecho que las normas de rango jerárquico mayor suelen ser las que instituyen procedimientos, órganos y funcionarios competentes para que realicen la norma inferior.

De esta forma, se entiende una trascendencia del Derecho como un regulador propio de su sistema, en el cual, bajo la lupa de los niveles jerárquicos y la auto determinación de sus normas se ha logrado que tome valor la plenitud hermenéutica de éste<sup>168</sup>.

La metáfora de la pirámide jurídica que ha sido desarrollada por varios sistemas jurídicos también guarda existencia en el caso ecuatoriano. A fin de esclarecer todo lo que se ha venido diciendo respecto del nivel jerárquico de los reglamentos y su inferioridad frente a la ley y la Constitución, al igual que la subordinación jerárquica de los acuerdos y resoluciones ministeriales y de instituciones públicas, es preciso dejar señalado el orden jerárquico de las normas reconocido en Ecuador en atención al art. 425 de la Constitución<sup>169</sup>:

1. Constitución de la República;
2. Tratados y Convenios Internacionales;
3. Leyes Orgánicas;
4. Leyes Ordinarias;
5. Normas Regionales y Ordenanzas distritales;
6. Decretos y *Reglamentos*;
7. Ordenanzas;
8. *Acuerdos y Resoluciones*

---

<sup>168</sup> Teoría que busca la inexistencia de lagunas y antinomias en el derecho.

<sup>169</sup> *Constitución de la República de Ecuador*.

Los reglamentos son inferiores a las Leyes Orgánicas y Ordinarias, el campo de su regulación tendrá que ser cuidadoso del respeto a la norma superior que por supuesto es la ley, pero además, la violación a la ley supondría una vulneración indirecta a la Constitución, quizá, incluso se debe decir que directa al orden jerárquico de las normas, la reserva legal y atribuciones detalladas por la Constitución de la República al Ejecutivo.

Los reglamentos serán garantes de la aplicación correcta de la ley *sin contravenirla ni alterarla* según la prescripción constitucional, en esta dinámica mal puede transgredir el campo de reserva para la ley, que acorde a lo que se demuestra en el orden jerárquico de las normas establecido por la Constitución de Ecuador, goza de particularidades que posibilitarán la validez jurídica de las normas.

Se debe mencionar también, esta pirámide o determinación por escalas de las distintas normas del país no únicamente que está garantizando la correcta existencia del ordenamiento jurídico del Ecuador, sino que además como deber primordial, respalda la manifestación democrática que se esconde detrás de cada uno de los actos jurídicos que se han enlistado en el art. 425. De esta manera; en primer lugar se protege, a la participación democrática en rescate y tutela del principio democrático que la Constitución admite como manifestación máxima del poder soberano de la población; luego, garantiza la intervención social que existe en la norma creada por el legislador como un eficiente mecanismo de democracia representativa con participación de los distintos sectores de la sociedad; posteriormente, tutela la voluntad general de grupos colegiados y participación regional de la población a través de las normas categorizadas como regionales; y finalmente, en la base de la pirámide, ubica a aquellos actos normativos que no son expresión de voluntad general careciendo de esta forma de participación amplia de la sociedad, así: los reglamentos, decretos, acuerdos y resoluciones.

El caso ecuatoriano se singulariza por quienes han manifestado que la pirámide de Kelsen ha perdido razón de ser y espacio en el sistema. Bajo el criterio de la complejidad y sobrepoblación normativa que existe en el país han reposado las mayores justificaciones a esta posición.

Albán Zambonino manifiesta que en Ecuador, bajo el advenimiento de un sistema neoconstitucionalista, se debería calificar de fuentes de tipo no formal a las provenientes del poder estatal<sup>170</sup>.

La base de esta argumentación se asienta y fortalece en especificar que, en el país existen actos normativos y jurídicos que no están detallados en el art. 425 de la Constitución, estos son: Mandatos Constituyentes; el bloque de constitucionalidad; precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y los de la Corte Nacional de Justicia; la facultad de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de dictar su derecho propio<sup>171</sup>; decisiones de la justicia indígena<sup>172</sup>; y finalmente, las sentencias modulativas realizadas por la Corte Constitucional.

Entonces bajo estas directrices analíticas se puede sostener que el sistema de fuentes de derecho en el Ecuador no es un paquete cerrado, sino que debe permanecer abierto y sin limitaciones, pues las características y nueva normatividad que integra el ordenamiento jurídico nace de autorizaciones que son provenientes de la propia Constitución vigente, hecho que constituye por cierto un fenómeno jurídico actual en las distintas ramas del derecho<sup>173</sup>.

Sin embargo, hay que tener presente que no se puede excluir en su totalidad el valor y razón de ser de la metáfora kelseniana, la pirámide es un principio orientador de la sistematización, unidad y validez de todo el sistema jurídico del país. La razón de ser de la

---

<sup>170</sup> Marco Albán Zambonino, “El desbordamiento de las fuentes del Derecho tributario”, en *Tópicos contemporáneos de Derecho Tributario*, Marco Albán y César Montaña Galarza, coordinadores, (Quito: Cevallos, 2013), 18.

<sup>171</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, art. 57.10.

<sup>172</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, art. 171.

<sup>173</sup> Albán Zambonino, “El desbordamiento de las fuentes del Derecho tributario”, 23.

pirámide conforma entendimiento y actuación correcta de los distintos operadores jurídicos y administrativos del Estado, incluso, nutre a la seguridad jurídica conceptualizada en la Constitución de Ecuador como: la aplicación correcta de normas jurídicas<sup>174</sup>, que además ha dejado de ser únicamente un principio y se ha convertido en un derecho que como tal demanda la interpretación integral de la Constitución en su obligatorio cumplimiento.

Así, pese a que los sistemas jurídicos se encuentran en la actualidad gobernados por un alto índice de *complejidad* no puede descartarse los elementos orientadores que permitan hablar de una supremacía constitucional y altos niveles de respeto jurídico que las normas han de mantener para la correcta eficacia y validez. La Corte Constitucional del Ecuador en la resolución 001-08-SI-CC determina además, las claras consecuencias jurídicas que supone ver a la Constitución como norma, manifestando que se amerita en tal virtud de una interpretación integral para la construcción jurídica del Estado<sup>175</sup>.

Si se cree por un momento que la teoría final ha triunfado, la pirámide no debe existir porque las fuentes han desbordado, ¿cuál será entonces la supremacía guía a seguir para no afectar derechos, libertades, principio democrático y otras características que se han logrado por años de luchas, avances y reconocimientos en los estados?

Hay que dejar claro que, la metáfora de la pirámide de Kelsen, como toda institución o doctrina jurídica puede verse aminorada en un momento determinado conforme a las realidades específicas de un país, empero, el debilitamiento no es extinción absoluta, sino el acercamiento a la incorporación de soluciones y apertura hacia su entender, pues, caso contrario sería sencillo lograr un caos mayor y vacíos al accionar jurídico del país con la crítica a cada institución jurídica.

Se tiene que insistir en que el orden jerárquico de las normas no solo garantiza la operatividad y coherencia normativa, sino el respeto y tutela al principio democrático de la

---

<sup>174</sup> Constitución de la República de Ecuador, art. 82.

<sup>175</sup> Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, resolución 001-08-SI-CC (Quito, 2 de diciembre de 2008).

participación social, en donde las normas como expresión de voluntad general, sean superiores a las que provienen de un acto unilateral, autónomo, segmentado y vacío de participación.

Por esto, el deber será en buscar fórmulas para la correcta vigencia del orden jerárquico de las normas y no criticar simplemente su existencia hacia la destrucción de la teoría, pues, sería actuar de forma irresponsable con la democracia y seguridad jurídica.

En todo caso, el sistema ecuatoriano determina que en caso de conflicto entre normas, será la Corte Constitucional la que tenga la última palabra para determinar la correcta aplicación de ellas.

## **2.2. El principio de reserva de ley y la potestad reglamentaria.-**

En distintos momentos del presente trabajo se ha mencionado que el reglamento no puede violentar a la ley así como tampoco atentar contra el dominio legal o reserva de ley, ahí la justificación en la examinación de este tema.

### **2.2.1. La reserva legal y su definición.-**

La reserva de ley supone la existencia de preceptos de tipo constitucional que señalan el requerimiento de una ley como única posibilidad reguladora de específicas materias, por consiguiente, exclusivamente con la existencia del acto legislativo de creación legal se puede normar cuestiones que la constitución determine que así tengan origen.

En la historia jurídica, el mayor cuestionamiento que existió fue respecto a ¿quién o quienes son los funcionarios u órganos competentes para limitar, ampliar o simplemente tocar materias de derechos, deberes y garantías de las personas?, la respuesta no solo que trajo el debilitamiento de estructuras estatales y el paso de monopolios de poder a la debida división de éste; sino que además, aportó consigo: instituciones, principios, delimitaciones y consideraciones de tipo jurídico político que hasta la actualidad tienen vigencia y discusión.

Por ello, contestar a la pregunta planteada ha sido una cuestión condicionada a entender que el competente para ese fin siempre será el que procure un espacio de mayor participación y

representación de los estamentos sociales en el sistema; luego, precisamente la función legislativa es la que impone legitimidad y constituye una sede político democrática activa, permanente y real<sup>176</sup>.

En la función legislativa existe un proceso de formación de la ley que por su naturaleza convoca al requerimiento de análisis, interrogantes, debate y participación que hace brotar certeza y legitimidad demandada por los ciudadanos que ostentan una posición de desventaja frente al amplio poder constituido.

Cuando de manera inicial en este trabajo se tradujo las necesidades de imponer al poder frenos formales y materiales suficientes para garantizar los derechos de las personas integrantes del estado, se lo hizo, precisamente con la intención de llegar a evidenciar la relación de estos conceptos con lo que aquí se está analizando. Pues, el concepto de reserva de ley se ha de circunscribir al contexto constitucional y visión de un estado, en donde prime las limitaciones hacia los poderes de turno como un escudo de la sociedad, o mejor dicho, como una efectivo control y balance al ejercicio del poder.

El origen de la reserva legal data con sus primeros rastros en la Revolución Francesa, el art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano determina que únicamente por ley se puede limitar las libertades de los ciudadanos<sup>177</sup>, reconocimiento que también lo hace el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>178</sup>.

Lo correcto será entonces entender a la reserva de ley conforme lo señala Luis Villacorta, como las regulaciones que conciernen material y exclusivamente al parlamento de un estado<sup>179</sup>.

La reserva legal es una garantía normativa, aunque se la definirá como una más de tipo jurídico, hacia el respeto de los derechos fundamentales del ser humano, misma que el

---

<sup>176</sup> Fernnandois Vöhringer, “La reserva legal: una garantía que desaparece”, 294.

<sup>177</sup> *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (20 de junio de 1789).

<sup>178</sup> Organización de los Estados Americanos OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto San José”*. Aprobada en San José de Costa Rica, (22 de noviembre de 1969).

<sup>179</sup> Luis Villacorta Mancebo, “Reserva de ley y Constitución”, (Madrid, España: Libros Dykinson, 1994).



constituyente la generó para la regulación y defensa de las personas en razón de las intervenciones seguidas y frecuentes del gobernante, pues entonces, con la vigencia de la reserva legal el gobernante solo podrá desempeñar sus funciones en el marco autorizado constitucionalmente y en respeto al ejercicio participativo del legislador. Consecuentemente, la ley regulará una materia de tipo reservado a su naturaleza<sup>180</sup>.

### **2.2.2. Justificación a la existencia de reserva legal.-**

La razón de su existencia radica en la generación de una acentuada división de funciones entre el ejecutivo y legislativo a fin de marcar específicamente por medio de este principio, la prohibición de que el ejecutivo discipline materias llamadas a ser desarrolladas por el legislador y que, no pueden estar sujetas a la producción de decretos o reglamentos por parte del Presidente de la República a fin de no atentar a los derechos individuales, la participación, democracia y legitimación<sup>181</sup>.

De igual forma, se ha definido que se busca generar con este principio, un máximo respeto del Legislativo a las materias que la Constitución le autoriza para su posterior regulación, pues, éstas serán respecto de intereses colectivos nacionales o sectoriales sin suponer apego a beneficios de carácter particular. Es decir, su justificación se encuentra en una doble dimensión que engloba en dinámica al Ejecutivo y también al Legislativo, sin apartarse del reconocimiento de los derechos de los individuos.

En la actualidad, la reserva legal es un principio de trascendental importancia que posibilita valorar la constitucionalidad y legalidad de los actos emanados por la administración central, en especial del reglamento ejecutivo, pues, para entender los límites que éste debe

---

<sup>180</sup> Manuel Rebollo Puig, “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno”, en *Revista de Administración Pública*, nro. 125, (mayo agosto de 1991): 146.

<sup>181</sup> Rebollo Puig, “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno”, 125

abarcar y su máxima regulación permitida es preciso contar con la observancia de la reserva de ley de un sistema jurídico<sup>182</sup>.

La reserva legal propone además justificaciones de tipo democrático y garantista. En primer orden, se establece la particularidad de bordear principios básicos como la división de funciones y participación social; además, la razón de asegurar que la ley ha surgido para garantizar el bien común de las sociedades que pretende avalar los derechos y libertades de los individuos; así mismo, permitir que la ley sea la máxima forma de expresión soberana, criterio, que, se fortalece al analizar todo el proceso legislativo y los planteamientos discutidos en relación a ello, pues, la ley poseería una legitimidad amplia y transparente. Ratificando esta última parte, Rubio Llorente presenta su estudio en el sentido que la protección de la libertad solo puede ser realizada por los legisladores en el acatamiento de un riguroso procedimiento público y contradictorio<sup>183</sup>.

Entonces, el principio de reserva de ley guarda una razón de ser como garantía a la división de funciones del único poder estatal, además, concibe una afirmación a los derechos, libertades y bien común de los individuos buscando el respecto a la voluntad soberana base del principio democrático que debe imperar.

Apoyando a lo que se manifiesta, José Victorino Lastarria establece que el presidente de un estado no puede ejercer otra autoridad que la que le compete como administrador del país y ejecutor de las leyes para su correcta aplicación<sup>184</sup>.

### **2.2.3. Clases de reserva legal.-**

El entendimiento de la reserva de ley debe basarse indiscutiblemente en un análisis realizado en torno a su intensidad y formas que determina para la comprensión en el

---

<sup>182</sup> Eduardo Melero Alonso, “El concepto de reglamento en nuestra Constitución desde una comprensión paradigmática del derecho”, en *Cuadernos Constitucional de la Daté dra Fadrique Furió Ceriol*, nro. 38/39, (2002): 195.

<sup>183</sup> En, Arturo Fernandois Vöhringer, “La reserva legal: una garantía que desaparece”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 nro. 2, (2001): 294.

<sup>184</sup> José Victorino Lastarria, “Estudios Políticos y Constitucionales”, vol. I., (Santiago de Chile: Imprenta y Encuadernación Barcelona, 1949), 298.

ordenamiento jurídico. En este sentido, Alejandro Nieto propone una categorización de la reserva de legal<sup>185</sup>.

### **1. Reserva de ley por el rango:**

Dentro del proceso legislativo existen distintos modos para la formación de la ley que atañen a dos consideraciones: su jerarquía normativa y construcción jurídica; en consecuencia las materias determinadas por la constitución y la ley establecerán la jerarquía legal dentro del ordenamiento jurídico interno que se necesita para la consecuente aprobación y calificación de ésta.

Se han establecido entonces reservas de tipo orgánico y ordinario, ambas provenientes de las iniciativas legislativas ya abordadas en el capítulo primero, estas leyes tienen procesos de participación, debate, discusión y formación propios.

### **2. Reserva de ley por su naturaleza:**

Cuando hablamos de la naturaleza habrá que referirse a la clasificación que nace entre reserva material y reserva formal.

La reserva material es la que versa sobre factores sociales, económicos, culturales, religiosos y políticos que atañen a una sociedad específica. Son también conocidas con el nombre de fuentes primarias, o como se dejó ya explicado con anterioridad, son las causas fácticas que dan nacimiento a las normas; es decir, las que llegan a constituir derecho en un momento determinado. Es así que, las leyes materiales serían todas las emanadas de autoridad competente y que goza de obligatoriedad de cumplimiento, pues es una norma de ámbito general y efectos jurídicos generales.

Por su parte, las leyes formales son las que implican mecanismos que permitan la producción de normas jurídicas o medio para que se realicen; verbigracia, la manifestación de

---

<sup>185</sup> Alejandro Nieto, “Derecho Administrativo Sancionador”, (Madrid: Tecnos, 2012), 218.

voluntad individual o colectiva que permita enmarcar su existencia en una suerte de realidad formal.

### **3. Reserva de ley por la materia que aborda:**

Relativa al campo que aborda la ley, es decir, por la limitación de la materia de tratamiento que se realice.

García Pino establece que, la diferenciación se ha de explicar básicamente entre aquellas reservas de materia de derechos constitucionales, y otras sobre normas organizacionales de la constitución<sup>186</sup>.

### **4. Reserva de ley por la intensidad que configura:**

Al referirse a la intensidad de la reserva, el análisis se encasillará en la interpretación jurídica que sobre ella se pueda realizar mas no en el desempeño autónomo de la reserva misma. Es decir, la medición del tipo de reserva planteada en este apartado dependerá directamente de la redacción constitucional.

En efecto, las fórmulas lingüísticas usadas en la constitución determinarán consecuencias importantes en materia de la reserva de ley. Pues, una reserva puede llegar a ser más, o menos intensa; absoluta o relativa; poderosa o débil; fuerte o frágil; extensiva o restrictiva, según la norma constitucional.

La reserva de ley de tipo absoluto, es también llamada por el autor Enrique Petar Rajevic Mosler como una reserva extensiva; en la que se debe procurar el desarrollo de materias caracterizadas como reservas exclusivas para la legislación, es decir, que la ley realice un amplio desarrollo de las temáticas específicamente reservadas a ésta, dejando por consiguiente al reglamento creado por el ejecutivo, únicamente un sitio de ejecución a la ley, mismo que no supone incorporar regulaciones o restricciones nuevas frente a las que la ley ha desarrollado<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> *Ibíd.*

<sup>187</sup> Enrique Petar Rajevic Mosler, "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 nro. I, (1996): 33.

El autor Rajevic Mosler<sup>188</sup> crítica el ejercicio reglamentario de la administración central que: “(...) ha invadido el dominio legal, a veces, a instancias tales que *el legislador se remite al reglamento para la regulación de materias que la constitución incluyó reserva de ley (...)*”<sup>189</sup>. (cursivas son del autor). Manifestándose así las claras posiciones tendientes a reivindicar el valor de un reglamento ajustado y coherente con las limitaciones constitucionales y legales.

Y es que precisamente, la reserva legal absoluta tiene razón en cuanto limita el campo de acción del administrador público, pues, éste estaría excluido de la potestad para regular particularidades que la Constitución estableció que únicamente pueden ser realizadas por vía legal.

La reserva de ley relativa, implica la no taxatividad de las materias que deben ser reguladas por ley, sino que deja un campo abierto para que pueda ser vía legal o incluso por otra forma su regulación, espacio que sería ocupado por la potestad reglamentaria. Por ello se sostiene que hablar de una reserva legal de tipo relativo sería dotarle al reglamento de una fortaleza mayor para la regulación.

A esta distinción se suman criterios que señalan que la reserva relativa es un intento desesperado por lograr que el único instrumento jurídico productor de efectos jurídicos sea el reglamento; y, en consecuencia al crearse la ley imperiosamente se estaría forjando una invitación directa a la vigencia de un reglamento, lo que a criterio de Fernandois Vohringer se trataría de una convocatoria inequívoca a la potestad reglamentaria<sup>190</sup>.

Reyes Riveros manifiesta que el administrador debe ejercer la potestad de ejecución a la ley, detallarla y completarla para solo así velar por la real presencia de garantías constitucionales<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> *Ibíd.*

<sup>189</sup> *Ibíd.*

<sup>190</sup> Arturo Fernandois Vohringer, “La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 nro. 2, (2001): 294.

<sup>191</sup> Jorge Reyes Riveros, “El Estado como Regulador, mediante ley, del ejercicio de los Derechos Fundamentales y de Controlador de dicha normativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 nro. 1, (1993): 60 -91.

#### **2.2.4. La reserva Legal como una garantía individual.-**

Se ha mostrado al lector en el capítulo anterior, la multiplicidad de razones que entregan fortaleza a entender a la función legislativa como un espacio de discusión ideológica, sectorial, de minorías y mayorías, de participación social que desarrolla así legitimación y visión democrática en la creación legal.

No se puede caer en una reproducción total de lo antes dicho y mostrar nuevamente los diferentes momentos de participación social que procura la legislación parlamentaria y su integración por fuerzas sociales de la población; sin embargo, teniendo en cuenta todo lo que se ha expresado hay que analizar a la reserva legal como una garantía de tipo individual.

La libertad es uno de los máximos Derechos Humanos que se constituye en sustento para el ejercicio de otros derechos; así, su vigencia y efectivo goce, entre otros factores, dependerá ineludiblemente del correcto y debido accionar de la administración pública y el reconocimiento constitucional que sobre ella se haga, es decir, que no esté la libertad condicionada a criterios de orden público abierto, buen vivir, bienestar común o correcta marcha de la administración, que supongan consecuentemente, manifestaciones unilaterales provenientes de la autoridad.

Por ello, la garantía individual que la reserva legal propone es asegurar a los individuos que; bajo el respeto a la Carta Fundamental, reserva de ley configurada y consecuente respeto de la organización estatal; únicamente la ley sea la competente para limitar la libertad de las personas y no por vía de un acto administrativo o normativo de voluntad individual se lo haga, entendiendo de esta manera que debe estar distante la posibilidad sola, que un ejercicio reglamentario menoscabe o introduzca situaciones desfavorables a los derechos y libertades de las personas.

Para clarificar lo mencionado Fertnandois<sup>192</sup> cita en su obra a Bascuñán Rodríguez quien señala que en un Estado de tipo democrático siempre de manera razonable se ha de establecer que el órgano más *pluralmente representado* de la voluntad popular disponga de posibilidades de normar sobre derechos de tipo fundamental.

El reglamento ejecutivo, como se ha venido tratando, por su naturaleza y origen, parte de una visión y esencia distinta a la pluralidad representativa del carácter general, es decir, es un acto normativo que proviene de una voluntad unipersonal, que por supuesto es representante popular, pero que no implica la coexistencia de ideologías, posiciones, tendencias o visiones, sino más bien, una secuela de carácter jurídico con un inicio poco transparente, por llamarlo así, en razón del escaso o inexistente debate y publicidad para la formación del acto, pudiendo afectarse entonces: al principio democrático y derechos fundamentales.

#### **2.2.5. Reserva legal en la Constitución de Ecuador.-**

Lo visto, entrega un panorama claro para ingresar en el tratamiento del caso ecuatoriano.

El primer parámetro para hablar de reserva legal en el Ecuador se ubica en el art. 132 de la Constitución que expresamente señala: “ (...) *se requerirá de ley en los siguientes casos: (...)*”<sup>193</sup>, es decir manifiesta los enunciados que deberán ser reglados por ley, mientras que para todo lo demás bastará con resoluciones o acuerdos que provengan de autoridad competente.

El artículo constitucional mencionado dice:

“La Asamblea Nacional aprobará como leyes las *normas generales de interés común*. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. *Se requerirá de ley en los siguientes casos:*

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

---

<sup>192</sup> Fertnandois Vöhringer, “La reserva legal: una garantía que desaparece”, 294.

<sup>193</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, art. 132.

2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.
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.”. (cursivas son del autor).

Además, el art. 133 de la Constitución de Ecuador determina cuáles son leyes orgánicas también señalando por materia, las que requerirán actuación del legislador, constituyéndose entonces una reserva legal de esta manera:

“Las leyes serán orgánicas y ordinarias. *Serán leyes orgánicas:*

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros



de la Asamblea Nacional. Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.”. (cursivas son del autor).

Con estos artículos se deja establecida una reserva legal taxativa, que bajo el principio de restricción, especifica que todo lo relativo a materia de derechos y garantías constitucionales son de exclusiva competencia de la Asamblea Nacional. En un Estado democrático y constitucional de derechos y justicia no podría realizarlo otro órgano o funcionario, ni incluso aquel que distraiga con carga discursiva.

También se puede observar que la Constitución de Ecuador en otros artículos crea reservas de dominio legal cuando remite a la ley su tratamiento, condiciones o limitación. En la Carta Fundamental encontramos estas remisiones legales en las siguientes materias: símbolos patrios e idiomas ancestrales<sup>194</sup>; regulación del matrimonio o unión de hecho<sup>195</sup>; reservas de información<sup>196</sup>; contenidos de los medios de comunicación<sup>197</sup>; participación social<sup>198</sup>; derecho de asilo y refugio<sup>199</sup>; participación política<sup>200</sup>; defensa del consumidor<sup>201</sup>; consulta previa<sup>202</sup>; participación y territorio no militar en pueblos indígenas<sup>203</sup>; circunscripciones territoriales de pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios<sup>204</sup>; restricciones a la libertad<sup>205</sup>; obligaciones de los ecuatorianos<sup>206</sup>; garantías jurisdiccionales<sup>207</sup>; organización de partidos políticos<sup>208</sup>; incapacidad para gobernar del Presidente de la República<sup>209</sup>; indultos, rebaja y

---

<sup>194</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, art. 2.

<sup>195</sup> *Ibíd.*, art. 8.4.

<sup>196</sup> *Ibíd.*, art. 18.2.

<sup>197</sup> *Ibíd.*, art. 19.

<sup>198</sup> *Ibíd.*, art. 23.

<sup>199</sup> *Ibíd.*, art. 41.

<sup>200</sup> *Ibíd.*, art. 48.4.

<sup>201</sup> *Ibíd.*, art. 52.

<sup>202</sup> *Ibíd.*, art. 57.7.

<sup>203</sup> *Ibíd.*, art. 57. 16 y 57.20

<sup>204</sup> *Ibíd.*, art. 60.

<sup>205</sup> *Ibíd.*, arts. 66.17, 66.18, 66.19, 66.21, 66.22.

<sup>206</sup> *Ibíd.*, art. 83.

<sup>207</sup> *Ibíd.*, arts. 91, 92.

<sup>208</sup> *Ibíd.*, art. 109.

<sup>209</sup> *Ibíd.*, art. 145. 4.

conmutación de penas por parte del Ejecutivo<sup>210</sup>; definición de niveles jerárquicos superiores de la administración central<sup>211</sup>; atribuciones de los Ministros de Estado<sup>212</sup>; Fuerzas Armadas<sup>213</sup>; mecanismos de cooperación entre justicia ordinaria e indígena<sup>214</sup>; órgano rector en materia de recursos humanos en el sector público<sup>215</sup>; buen vivir<sup>216</sup>; fondo nacional de tierras<sup>217</sup>; economía popular y solidaria<sup>218</sup>; concesión de garantías de deuda<sup>219</sup>; manejo de recursos públicos<sup>220</sup>; política monetaria<sup>221</sup>; sistema financiero<sup>222</sup>; control a empresas públicas<sup>223</sup>; sectores estratégicos<sup>224</sup>; propiedad intelectual<sup>225</sup>; expropiación<sup>226</sup>; materia laboral<sup>227</sup>; competitividad<sup>228</sup>; educación superior<sup>229</sup>; y, patrimonio<sup>230</sup>. Además, existe también en la misma Constitución exigencia de ley en las disposiciones transitorias de ésta<sup>231</sup>.

Es entonces, como se deja demostrado que en Ecuador se hace un reconocimiento importante a la reserva legal, limitando consecuentemente el campo de actuación de cualquier otro órgano del Estado en la regulación las materias enlistadas.

Esta realidad constitucional obedece directamente a una reserva legal de tipo absoluto establecida en la Carta Fundamental, que tiene sustancia en la relación que se ha expresado ya, defensa al: principio democrático, Estado Constitucional, teoría democrática incorporada en la

---

<sup>210</sup> *Ibíd.*, art. 147. 18.

<sup>211</sup> *Ibíd.*, art. 153.

<sup>212</sup> *Ibíd.*, art. 154.

<sup>213</sup> *Ibíd.*, arts. 160 – 162.

<sup>214</sup> *Ibíd.*, art. 171.

<sup>215</sup> *Ibíd.*, art. 229.

<sup>216</sup> *Ibíd.*, art. 277.

<sup>217</sup> *Ibíd.*, art. 282.

<sup>218</sup> *Ibíd.*, art. 283.

<sup>219</sup> *Ibíd.*, art. 290.8.

<sup>220</sup> *Ibíd.*, art. 299.

<sup>221</sup> *Ibíd.*, art. 303.

<sup>222</sup> *Ibíd.*, art. 308.

<sup>223</sup> *Ibíd.*, art. 315.

<sup>224</sup> *Ibíd.*, art. 316.

<sup>225</sup> *Ibíd.*, art. 322.

<sup>226</sup> *Ibíd.*, art. 323.

<sup>227</sup> *Ibíd.*, art. 326.

<sup>228</sup> *Ibíd.*, art. 336.

<sup>229</sup> *Ibíd.*, art. 354.

<sup>230</sup> *Ibíd.*, art. 379.

<sup>231</sup> *Ibíd.*, Véase disposiciones transitorias.

Constitución y correcto uso de las atribuciones de la potestad reglamentaria.

Así, los límites han sido marcados en Ecuador de manera clara respecto del ejercicio reglamentario por parte del Ejecutivo, mismo que como se ha mencionado, será sumiso a la ley y consecuente con el principio democrático, reserva de ley, participación social, orden jerárquico de las normas y seguridad jurídica; para solo así lograr no afección a la Constitución de la República de Ecuador.

### **2.3. Desarrollo reglamentario y control constitucional en Ecuador.-**

Como se ha mencionado en diferentes momentos del presente desarrollo, la potestad reglamentaria del ejecutivo, su configuración y particularidades del ejercicio no únicamente se las puede analizar desde los estudios doctrinarios y la prescripción normativa; sino que, será fundamental el investigar y cuestionar la praxis desarrollada por el Presidente de la República y así, la existente, escasa o nula conexión con los principios y características doctrinarias y normativas presentadas en esta investigación.

De igual manera, constituye un inminente deber revisar la posición que la Corte Constitucional del Ecuador tiene respecto de la facultad reglamentaria del Ejecutivo, visión que clarificará la dimensión contextual de la realidad jurídica del Estado.

Se incorporarán distintos textos legales y reglamentarios en sus partes pertinentes para así obtener conclusiones sobre la práctica jurídico política en el Ecuador. Hay que decir también que, los textos normativos a presentarse en este trabajo son normas vigentes a la fecha, a fin de hacer del presente, un estudio actualizado y lejano a lo anacrónico, sin que suponga en consecuencia, un cuestionamiento o direccionamiento hacia un gobierno específico, mas, no deja de ser paralelamente un interesante momento de examen hacia la praxis del gobierno actual del Ecuador que ha venido proponiendo una *reestructuración* de la forma de hacer política y administrar el Estado en el contexto de un *cambio de época*.

Se mostrarán partes pertinentes de cuerpos legales y reglamentarios que serán contundentes para los fines deseados en este examen a realizar, impidiéndose la incorporación de éstos en su integridad por la extensión de la presente investigación.

### **2.3.1. Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización.-**

La ley de Naturalización vigente en el Ecuador data del 2 de abril de 1976<sup>232</sup>. En la parte pertinente mencionado cuerpo normativo señala, respecto de los requisitos para otorgar carta de naturalización:

*“De la Naturalización de Extranjeros:*

**Art. 4.-** *Para solicitar* la Carta de Naturalización se requiere:

1. Ser legalmente capaz, conforme a las leyes ecuatorianas;
2. Poseer patrimonio, industria, profesión u oficio lícitos que le permitan vivir independientemente;
3. *Haber residido ininterrumpidamente en el país durante tres años por lo menos, a partir de la fecha de expedición de la cédula de identidad ecuatoriana.*  
Este requisito no se exigirá a las mujeres extranjeras casadas con ecuatorianos o viudas de ecuatorianos.

En el caso de extranjeros casados con mujeres ecuatorianas o que tengan uno o más hijos nacidos en el territorio nacional, el plazo de residencia se reducirá a dos años;

4. Haber observado durante su domicilio en el país, buena conducta
5. Hablar y escribir el idioma castellano; y,
6. Tener conocimientos generales de Historia y Geografía del Ecuador; así como de la Constitución Política de la República, vigente a la fecha de presentación de la solicitud de naturalización. (...).” (cursivas son del autor).

---

<sup>232</sup> Ecuador, *Ley de Naturalización de Ecuador, Decreto supremo nro. 276*, en *Registro Oficial del Ecuador nro. 66* (Quito, 14 de abril de 1976).

El Presidente de la República, en el año 2012, realiza el Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización, sorprendentemente agregando, que es un reglamento *para el otorgamiento de cartas de naturalización por servicios relevantes*<sup>233</sup>.

En su parte pertinente señala:

“(...) **Art. 1.-** Objeto.- El presente reglamento tiene por objeto establecer los requisitos y el procedimiento para el *otorgamiento de cartas de naturalización por servicios relevantes*.

**Art. 2.-** Solicitantes.- Podrán solicitar la carta de naturalización por servicios relevantes todos los ciudadanos extranjeros que por sus actuaciones, ocupación o por las labores que realizan aportan significativamente con sus conocimientos, virtudes y esfuerzos a la sociedad y por tanto constituyan un ejemplo digno a seguir.

**Art. 3.-** Requisitos.- *Para el otorgamiento* de la carta de naturalización por servicios relevantes, el solicitante deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Ser legalmente capaz.
2. *Residir en el país durante al menos 2 años y de forma ininterrumpida.*
- 3 Probar una conducta intachable. (...)”. (cursivas son del autor).

La Ley de Naturalización que es una norma antigua de 1976 fue realizada en época de dictadura militar que vivió el Ecuador. El Ejecutivo de aquel entonces, realizó el respectivo Reglamento de aplicación a esta Ley<sup>234</sup>. Este Reglamento, expedido para la aplicación de la

---

<sup>233</sup> Ecuador, Presidente de la República, *Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización para el otorgamiento de cartas de naturalización por servicios relevantes*, en *Registro Oficial de Ecuador* nro. 648 (Quito, del 27 de febrero de 2012).

<sup>234</sup> Ecuador, *Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización de Ecuador*, en *Registro Oficial de Ecuador* nro. 276 (14 de abril de 1976).

Ley<sup>235</sup> contiene regulaciones enmarcadas en el tenor legal y se encuentran vigentes, siendo entonces, un debido reglamento de ejecución; a este cuerpo normativo no se lo ha adjuntado en el presente estudio por cuanto el análisis se lo dirigirá hacia un nuevo Reglamento expedido en el año 2012 que ha sido presentado al lector y dice, ser para el otorgamiento de carta de naturalización por servicios de tipo relevante<sup>236</sup>.

Ahora bien, la Ley de Naturalización en cuestión, no hace consideración alguna respecto del otorgamiento de cartas de naturalización *por servicios relevantes prestados al Ecuador*, incluso, es tan amplia su regulación y generalidad con la que trata la materia de su existencia que determina la capacidad del Estado ecuatoriano para que en uso de la soberanía y discrecionalidad defina el otorgamiento de naturalización a quien solicite.

Sumado a ello, la Ley de Naturalización vigente, tiene, en misma calidad de validez un Reglamento para su correcta aplicación que fue expedido en razón de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Sin embargo, en el año 2012, el Presidente de la República hace un nuevo Reglamento que no es precisamente de ejecución a la Ley.

En efecto, el nuevo Reglamento de creación del Ejecutivo configura una situación no prevista por la Ley vigente, la de los extranjeros que han prestado servicios de tipo relevante al Ecuador; y va más allá, atropellando directamente a la Ley principal regulatoria de la materia al determinar que para el otorgamiento de este tipo de cartas de naturalización se necesita la permanencia ininterrumpida de dos años en el país, cuando la Ley en su art. 4 señala la presencia de tres años ininterrumpidos en el Ecuador.

Así, es éste un caso de violación reglamentaria a la Ley, pues, excede el Presidente de la República los límites que el reglamento debe cumplir para su correcta validez y no afección al

---

<sup>235</sup> *Ibíd.*

<sup>236</sup> Presidente de la República, *Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización para el otorgamiento de cartas de naturalización por servicios relevantes.*

ordenamiento jurídico y principio democrático en el Ecuador conforme se ha dejado en este trabajo sentado.

A razón de ello, entonces, se sostendrá que el nuevo Reglamento desarrollado por el Ejecutivo sería uno propio a los reglamentos autónomos o independientes, pues, al regular una situación no prevista por la Ley y establecer consiguientemente condiciones propias distantes a las que la Ley señaló, la intención autónoma regulativa se hace presente.

Luego, en el primer caso, un Reglamento que ha rebasado sus límites regulativos, la antijuridicidad que contraviene a la Ley y Constitución de Ecuador opera, por cuanto no se ha respetado los límites reglamentarios para la correcta aplicación de las leyes sin contravenirlas ni alterarlas; y en el segundo hipotético, el Presidente creó un Reglamento de tipo autónomo, la inconstitucionalidad es notoria por cuanto no existe autorización conforme lo analizado, para el desarrollo de este tipo de reglamentos en el Ecuador.

### **2.3.2. Reglamento Ejecutivo a la Ley de Educación Intercultural.-**

La Ley Orgánica de Educación Intercultural que se encuentra vigente<sup>237</sup>, respecto del traslado, como la capacidad de la autoridad competente para determinar el cambio de lugar de trabajo de un docente, establece requisitos y causas para que sea solicitado. El art. 98, en su sección correspondiente dice:

“ Traslado.- Es el cambio dentro del territorio nacional de un docente de un lugar o puesto de trabajo a otro, dentro de cada nivel, especialización y modalidad del sistema, que no implique cambio de escalafón.

*Podrán solicitar un traslado en sus funciones:*

1. Los docentes que hayan laborado al menos dos años lectivos completos en un mismo establecimiento educativo:

---

<sup>237</sup> Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Educación Intercultural*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 417* (Quito, 31 de marzo de 2011).

2. Los docentes que deben vivir cerca de un centro de salud por necesidad de atención médica especializada o por discapacidad propios, o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad, que dependa económicamente de él o de su cónyuge o conviviente;
3. Los docentes que requieran cambiar de lugar de trabajo por amenaza, debidamente comprobada, a su integridad física; y,
4. Las docentes jefas de familia con hijos o hijas de 0 a 5 años de edad.

*Los docentes habilitados para solicitar traslado lo harán de manera expresa y podrán ingresar al registro de candidatos elegibles para llenar la vacante de su interés.*

*Todos los traslados deberán cumplir los requisitos establecidos en la presente Ley. En caso de exceso docente se podrá aplicar la reubicación de la partida dentro del mismo distrito previo análisis y justificación técnica del área de planificación de la correspondiente coordinación distrital.”.*

(cursivas son del autor).

Haciendo uso de la potestad reglamentaria, el Presidente de la República crea el Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural<sup>238</sup>, mismo que en su art. 299 reformado, respecto del traslado, señala:

“Traslado es el cambio de un docente de un lugar o puesto de trabajo a otro dentro del territorio nacional, dentro de cada nivel, especialización y modalidad del sistema, que no implique cambio en el escalafón. Podrán solicitar un traslado en sus funciones los docentes que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 98 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

---

<sup>238</sup> Ecuador, Presidente de la República, *Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 754* (Quito 26 de julio de 2012). Con reformas, *Registro Oficial nro. 286* (Quito, 10 de julio de 2014).



*Los docentes habilitados para solicitar traslado deben participar y ganar en el respectivo concurso para llenar una vacante, con excepción de los docentes que se encuentren dentro del traslado por bienestar social que se detalla en este Reglamento (...)*. (cursivas son del autor).

Se desprende que la Ley en cuestión permite al docente solicitar el traslado a la autoridad competente a fin de ser reubicado en una nueva institución dentro del territorio nacional, para este objeto, el solicitante deberá estar habilitado conforme las causales expresas del art. 98 de la Ley y cumplir con los requisitos que la Ley manda. Sostiene también la Ley que, una vez habilitado el traslado, de forma directa, automática, por ipso iure, el solicitante integrará un registro de candidatos elegibles para llenar la vacante de su interés; es decir, sin más, por el cumplimiento de los requisitos legales y las causales para la solicitud de traslado el docente podrá conformar la lista de vacantes.

Sin embargo, pese a la claridad de la norma legal, el Reglamento a la Ley realizado por el Ejecutivo, determina que: “(...) los docentes habilitados para solicitar el traslado *deben participar y ganar en el respectivo concurso para llenar una vacante, con excepción de los docentes que se encuentren dentro del traslado por bienestar social (...)*”. (cursivas son del autor).

Es decir, el Reglamento instauraría una imprevista exigencia a los docentes, la de participar y ganar un concurso para llenar una vacante, lo que vulnera el mandato expreso de la norma superior que no pide más que el cumplimiento de requisitos de ley y encontrarse en causales de habilitación y que por ese solo hecho pueda el docente integrar una vacante.

Entonces, el Reglamento proveniente del Ejecutivo especifica una condición más para que los docentes que han solicitado traslado puedan integrar una vacante, y es la de ganar un concurso para este fin; cabe mencionar que, no se refiere al concurso constitucional de oposición y méritos, pues, los docentes no han perdido su calidad como tales y no deben

someterse a un nuevo concurso, se trata simplemente de una reubicación en el sistema educativo, así, el Reglamento, está específicamente estableciendo que el concurso cuestionado será para el traslado de los docentes y no para su ingreso al servicio educativo, afirmando aún más aquello cuando señala que, se excepcionarán aquellos docentes que se encuentren en “ (...) *traslado por bienestar social (...)*”<sup>239</sup> (cursivas son del autor), verbigracia, se refiere la norma analizada al traslado<sup>240</sup>.

El Reglamento emanado por el Presidente determina un nuevo requisito que habilita al docente para ingresar en el registro de elegibles para llenar una vacante, haciendo caso omiso a la exigencia constitucional de no alteración y contravención a la Ley por parte de los reglamentos. No existe entonces un respeto a la Ley, y se genera efectivamente una vulneración al principio *secundum legem* que debe operar en el ejercicio reglamentario del Ejecutivo conforme se ha detallado en esta investigación.

### **2.3.3. Reglamento Ejecutivo a la Ley Orgánica de Educación Superior.-**

La Ley Orgánica de Educación Superior<sup>241</sup> en el art. 83 califica cuándo se debe considerar que un estudiante del sistema de educación superior se encuentra en calidad de regular, señalando:

“*Son estudiantes regulares* de las instituciones del Sistema de Educación Superior quienes previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley, *se encuentren legalmente matriculados.*”. (cursivas son del autor).

El Reglamento a la Ley, aprobado por el Presidente de la República<sup>242</sup>, respecto de la misma definición, en el art. 5 manifiesta:

---

<sup>239</sup> Presidente de la República, *Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural*, art. 299.

<sup>240</sup> *Ibíd.*

<sup>241</sup> Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Educación Superior*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 298* (Quito, 12 de octubre de 2010).

<sup>242</sup> Ecuador, Presidente de la República, *Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 526* (Quito, 2 septiembre de 2011).

“Se entiende por *estudiantes regulares* aquellos estudiantes *que se matriculen en por lo menos el sesenta por ciento de todas las materias o créditos que permite su malla curricular en cada período, ciclo o nivel académico.(...)*”. (cursivas son del autor).

Se puede distinguir que el Reglamento Ejecutivo introduce condiciones y requisitos no previstos en la Ley jerárquica superior para entender la calidad de un estudiante como regular. En efecto, la Ley<sup>243</sup> no ha determinado más requisito que encontrarse legalmente matriculado para ser un estudiante de tipo regular. El Reglamento, extralimitándose y rebasando el tenor legal incorpora condiciones desconocidas para el legislador a fin de calificar a un estudiante como regular, así, introduce: que deberán estar matriculados en por lo menos el sesenta por ciento de todas las materias o créditos de su respectiva malla curricular según el nivel académico que curse el estudiante.

La Ley no determinó otra condición más que la correcta y debida matriculación en la Universidad o Institución Superior para ser considerado estudiante regular, arbitrariamente el Reglamento establece condiciones inexistentes por vía legal que violentan la reserva de ley en materia de Educación Superior<sup>244</sup>, la jerarquía de la Ley y, la atribución del Presidente en no alterar y contravenir a la Ley conforme el art. 147.13 de la Constitución<sup>245</sup>.

Es entonces, una intromisión directa del Ejecutivo en el marco legal, lo que altera al ordenamiento jurídico, división de funciones y principio democrático. La conveniencia o no de la regulación introducida por el Presidente de la República no es materia de este trabajo, pero si se debe manifestar que en caso de que la Ley no reguló, resolvió o previó situaciones que fueron necesarias, la vía constitucional para hacerlo es la reforma legal, mas no, sacrificar la

---

<sup>243</sup> Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Educación Superior*.

<sup>244</sup> *Constitución de la República de Ecuador*, Disposición Transitoria Primera, determina las leyes que deberá en el plazo de máximo trescientos sesenta días crear el Órgano legislativo de Ecuador.

<sup>245</sup> *Constitución de la República de Ecuador*.

democracia y constitucionalidad con la actuación indebida del Ejecutivo en uso de la facultad reglamentaria.

#### **2.3.4. Reglamento Ejecutivo a la Ley Orgánica de Comunicación.-**

La Ley Orgánica de Comunicación realizada por la Función Legislativa<sup>246</sup>, establece en el art. 5 respecto de qué entender como medios de comunicación social:

*“(...) se consideran medios de comunicación social a las empresas, organizaciones públicas, privadas y comunitarias, así como a las personas concesionarias de frecuencias de radio y televisión, que prestan el servicio público de comunicación masiva que usan como herramienta medios impresos o servicios de radio, televisión y audio y vídeo por suscripción, cuyos contenidos pueden ser generados o replicados por el medio de comunicación a través de internet.”.* (cursivas son del autor).

El Reglamento Ejecutivo en su art. 3 determina<sup>247</sup>:

*“(...) son también medios de comunicación aquellos que operen sobre la plataforma de internet, cuya personería jurídica haya sido obtenida en Ecuador y que distribuyan contenidos informativos y de opinión, los cuales tienen los mismos derechos y obligaciones que la Ley Orgánica de Comunicación establece para los medios de comunicación social definidos en el Art. 5 de dicha Ley.”.* (cursivas son del autor).

Consecuentemente, el Reglamento realizado por el Presidente, incorpora a la internet como un medio de comunicación, pese a la existencia de disposición legal que taxativamente

---

<sup>246</sup> Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Comunicación*, en *Registro Oficial Ecuador nro. 22* (Quito, 25 de junio de 2013).

<sup>247</sup> Ecuador, Presidente de la República, *Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación*, en *Registro Oficial Ecuador nro. 170* (Quito, 27 de enero de 2014).

señala cuáles son los medios de comunicación y que en ningún momento determina que la internet lo sea.

En esta dinámica, nuevamente se observa una potestad del Ejecutivo que interfiere en la regulación previamente realizada por el Legislador. El Ejecutivo invade el campo legal al ir más allá de la atribución constitucional y cambiar el sentido de la Ley Orgánica de Comunicación.

### **2.3.5. Control constitucional al ejercicio reglamentario del Ejecutivo.-**

El Ecuador, como un Estado Constitucional establece mecanismos propios de protección a la Constitución y así, a la no alteración de sus derechos y garantías reconocidos a las personas; siendo entonces, la justicia constitucional la llamada a velar por la integridad y supremacía constitucional en un máximo nivel<sup>248</sup>.

La Constitución de Ecuador en el art. 429 detalla que es precisamente, la Corte Constitucional el máximo órgano de control e interpretación constitucional. A ello, se suman las atribuciones constitucionalmente entregadas a este Órgano que se detallan en los arts. 436 y 438 de la Constitución.

Ahora bien, el control del ejercicio de la potestad reglamentaria será lo que debe resolverse en este tratamiento.

Esta cuestión puede ser presentada desde distintas ópticas que supondrían descomponer y construir criterios respecto de las potestades jurídicas y políticas que tiene la Corte Constitucional. Para este fin inclusive se podrá pasar revisión de aquellos críticos fuertes en lo tocante a la composición y origen que la Corte tiene<sup>249</sup>.

---

<sup>248</sup> Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), 64.

<sup>249</sup> Roberto Gargarella, “Soluciones intermedias para el problema del control de las leyes”, en *La justicia frente al Gobierno*, (Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2012), 129 – 136.

Este trabajo partirá del entender que existe una posición superada al respecto y concentrar los esfuerzos investigativos y analíticos en las atribuciones constitucionales de la Corte y su actuación respecto de la facultad reglamentaria.

El art. 436 de la Constitución ecuatoriana señala, que entre las atribuciones de la Corte Constitucional se encontrarán además las de:

“ (...) 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, *contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado*. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

3. *Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas*, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución. (...)” (cursivas son del autor).

Es de esta manera como se configura a la Corte Constitucional en el órgano convocado a velar y proteger la efectividad y respeto a la Constitución de Ecuador.

En esta investigación ha quedado demostrado que la producción reglamentaria realizada por el Presidente de la República de Ecuador vulnera la ley superior y así el orden jerárquico de las normas; además, irrespeta el principio de reserva de ley; altera el cumplimiento de las atribuciones de la Función Legislativa y Ejecutiva específicamente detalladas en la Carta Constitucional; obstaculiza el pleno respeto a la división de funciones; descompone la dinámica de respeto por parte del poder a los consensos, participación y deliberación propia de la democracia representativa y participativa; y, logra un detrimento del principio democrático como base de un Estado Constitucional y Democrático efectivamente reconocido en el espíritu y regulación de la Constitución ecuatoriana.

Así, el control al ejercicio de la potestad reglamentaria, en base a lo señalado y con sustento en las atribuciones de la Corte Constitucional, se hace un deber imperioso que debe ser realizado por parte del Órgano convocado al cuidado de la Constitución, y consecuentemente, de las minorías que no gobiernan<sup>250</sup>.

Sin embargo, dejará descontento y pocas esperanzas revisar el caso conocido por la Corte Constitucional del Ecuador signado con el nro. 0042-11-IN respecto de una demanda sobre la inconstitucional del decreto reglamentario del Ejecutivo a la Ley Orgánica de Servicio Público<sup>251</sup>.

En este particular, el art. 8 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público<sup>252</sup>, establece la compra por parte del Estado central de las renunciaciones obligatorias de los servidores públicos, precepto que no se encuentra detallado en la Ley superior y que además, viola sin mayor análisis, la Constitución de la República e Instrumentos Internacionales existentes en la materia.

Los argumentos entregados en la causa por parte del Secretario Jurídico de la Presidencia, que por la naturaleza de este trabajo no se los analizará pero que gozan de importancia para entender qué visión de Estado Constitucional y Democrático existente desde el administrador central, hablan de *un beneficio de tipo institucional* so pena de los derechos de las personas y que el Presidente tiene todo el derecho de reglamentar *ya que el legislativo no aprobó el texto alternativo* del veto presidencial<sup>253</sup>.

Siguiendo en materia, la Corte Constitucional hace caso omiso a la pretensión de los peticionarios que se fundamentó en el respecto a: la Constitución, la jerarquía normativa, la no

---

<sup>250</sup> García de Enterría, “La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”, 187 – 188.

<sup>251</sup> Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *caso nro. 0042-11-IN, con sentencia nro. 003-13-SIN-CC* (sentencia acumulativa), (Quito, 4 de abril de 2013).

<sup>252</sup> Ecuador, Presidente de la República, *Decreto Ejecutivo No. 813 de 7 de julio de 2011, publicado en el Suplemento del Registro oficial de Ecuador nro. 489* (Quito, 12 de julio de 2011).

<sup>253</sup> Corte Constitucional del Ecuador, *caso nro. 0042-11-IN, con sentencia nro. 003-13-SIN-CC*, (sentencia acumulativa).

violación del reglamento a la Constitución y consecuentemente a la Ley Orgánica de Servicio Público creada por el Legislador<sup>254</sup>.

En efecto, la Corte determina por sentencia que ésta es un Órgano incompetente para el tratamiento de este asunto de *mero conflicto entre ley y reglamento*, diciendo además que lo procedente es reclamar por la vía contencioso administrativa. Sin embargo de la declaración de incompetencia que la Corte señala, ésta jamás inadmitió a trámite el asunto, sino que sorpresivamente, contrario a toda regla jurídica, por sentencia determina: no ser competente para el conocimiento de este problema. En la sentencia tratada, la Corte hace una vaga justificación concentrada en justificar la vigencia de un conflicto ley y reglamento, cuando lo que se encuentra en la tarima de discusión realmente es un tema de relevancia constitucional.

Es una materia de carácter relevante respecto de la constitucionalidad por cuanto afecta: la reserva de ley, jerarquía normativa, división de funciones, las atribuciones del Presidente de la República y, principio democrático reconocido por la Constitución. Mal hace la Corte Constitucional al ignorar su deber de vigilante del poder constituido.

El análisis podría ser aún más apasionante y concretarse en un examen respecto del papel de la Corte Constitucional como un órgano contramayoritario guardián de los derechos de las minorías, sin embargo claro está que, esa no es la temática de esta investigación. Empero, no se puede desatender el nulo control, o control a favor del gobierno que la Corte mostraría con esta actuación; así, se podrá señalar un elemento más, la politización de la justicia constitucional que conlleva a una exagerada concentración de poder en el Presidente ecuatoriano.

No se puede intentar percibir a una Constitución como un desarrollador de milagros y transformaciones<sup>255</sup>. Pues, la práctica y acciones realizadas por quienes están convocados a la

---

<sup>254</sup> Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica del servicio Público*, en *Registro Oficial* Ecuador nro. 294 (Quito, 6 de octubre de 2010).



protección de la normatividad, espíritu y tutela constitucional serán el termómetro mismo de la efectividad de la Constitución en el país. Así, la medición del respeto constitucional y adecuación de los actos de autoridad pública a ella, aún más, cuando se traten de decisiones provenientes del poder que pudiesen alterar la debida participación social y principio democrático estructural del Estado, garantizarán un ordenamiento jurídico conforme y apegado a la Constitución.

En efecto, la facultad reglamentaria que recae en el Presidente de la República es una atribución que se encuentra en la esfera del derecho público ajustando su vigencia al escenario de la distribución del poder en las funciones creadas por el Estado ecuatoriano, consecuentemente, el apego a la Carta Fundamental y no debilitamiento de la democracia es el sustento importante de este ejercicio reglamentario que como se ha demostrado por norma constitucional existe exclusivamente en la titularidad del Presidente de la República y no en la Función que éste dirige. Ahora bien, las distintas resoluciones de la Corte Nacional de Justicia que se han mostrado indican criterios disconformes dentro del órgano, uno de ellos<sup>256</sup> busca ajustarse a la propuesta de un entendimiento a que la potestad reglamentaria puede existir en otros funcionarios de la administración central. Sin embargo, se insistirá en que ello sería desatender la esencia constitucional de la distribución de potestades entre las Funciones del Estado, el atendimento al principio democrático y la razón de ser del Estado constitucional guardián de una norma suprema que vitalice y unifique a todo el sistema jurídico del Ecuador<sup>257</sup>.

Así, en Ecuador únicamente existen reglamentos de ejecución y orgánico funcionales para el cumplimiento de los fines y objetivos del Presidente de la República, mal se puede

---

<sup>255</sup> Juan A. García Amado, “Prólogo”, en *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Jorge Zavala Egas, autor, (Guayaquil: Edilex, 2010), 26.

<sup>256</sup> Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *resolución 301 -2014, juicio 604 – 2012* (Quito, 22 de abril de 2014).

<sup>257</sup> Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *resolución publicada en el Registro Oficial de Ecuador nro. 451 del 22 de octubre de 2009*, (Quito, 20 de octubre de 2008).

pretender instauran la vigencia de reglamentos autónomos, pues la Constitución no los ha fijado. Es preciso anotar que, la participación social es base fundamental de un estado democrático y en consecuencia las formas de devolución del poder a la población. En esta realidad, el reglamento carece de una connotación democrática en cuanto a la participación colectiva para su producción y así de atención a las fuentes materiales convirtiéndose efectivamente en un acto normativo de producción unilateral, volitiva y discrecional<sup>258</sup> que mal puede desatender el valor legal que proviene con participación ciudadana y respeto al principio democrático demandado por la Carta Fundamental.

No se busca decir que el reglamento debe tener participación, hay que definir claramente que la comparación frente a la ley es en cuanto se busca demostrar las características democráticas de ésta última y así como un reglamento que invada el tenor legal vulnera el principio democrático en el Ecuador. Conforme se ha demostrado, la praxis del Ejecutivo advierte de una alteración periódica a la ley y Constitución por el ejercicio de la potestad reglamentaria conforme los casos concretos que aquí se han demostrado.

Además, pese a la naturaleza del órgano y su deber garantista del respeto a la norma suprema, la Corte de máxima justicia constitucional desatiende sus competencias y atribuciones para manifestar que el conflicto analizado no es de aquellos de relevancia constitucional dejando en penumbra jurídica la protección de la normatividad constitucional, freno al poder y democracia.

---

<sup>258</sup> García de Enterría, “Curso de Derecho Administrativo”, 179.

#### **4. CONCLUSIONES.-**

##### **1. La potestad reglamentaria del Ecuador debe atender a la autorización constitucional de dos tipos de reglamentos: ejecución y orgánico funcionales.**

La Constitución de Ecuador reconoce dos tipos de reglamentos conforme el art. 147.13, estos son: de ejecución y orgánico funcionales. Los primeros tienen como fin auxiliar a la ley para su correcta vigencia sin alterarla ni contravenirla, así dan origen al entendimiento de un respeto a ésta y su espíritu siendo subalternos y conformes a ella, teniendo además un sentido de complemento hacia la producción del legislador mas no de completar la ley. Los segundos por su lado, son aquellos que buscan regular el horizonte de la administración central para dentro, es decir marcar las pautas en el manejo de la Función Ejecutiva y nada más, estos reglamentos son de tipo vertical en razón de la observancia de la jerarquía de un jefe de gobierno que lleva el timón de las acciones de sus funcionarios.

Así, en la potestad reglamentaria del Presidente debe excluirse cualquier intento de ir más allá del tenor legal, pues supondría una vulneración a: la Constitución de la República que determina las atribuciones específicas con las que cuenta el Ejecutivo y que bajo norma expresa detallan en el art. 147.13 que no puede contravenir o alterar la ley; además, los límites doctrinales claramente establecidos para la potestad reglamentaria de los dos tipos de reglamentos reconocidos en el Ecuador.

##### **2. Únicamente el Presidente de la República es el titular de la facultad reglamentaria.**

No se puede concebir que dentro de un Estado constitucional exista una Constitución que sea sujeto de interpretaciones periódicas conducentes a la búsqueda por ampliar los espacios de ejercicio del poder. Pues, como se ha demostrado, en este tipo de Estado se busca determinar límites claros y específicos al ejercicio del poder. De hecho, la propia Constitución

es un freno efectivo y camisa de fuerza para la autoridad, de tal forma que proponer delegar la potestad reglamentaria a otros funcionarios de la Función Ejecutiva, cuando la Carta Fundamental específicamente detalla en el art. 147.13 que son atribuciones del Presidente, constituye un error e inobservancia de principios de tipo constitucional. Además si se quiere, la Constitución se encuentra en el campo de las nociones que gobiernan al Derecho Público consiguientemente cualquier interpretación extensiva de ella, contra norma expresa es un error. Ahora bien, no solo por la connotación objetiva de la naturaleza constitucional hablamos de este problema, sino por la profunda alteración que se puede alinear en contra de la teoría democrática de la Constitución que ha dado paso a una ubicación jerárquica inferior de los reglamentos frente a otros cuerpos normativos que gozan de participación social y ha dividido específicamente las funciones del único poder estatal.

### **3. El ejercicio de la facultad reglamentaria altera el principio democrático en el Estado ecuatoriano.**

La Constitución del Ecuador reconoce como parte fundamental de la configuración que ésta realiza respecto del Estado, la necesidad y obligatoriedad de la afirmación de la población como fundamento de la autoridad, es decir, que la voluntad colectiva marque y establezca el accionar del poder constituido.

En este sentido, el ejercicio reglamentario que el Presidente de la República viene realizado demuestra una alteración a la Constitución cuando rebasa a la norma legal, pese que la Carta Fundamental determina que los reglamentos no pueden ir más allá de la ley “(...) sin contravenirlas ni alterarlas (...)”<sup>259</sup>.

Se ha dicho que la facultad reglamentaria debe ser cauta en atender a la norma legal, el principio de la reserva de ley, estructura constitucional y división de funciones. Pues, la creación legal proveniente de la Función Legislativa, se legitima y fundamenta en la pluralidad

---

<sup>259</sup>Constitución de la República de Ecuador, art. 147.13.

de su conformación y apertura hacia la introducción de las diferentes visiones y tendencias ideológicas, culturales, económicas y políticas del Ecuador, así existe un importante peso social en el producto creado por la legislatura, hecho que no sucede por razones fácticas y jurídicas con la producción reglamentaria. Entonces, que un reglamento altere a la ley significa tocar negativamente a la democracia de un Estado por cuanto se desatiende la devolución del poder a la población que si se configura en la sede y accionar de la Asamblea Nacional.

Como se ha manifestado, el Presidente de la República es electo de un importante número de ecuatorianos, sin embargo, no es menos cierto que es precisamente esa mayoría de ecuatorianos que eligen a un Presidente la que goza de una identidad ideológica, política, de visión país, incluso social y cultural; consiguientemente, el Ejecutivo representa a una mayoría homogénea, a la que no asisten las tendencias, visiones y posiciones políticas disímiles que incluso pueden llegar a ser aisladas o vistas como distantes por su disidencia. Paralelamente a esta realidad, en la Función Legislativa la situación es opuesta, pues hay actores políticos que representan a la diversidad de tendencias y estamentos sociales del Ecuador, efectivamente agrupándose así tanto mayorías como minorías.

Y es que, es real, el Ejecutivo no puede garantizar un grado de importante y notorio consenso y proceso reflexivo dentro de la sociedad para dar paso a la participación de mayorías y minorías. Tampoco se exige con esta investigación a que se genere algún tipo de participación en la producción reglamentaria, sino que atendiendo esta realidad de la imposibilidad de contar con una participación horizontal, se respete a la correcta vigencia de la ley, su producción democrática, jerarquía y así, principio democrático materia del análisis de este trabajo.

Entonces, hablar que la Asamblea Nacional, como órgano plural y representativo, sea el que genere la regulación normativa está justificado. Empero, sostener que el Presidente de la República pueda injerir *decisiva y gradualmente* en este proceso o, en caso análogo, en sus efectos, es errado. ¿Qué se quiere decir con ello?, que se debe tutelar la aportación del

Presidente de la República con la creación de los reglamentos ejecutivos que constituyen actos normativos de tipo unilateral y volitivo en los que no existe, por mandato constitucional, legal, praxis jurídica y lógica de la articulación política, participación de la sociedad. En extremo, no se puede entender que un Presidente constitucional, que nace de una base organizativa político ideológica y representa a una mayoría, sea el productor final de los efectos que una ley pueda sostener cuando rebasa el tenor legal.

Sin afán de caer en un jacobinismo, en la sede político democrática que es la Asamblea Nacional, se da origen a la creación normativa por medio de la ley, misma que para su correcta producción de efectos jurídicos tendrá que ser válida material y formalmente. Además, la ley ocupa una posición en la jerarquía normativa por debajo de la Constitución y por encima de otros cuerpos normativos, ubicación propia de la adaptación constitucional a la metáfora de Kelsen, que por cierto es una metáfora que no viene únicamente a garantizar la normatividad constitucional sino además vigilar y proteger el principio democrático, en sentido del mayor o menor nivel de participación social en la generación del acto normativo, consecuentemente, un acuerdo ministerial, resolución, y el mismo reglamento ejecutivo, se hallan en un nivel jerárquico muy inferior por la nula participación social existente en su proceso formativo.

Pues, el poder debe regresar al pueblo como una realidad constante, que logre la dinámica de una población activa, despierta y cuestionadora siendo fórmula efectiva para la gobernanza de un estado en respeto a los individuos.

La devolución del poder a la población que se viene mencionando en este apartado debe ser entendida no únicamente como el uso del mecanismo democrático del sufragio, pues existen otros de talante importante para la participación de la sociedad en pleno. Como se ha dicho, el voto es una forma de manifestación de la voluntad de la población, mas no significa la única vía, quizá incluso, puede ser la menos apropiada para el retorno del poder al pueblo, por cuanto, conforme a las estadísticas se demuestra que la votación facultativa logra una carencia de

participación; y es que, en efecto, no se puede obligar a hacer política y ser activo partícipe de los procesos de un estado.

Ahora bien, el accionar de los estados también dependerá del lugar en el que se encuentran ubicados y así del histórico desarrollo de la política y participación en sus regiones. Precisamente entonces, se entiende que el poder constituido es el mayor versado sobre la realidad de la sociedad y seguidamente puede accionar al aparato a fin de entregar el poder a la población.

El Ecuador, en la Constitución vigente determina que es un Estado constitucional, democrático de justicia y derechos, dando paso al reconocimiento de varios mecanismos de participación social que aventajan notoriamente al mero sufragio en elecciones; es decir, ha introducido en los elementos constitutivos del Estado la visión democrática que debe imperar en las acciones del poder constituido, colocando conforme a su regulación y principios optimizadores de la Constitución, al pueblo en la capacidad de actuar por intermedio de la devolución del poder a éste, incluso, se ha previsto la posibilidad que en cualquier tiempo se instaure por voluntad popular una asamblea constituyente capaz de reorganizar al Estado y generar una nueva Constitución. Firmemente se puede sostener entonces, que la Carta Fundamental ecuatoriana es cautelosa establecer la correcta instauración de una teoría democrática.

#### **4. El ejercicio reglamentario en el Ecuador es un asunto de relevancia constitucional.**

Siendo la autorización constitucional del art. 147.13 fuente máxima de la competencia del Ejecutivo para reglamentar la ley producida por la Función Legislativa, se debe precisar algunas particularidades.

Un ejercicio atentatorio a los límites establecidos en la Constitución para la realización de los reglamentos por parte del Presidente sería un acto antijurídico de consecuencias

trascendentales hacia el principio y derecho a la seguridad jurídica, siendo además relevante constitucionalmente. Pues, no solo que un ejercicio extralimitado de la potestad reglamentaria afectaría al mandato 147.13 de la Constitución, sino que además a otras reglas, principios y valores existentes en la Constitución ecuatoriana que serán reconocidos en la interpretación integral de la misma.

Partiendo de ello, se debe señalar que, al estar autorizado el Presidente de la República para la elaboración de reglamentos de ejecución, las características que estos deben observar son celosas del respecto a la seguridad jurídica, reserva de ley, principio democrático y jerarquía normativa. Consecuentemente: primero, los reglamentos no pueden introducir normas nuevas o reglas que supongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos; segundo, los reglamentos no pueden cumplir un rol de intérpretes de la ley; tercero, no pueden los reglamentos establecer impuestos; cuarto, la restricción o ampliación del alcance de la ley no es posible vía reglamentaria; quinto, por naturaleza y en algunos casos, bajo materia de reserva legal, los reglamentos no podrán determinar infracciones; sexto, el reglamento será habilitado exclusivamente por la competencia de la autoridad convocada a hacerlo y la necesidad de su desarrollo; séptimo, el reglamento existirá exclusivamente en cuanto haya una ley para reglamentar; octavo, el reglamento es derecho objetivo, consecuentemente fuente del derecho que se integra al ordenamiento jurídico con efectos impersonales, que puede ser realizado por el presidente pero no para solucionar o resolver situaciones individuales o subjetivas; y, noveno, no puede un reglamento tratar materias con reserva legal.

Posteriormente, cuando se desatiende estos límites se origina un problema de tipo jurídico pero además democrático, por cuanto, se está alterando a la ley que es un instrumento normativo pero producido en la sede de la democracia en atención a las distintas visiones como fuentes materiales que se hacen eco gracias a la participación social y representatividad plural existente en la Asamblea Nacional; luego, hay una intromisión directa del Ejecutivo en



facultades que no le han sido otorgadas y que además atentan contra el principio de reserva legal que garantiza los derechos y libertades de los individuos así como la división de funciones. A ello se debe sumar también la nula participación colectiva en la producción del reglamento.

**5. La Corte Constitucional es el órgano convocado a vigilar el ejercicio reglamentario y su conformidad constitucional.**

El órgano convocado por el constituyente a vigilar y ser guardián permanente de la Constitución, que además, en naturaleza de su existencia representa a las minorías que no gozan de poder, ha descuidado su trabajo por llamarlo así, respecto de los reglamentos realizados por el Ejecutivo, ello lo verifica una sentencia reciente<sup>260</sup> que sostiene que el conflicto existente por la atribución reglamentaria no constituye un asunto de interés constitucional sino meramente legal y que en consecuencia, el máximo órgano de justicia constitucional no es el emplazado a velar por este asunto, haciendo caso omiso de esta manera la Corte Constitucional ecuatoriana, de todo lo que se ha marcado en este trabajo: la afección directa a la Constitución y al principio democrático garantizado y contenido en la propia Carta Fundamental.

Así, sumado a lo que se ha venido diciendo, es la Corte Constitucional el llamado a cumplir su deber primordial por velar la normatividad de la Constitución, respeto y protección a las minorías que no ostentan poder. Entonces, las justificaciones para que intervenga cuando exista una alteración al marco constitucional y democrático por parte del Ejecutivo son notorias y trascendentales. Es más, las atribuciones de la Corte Constitucional indican su capacidad para incluso actuar de oficio conforme el art. 436 de la Constitución.

En efecto, la Corte Constitucional debe frenar el abuso del poder constituido, garantizar los derechos de las minorías inobservadas en el accionar del poder y cuidar el respeto a la Constitución vigente en el país, y solo así, a los valores, principios y reglas establecidos en ella;

---

<sup>260</sup> Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *caso nro. 0042-11-IN, con sentencia nro. 003-13-SIN-CC* (sentencia acumulativa), (Quito, 4 de abril de 2013).

consecuentemente, se amerita una nueva hoja de ruta que marque la protección efectiva a los individuos logrando alcanzar una democracia sustancial en el país.

### **6. Defender y revalorizar al principio democrático.**

Hay que recuperar la participación social en los estados, incluso pese al auspicio de un silencio cómplice por quienes deben actuar conforme a derecho y vigilar que el poder lo haga.

La democracia no se decreta, se la desarrolla en visión amplia hacia la consecución de los máximos fines sociales. Cuando existe un déficit democrático la solución será la aplicación de procesos aún más democráticos, percibiendo claro, que la Constitución es la fuente de legitimidad. No se puede insistir en la penumbra de vagar únicamente en la legitimidad electoral que se agota en el día de la elección y puede terminar eternamente ese mismo día. Es decir, la participación y sus mecanismos deben condensar la fortaleza social de la pluralidad como base misma de la organización estatal que se vea reflejada en diferentes momentos decisorios; consecuentemente, la afección, a esta participación social de mayorías y minorías, no puede estar rezagada y adulterada por el gobernante de turno que discursivamente dice tener el poder legítimo proveniente de las urnas como tarima para alterar el sentido constitucional y la generación normativa del país.

La reconstrucción o reinención de la praxis política es también un tema latente en esta investigación, no es debido pretender un ejercicio político administrativo que menoscabe a la Constitución y democracia. La libertad únicamente se logra y conserva mientras el poder constituido sea regulado efectivamente, no es preciso caer en el juego antidemocrático del cambio de palabras, pues estas pueden cambiar, pero los conceptos permanecen y son sujeto de atención y reivindicación que en gran trecho deja atrás al espectáculo que se pueda armar en nombre de la democracia.

Hay que revalorizar la sede legislativa por sus consecuencias establecidas en la formación del órgano y el debate procurado en él. Así, se podrá entender que las leyes tienen

origen gracias al diálogo, la disputa de tendencias, la incompreensión de las razones y los consensos, hecho que un dictador no lo comprenderá, no lo respetará, pues a éste simplemente le bastará con ordenar. Entonces, es trascendental marcar reforzadamente, como un mapa de un país con sus territorios, la órbita democrática existente en Ecuador y para ello, el control al poder constituido serán los únicos elementos que permitan afianzar el tipo de estado existente.

Finalmente, el conflicto de la potestad reglamentaria del Ejecutivo que ha sido analizado no atiende a un espacio de tiempo preciso, pues siempre ha existido; sin embargo, frente a un discurso actual que habla de: reivindicación democrática, apego a la Constitución, *revolución* de la forma de hacer política y reconocimiento de poder en el pueblo; significativamente se deteriora la imagen del actual gobierno, por cuanto, no solo que se repite una histórica forma de hacer política y dirigir el aparato estatal, sino que se asienta y refuerza aún más este problema en la actualidad con el auge de creación sistemática de secretarías y ministerios estatales.

Entonces es preciso anotar la propuesta de esta investigación que es la de una observancia absoluta a las características y especificidades que la potestad reglamentaria debe cumplir en atención no solo a la clara norma constitucional que habilita como fuente productora de éstos, sino además a las contribuciones doctrinales que se han dado y procurado respecto del tema. También, el principio democrático no puede ser desatendido, pues es la base más importante del desarrollo social y estructural del Estado, aún más cuando es expresamente reconocido por el desarrollo constitucional del Ecuador. La Corte Constitucional debe vigilar efectivamente el abuso de poder, y así, tutelar el debido ejercicio de la facultad reglamentaria realizada por el Presidente de la República.

Se dice que la economía triunfa cuando vence a la escasez, de igual forma, la política triunfará solo cuando venza al conflicto o al problema. Mientras tanto, es oportuno, deber, responsabilidad social y ética profesional seguir cuestionando, analizando y haciendo, efectivamente política, hasta que se corrijan los errores constitucionales y democráticos que

como conflicto se han calificado en este trabajo, luego, solo así se logrará una sociedad participe activo y no cómplice observadora del deterioro democrático.

El principio democrático demanda la clausura a cualquier intento *despolitizador* de los individuos como negación de conflicto, verbigracia, mentira y desorden social. Es entonces, que se debe también cruzar las esferas académicas y analíticas para pasar al campo de acción y propuesta efectiva, a fin de habilitar la participación, cuestionamiento y acción de la ciudadanía para el desarrollo jurídico, económico y social del Ecuador. Por ello, que esta búsqueda de entregar respuestas y alternativas sea solo el inicio de trabajar por una sociedad que exige y reclama intervención nuestra pese a la incomodidad que causemos a quienes han lucrado de un sistema actual estático y sin dinamismo en pro de la democracia.

## 5. BIBLIOGRAFÍA.-

- Agustín Gordillo, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo”. Medellín: Fundación Derecho Administrativo y Dike, 1988.
- Albán Zambonino, Marco. “El desbordamiento de las fuentes del Derecho tributario”. En *Tópicos contemporáneos del Derecho Tributario*, Marco Albán, César Montaña Galarza, coordinadores. Quito, Ecuador: Cevallos, 2013.
- Araya B, Alejandra. “Compare la abstención chilena y lo que pasa en A. Latina”. América economía, 29 octubre, 2012. Disponible en: <http://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/compare-la-tendencia-de-la-abstencion-chilena-y-lo-que-pasa-en-la-region>.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ramiro Ávila. Quito, Ecuador, 2008.
- Aylwin Azócar, Arturo. “La potestad reglamentaria del presidente de la república”. En *Revista Chilena de derecho*, vol. 11, nro. 2-3, 1984.
- Blanco Valdez, Roberto. “La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”. Working Paper nro.117. Barcelona, Universidad Santiago de Compostela.
- Bobbio, Norberto. “El futuro de la democracia”. México: Fondo de cultura económica, 2012.
- Bonilla Maldonado, Daniel. “Teoría del derecho y trasplantes jurídicos”. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre, 2009.
- Botero Bernal, Andrés. “Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la contemporaneidad”. En *Ambiente Jurídico*, 158. Disponible en: [http://www.researchgate.net/profile/Andres\\_Botero2/publications](http://www.researchgate.net/profile/Andres_Botero2/publications) .

- Brewer-Carías, Allan. “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas”. En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Carré de Malberg, Raymond. “Teoría General del Estado”. Madrid: UNAM-FCE, 1998.
- Cea Egaña, José Luis. “Dominio legal y reglamentario”. En *Revista Chilena de Derecho*, 11, mayo – diciembre, 1984.
- Cerro, María Martha. “El principio de división de poderes”. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/14/250.pdf>.
- De Otto, Ignacio. “Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes”. Barcelona: Ariel, 1993.
- De Paula Pérez, Francisco. “Derecho Constitucional colombiano. Bogotá, Colombia: ABC, 1952.
- De Vega García, Pedro. “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. En *Estado Constitucional y Globalización*, Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, compiladores. México: Editorial Porrúa, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. “La Democracia Constitucional”. En *Desde Otra Mirada*, Christian Courtis, compilador. Buenos Aires: Eudeba, 2001.
- Ferreres Comella, Víctor. “Justicia constitucional y democracia”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Fernandois Vöhringer, Arturo. “La reserva legal: una garantía que desaparece”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 nro. 2, 2001.
- Galiana Saura, Ángeleres. “La actividad legislativa en el estado social de derecho”. En *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, María José Añón Roig y otros. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

- Gámiz Parral, Máximo. “Legislar, quién y cómo hacerlo”. México: Limusa S.A., 2000.
- García Amado, Juan A. “Prólogo”. En *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Jorge Zavala Egas, autor. Guayaquil: Edilex, 2010.
- García de Enterría, Eduardo. “La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”. Madrid, España: Civitas, 1985.
- . “Curso de Derecho Administrativo”. Tomos: I y II. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.
- . “Democracia, Ley e Inmunidades del poder”. Madrid, España: Civitas, 2011.
- García Pelayo, Manuel. “El estado legal y estado constitucional de derecho en el Tribunal Constitucional Español”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidad Central de Venezuela, nro. 82.
- Gargarella, Roberto. “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”. En *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Roberto Gargarella, coordinador. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2008.
- . “Soluciones intermedias para el problema del control de las leyes”. En *La justicia frente al Gobierno*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2012.
- González Solano, Gustavo. “Lógica Jurídica”. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2003.
- Jaramillo Ordóñez, Hernán. “Manual de Derecho Administrativo”. Loja, Ecuador: Editorial Universitaria, 1992.
- Kelsen, Hans. “Teoría pura del derecho”. Buenos Aires: Edi. Universitaria, 1981.
- Lastarria Santander, José Victorino. “Estudios Políticos y Constitucionales”, vol. I. Santiago de Chile: Imprenta y Encuadernación Barcelona, 1949.

- López Guerra, Luis. “Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del gobierno: Constitución española”. En *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 23, mayo – agosto, 1988.
- Melero Alonso, Eduardo. “El concepto de reglamento en nuestra Constitución desde una comprensión paradigmática del derecho”. En *Cuadernos Constitucional de la Daté dra Fadrique Furió Ceriol*, nro. 38/39, 2002.
- Méndez, Juan E. “Los derechos fundamentales como límite al principio democrático de la voluntad mayoritaria”. En *Democracia, desarrollo Humano y ciudadanía: Reflexiones sobre la calidad de democracia en América Latina*, Guillermo O’Donnell, Osvaldo Iazzetta, Jorge Vargas Cullel, compiladores. Santa Fe, Argentina: Homo Sapiens Ediciones, 2003.
- Moncada Zapata, Juan Carlos. “El reglamento como fuente de derecho en Colombia”. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2007.
- Monedero, Juan Carlos. “Curso urgente de política para gente decente”. Colombia: Editorial Planeta, 2014.
- Nieto, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. Madrid: Tecnos, 2012.
- Penfold, Michael. “La Democracia Subyugada: El Hiperpresidencialismo Venezolano”. En *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, núm. 1, 2010. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32414670003> .
- Peña Alarcón, Pablo. “El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales”. En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, coordinadores. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Pérez Escobar, Jacobo. “Derecho Constitucional colombiano”. Bogotá, Colombia: Temis, 1997.



- Pisarello, Gerardo. “Un largo Termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático”. Quito, Ecuador: Corte Constitucional, 2012.
- Porras Ramírez, José María. “Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial”. En *Revista Estudios Políticos – nueva época*, núm. 87, enero –marzo, 1995.
- Prieto Sanchís, Luis. “Apuntes de teoría del Derecho”. Madrid, España: Trotta. S.A., 2005.
- Quintana Paz, Nuria. “Políticas mediáticas de UCD y PSOE: entre el dirigismo político y la apertura mediática”. En *Sphera Pública*, núm. 5, Universidad Católica San Antonio de Murcia, 2005. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/297/29700510.pdf>.
- Rajevic Mosler, Enrique Petar. “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 nro. I, 1996.
- Rebollo Puig, Manuel. “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno”. En *Revista de Administración Pública*, nro. 125, mayo agosto de 1991.
- Reyes Riveros, Jorge. “El Estado como Regulador, mediante ley, del ejercicio de los Derechos Fundamentales y de Controlador de dicha normativa”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 nro. 1, 1993.
- Ribera Newmann, Teodoro. “Reserva Legal y Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980”. En *Revista de Derecho Público*, 63, 2001.
- Rodríguez, Libardo. “Derecho Administrativo general y colombiano”. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2013.
- Salgado Pesantes Hernán. “Lecciones de Derecho Constitucional”. Quito, Ecuador: Ediciones Legales S.A., 2012.
- . “Introducción al derecho”. Quito: Manuales Jurídicos, 2010.

- Sánchez Pinto, Silvana. “Participación social en la creación del derecho”. En *Estado, Derecho y Justicia estudios en honor a Julio César Trujillo*, Ramiro Ávila Santamaría, compilador. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2013.
- Storini, Claudia. “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas”. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2001.
- . “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”. En *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, editores. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, UASB, 2009.
- Tascón, Tulio Enrique. “Derecho Constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional”. Bogotá: La Gran Colombia, 1993.
- Torres, Luis Fernando. “Presidencialismo constituyente: La ruta del autoritarismo en el Ecuador. Semblanza de la Constitución de Montecristi”. Quito, Ecuador: Cevallos, 2010.
- Toscano Gil, Francisco. “Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes”. En *Revista Jurídica de Casilla y León*, nro. 30, mayo, 2013.
- Troncoso Reigada, Antonio. “Método Jurídico, interpretación constitucional y principio democrático”. En *La justicia constitucional en el estado democrático*, Eduardo Espín y Javier Díaz, coordinadores. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2000.
- Trujillo, Julio César. “El Estado en la Constitución”. En *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo, y Roberto Viciano, editores. Quito, Ecuador: Editora Nacional, 2004.

- . “Sociedad civil, estado y participación”. En *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, editores. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2009.
- Vergara Estévez, Jorge. “Democracia y participación en jean-jacques Rousseau”. En *Revista de Filosofía*, 68, 2012.
- Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalman. “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”. En *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, nro. 25. Puebla, México, 2010.
- . “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *Política, Justicia y Constitución*, Luis Fernando Ávila Lizán, editor. Quito, Ecuador: Corte Constitucional, 2010.
- Villacorta Mancebo, Luis. “Reserva de ley y Constitución”. Madrid, España: Libros Dykinson, 1994.
- Zanotti, Gabriel. “Ludwig Von Mises y la filosofía cristiana”. Hispanic American Center for Economic Research: s.f. Disponible en: <http://www.hacer.org/pdf/Zanotti02.pdf>.
- Zavala Egas, Jorge. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Quito, Ecuador: Edilex 2011.

#### **Referencias normativas:**

- Colombia, *Constitución de la República*. 1991.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. *Mandato Constituyente nro. 1*. Montecristi, 29 de noviembre de 2007.
- Ecuador, Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Comunicación*, en *Registro Oficial Ecuador nro. 22*. Quito, 25 de junio de 2013.
- Ecuador, Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Educación Intercultural*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 417*. Quito, 31 de marzo de 2011.

Ecuador, Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Educación Superior*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 298*. Quito, 12 de octubre de 2010.

Ecuador, Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, en *Registro Oficial nro. 642*. Quito, 27 de julio de 2009.

Ecuador, Asamblea Nacional. *Ley Orgánica del Servicio Público*, en *Registro Oficial Ecuador nro. 294*. Quito, 6 de octubre de 2010.

Ecuador, Congreso Nacional. *Código Civil*, en *Registro Oficial nro. 46*. Quito, 24 de junio de 2005.

Ecuador, *Constitución de Ecuador*, en *Registro Oficial nro. 449*. 20 de octubre de 2008.

Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 536*. Quito 18 de marzo de 2002.

Ecuador, Ministerio de Relaciones Laborales. *Acuerdo Ministerial nro. MRL 2011 – 00051*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 392*. Quito, jueves 24 de Febrero de 2011.

Ecuador, Presidente de la República, *Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación*, en *Registro Oficial Ecuador nro. 170*. Quito, 27 de enero de 2014.

Ecuador, Presidente de la República. *Decreto Ejecutivo No. 813 de 7 de julio de 2011*, publicado en el *Suplemento del Registro oficial de Ecuador nro. 489*. Quito, 12 de julio de 2011.

Ecuador, Presidente de la República. *Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 754*. Quito 26 de julio de 2012. Con reformas, *Registro Oficial nro. 286*. Quito, 10 de julio de 2014.

Ecuador, Presidente de la República. *Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 526* . Quito, 2 septiembre de 2011.

Ecuador, Presidente de la República. *Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización para el otorgamiento de cartas de naturalización por servicios relevantes*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 648*. Quito, del 27 de febrero de 2012.

Ecuador. *Ley de Naturalización de Ecuador, Decreto supremo nro. 276*, en *Registro Oficial del Ecuador nro. 66*. Quito, 14 de abril de 1976.

Ecuador. *Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización de Ecuador*, en *Registro Oficial de Ecuador nro. 66* del 14 de abril de 1976.

Instrumento Internacional. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. 20 de junio de 1789.

Organización de los Estados Americanos OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto San José"*. Aprobada en San José de Costa Rica. 22 de noviembre de 1969.

Perú, *Constitución de Perú*. 31 diciembre de 1993.

#### **Sentencias y resoluciones de tribunales de justicia constitucional y ordinaria:**

Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia Constitucional nro. 0591-2012*.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-064*. Bogotá, 6 de febrero de 2002.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-138*. Bogotá, 9 de abril de 1996.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-294/12*. Bogotá, 18 de abril de 2012.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia c-329*. Bogotá, 22 de marzo de 2000.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia c-428*. Bogotá, 4 septiembre de 1997.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia c-508*, voto salvado. Bogotá, 3 de julio de 2002.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-508*. Bogotá, 3 de julio de 2002.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia c-512*. Bogotá, 9 octubre de 1997.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia c-675*. Bogotá, 30 de junio de 2005.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia c-992*. Bogotá, 19 de septiembre de 2001.

Colombia, Corte Constitucional de Colombia. voto salvado de Magistrados: Cepeda y Tafur, *Sentencia C-508*. Bogotá, 3 de julio de 2002.

Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador. Resolución 001-08-SI-CC. Quito, 2 de diciembre de 2008.

Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia 009-13-SIN-CC*. Quito, 19 de agosto de 2013.

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. *caso nro. 0042-11-IN, con sentencia nro. 003-13-SIN-CC*, sentencia acumulativa. Quito, 4 de abril de 2013.

Ecuador, Corte Nacional de Justicia. *Resolución 164 – 2010 en causa 0309 – 2008 – NA*. Quito, 25 de mayo de 2010.

Ecuador, Corte Nacional de Justicia. *Resolución 301 -2014 en juicio 604 – 2012*. Quito, 22 de abril de 2014.

Perú, Tribunal Constitucional de Perú. *Sentencia con expediente 004-96-I/TC*. Lima, 3 de enero de 1997.